



HAL
open science

La transversalité en droit de la propriété intellectuelle

Rebecca Armand-Toureh

► **To cite this version:**

Rebecca Armand-Toureh. La transversalité en droit de la propriété intellectuelle. Droit. Université Paris-Saclay, 2024. Français. NNT : 2024UPASH022 . tel-04884645

HAL Id: tel-04884645

<https://theses.hal.science/tel-04884645v1>

Submitted on 13 Jan 2025

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.

La transversalité en droit de la propriété intellectuelle

Transversality in intellectual property law

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, Droit, Economie, Management (DEM)
Spécialité de doctorat : Droit privé et sciences criminelles
Graduate School : Droit
Référent : Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Thèse préparée dans l'unité de recherche **DANTE** (Université Paris-Saclay, UVSQ)
sous la direction de **Valérie-Laure BENABOU**, Professeure des Universités

Thèse soutenue à **Guyancourt**,
le **18 décembre 2024**, par

Rebecca ARMAND-TOUREUH

Composition du Jury

Membres du jury avec voix délibérative

Jérôme PASSA

Professeur des Universités
Université Paris Panthéon-Assas
(Paris 2)

Président

Anne-Emmanuelle KAHN

Professeure des Universités
Université Lumière Lyon 2

Rapporteuse & Examinatrice

Michel VIVANT

Professeur des Universités
Sciences-Po Paris

Rapporteur & Examineur

Mélanie CLEMENT-FONTAINE

Professeure des Universités
Université de Versailles Saint-
Quentin-en-Yvelines

Examinatrice

Titre : La transversalité en droit de la propriété intellectuelle

Mots clés : Transversalité, propriété intellectuelle, unité

Résumé : Le droit de la propriété intellectuelle, derrière l'apparence unitaire que livre le singulier de cette qualification, est, en réalité, un droit constitué d'une pluralité de régimes juridiques, tels que le droit d'auteur et ses droits voisins, le droit des dessins et modèles, le droit des signes distinctifs, ou encore le droit des brevets. À première vue, cette pluralité de droits ne répond à aucune cohérence d'ensemble.

Des raisons historiques peuvent expliquer la disparité actuelle : chaque droit de propriété intellectuelle étant apparu de manière isolée, chacun d'entre eux a développé sa propre logique. Bien que le Code de la propriété intellectuelle rassemble ces différentes protections sous une qualification unitaire et les présente de manière organisée, il ne contient pas de dispositions communes. Au demeurant, l'adoption progressive de différentes protections, telles que le droit *sui generis* sur les bases de données, le droit d'auteur sur les logiciels, ou encore les droits voisins des éditeurs de presse, réinterrogent sans cesse les frontières de la matière.

Pour tenter d'en rétablir la cohérence, la transversalité, qui s'entend d'une approche transversale, peut être mobilisée afin de se demander si, à la lumière des éléments de transversalité identifiés, ceux-ci sont susceptibles de contribuer à l'élaboration d'une théorie générale de la propriété intellectuelle.

Ces éléments communs aux différents droits de propriété intellectuelle sont recherchés sous l'angle, d'abord, de l'objet du droit, puis du régime juridique pour, enfin, appréhender leur influence sur la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle. En ce qui concerne l'objet du droit, si l'approche transversale permet de révéler certains critères de définition transversaux, elle ne permet pas de dégager une qualification unitaire de l'objet de propriété intellectuelle. S'agissant du régime juridique, l'approche transversale permet, là encore, la mise en exergue d'éléments transversaux qui sont prompts à définir un régime commun de la propriété intellectuelle, mais ces éléments se limitent au volet patrimonial du droit et à sa sanction. L'ensemble de ces éléments de transversalité, susceptibles de constituer le « noyau dur » de la propriété intellectuelle peuvent, enfin, permettre de porter un autre regard sur la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle, en interrogeant de manière systémique sa qualification propriétaire.

Title : Transversality in intellectual property law

Keywords : Transversality, intellectual property law, unity

Abstract : Behind the unitary appearance of this singular term, intellectual property law is actually made up of a plurality of legal rules, such as copyright and related rights, design rights, trademark law and patent law. At first glance, this plurality of rights does not reflect any overall coherence.

Historical reasons may explain the current disparity: each intellectual property right having emerged in isolation, each has developed its own logic. Although the French Intellectual Property Code groups these different types of protection under a single title and presents them in an organized manner, it does not contain any common provisions. In fact, the gradual adoption of different forms of protection, such as *sui generis* rights for databases, copyright for software, or related rights for press publishers, is constantly reexamining the boundaries of this field.

In an attempt to re-establish coherence, transversality, which is understood as a transversal approach, can be mobilized to ask whether, in the light of the elements of transversality identified, these are likely to contribute to the development of a general theory of intellectual property.

These elements, which are common to the various intellectual property rights, are examined first from the point of view of the object of the right, then from the point of view of the legal regime and, finally, from the point of view of their influence on the legal nature of intellectual property law. With regard to the object of the right, while the transversal approach reveals certain transversal definition criteria, it does not allow us to identify a unitary qualification of the object of intellectual property. With regard to the legal regime, the transversal approach once again brings to light transversal elements that are likely to define a common intellectual property system, but these elements are limited to the patrimonial aspect of the right and its sanction. All these transversal elements, which are likely to constitute the "hard core" of intellectual property, may finally enable us to take another look at the legal nature of intellectual property law, by systemically questioning its proprietary qualification.

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Au terme de cette étude, je souhaite adresser mes plus sincères remerciements à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Valérie-Laure Benabou, pour sa confiance, sa patience, la richesse de ses conseils et son soutien indéfectible.

Ce travail n'aurait jamais pu aboutir sans le soutien à toute épreuve de mes proches. Je les en remercie infiniment et leur fais savoir que je suis leur obligée.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE LES ÉLÉMENTS DE TRANSVERSALITÉ DANS L'OBJET DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Titre I. La recherche d'une définition transversale de l'objet de propriété intellectuelle

Chapitre I. Les critères de définition élémentaires

Chapitre II. La forme, un critère de définition déterminant

Titre II. La recherche d'une qualification transversale de l'objet de propriété intellectuelle

Chapitre I. L'inadéquation de la qualification d'investissement

Chapitre II. L'adaptation de la qualification de création intellectuelle

DEUXIÈME PARTIE LES ÉLÉMENTS DE TRANSVERSALITÉ DANS LE RÉGIME DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Titre I. Le contenu fluctuant du régime de propriété intellectuelle

Chapitre I. La dimension patrimoniale marquée par l'exclusivité relative du droit

Chapitre II. La dimension extra-patrimoniale éprouvée par l'approche transversale

Titre II. L'unité singulière de la sanction du droit de propriété intellectuelle

Chapitre I. L'unité manifeste du mécanisme de la contrefaçon

Chapitre II. Le potentiel unificateur de la contrefaçon

TROISIÈME PARTIE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RÉSULTANT DE L'APPROCHE TRANSVERSALE

Titre I. La qualification propriétaire, une qualification malaisée

Chapitre I. La qualification propriétaire consacrée par l'étude historique du droit de propriété intellectuelle

Chapitre II. La qualification propriétaire rejetée par l'étude de l'objet de propriété intellectuelle

Titre II. La qualification propriétaire, une qualification à nuancer

Chapitre I. La nature réelle incertaine du régime de propriété intellectuelle

Chapitre II. La nature réelle concevable de l'action en contrefaçon

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

act.	Actualité
<i>adde.</i>	Ajoutez
ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
aff.	Affaire
AIPPI	Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats d'affaires
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
<i>Ann. propr. ind.</i>	Annales de la propriété industrielle
<i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
BIRPI	Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle
<i>BSTJ</i>	<i>The Bell System Technical Journal</i>
<i>c.</i>	Contre
C. civ.	Code civil
C. conso.	Code de la consommation
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. sport	Code du sport
CA	Cour d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
<i>Cab. Propr. Intell.</i>	Les cahiers de propriété intellectuelle
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CBE	Convention sur le Brevet Européen
CCIA	Code du cinéma et de l'image animée
CE	Conseil d'État

CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CIRET	Centre International de Recherches et études Transdisciplinaires
ch.	Chambre
ch. rec.	Chambre des recours
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Clunet</i>	Journal de droit international privé
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
comm.	Commentaire
<i>Comm. com. élec.</i>	Communication commerce électronique
cons.	Considérant
<i>Cont. conc. cons.</i>	Contrats Concurrence Consommation
<i>contra.</i>	En sens contraire
Conv.	Convention
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
CUP	Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
déc.	Décision
(dir.)	Direction
Dir./dir.	Directive
Doc. Sénat	Document parlementaire – Sénat
<i>Doc-SI</i>	Documentaliste-Sciences de l'Information
doctr.	Doctrine
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
<i>e.a.</i>	Entre autres
éd.	Édition(s)
<i>ESBAM</i>	École supérieure des beaux-arts de Marseille
Fasc.	Fascicule
FCA	<i>Federal Court of Australia</i>
<i>GAPI</i>	Les grands arrêts de la propriété intellectuelle

<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
gde. ch.	Grande chambre
gde. ch. rec.	Grande chambre des recours
<i>Ibid./ ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
IIC	<i>International Review of Intellectual Property and Competition Law</i>
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
INPI	Institut national de la propriété industrielle
I.R.D.I.	Intellectuele Rechten – Droits intellectuels
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
JAC	Juris art etc.
J.-Cl	JurisClasseur
JCP E	La Semaine Juridique, édition Entreprise et Affaires
JCP G	La Semaine Juridique, édition Générale
JEEH	Journal des économistes et des études humaines
JNA	Librairie du journal des notaires et des avocats
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOOEB	Journal officiel de l'OEB
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
jtes	Jointes
LEPI	L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. cit./ loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit précité
LPA	Les Petites Affiches
màj	Mis(e) à jour
MAUSS	Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales
<i>Mél.</i>	Mélanges
MSH	Maison des Sciences de l'Homme
n°, n ^{os} /No.	Numéro(s)
NFT	<i>Non-Fungible Token</i>
obs.	Observations
OCVV	Office communautaire des variétés végétales
OEB	Office européen des brevets
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , déjà cité
Ord.	Ordonnance
ord. réf.	Ordonnance de référé

P., PP.	Page, pages
<i>PIBD</i>	Propriété industrielle – Bulletin Documentaire
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
<i>PNER</i>	Programme de Numérisation pour l'Enseignement et la Recherche
prat.	Pratique
préc.	Précédent
<i>Propr. Indust.</i>	Revue Propriété Industrielle
<i>Propr. Intell.</i>	Revue Propriétés intellectuelles
Prot. add. n° 1	Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme
pt./pts.	Point(s)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUJP	Presses universitaires juridiques de Poitiers
PUSL	Presses de l'Université Saint-Louis
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rech. Econ. Louvain</i>	Recherches Économiques de Louvain
rééd.	Réédition
<i>REI</i>	Revue d'économie industrielle
<i>Rép. dt. civ.</i>	Répertoire de droit civil
<i>Rép. dt. commercial</i>	Répertoire de droit commercial
<i>Rép. dt. international</i>	Répertoire de droit international
req.	Requête
<i>Resp. civ. et assur.</i>	Responsabilité civile et assurance
<i>RETM</i>	Revue d'éthique et de théologie morale
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. crit. lég. jur.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. hist. droit</i>	Revue historique du droit français et étranger
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFSE</i>	Revue Française de Socio-Économie
<i>RIDA</i>	Revue Internationale du Droit d'Auteur
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>R.J.E</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>RLDI</i>	Revue Lamy droit de l'immatériel
<i>R.R.J.</i>	Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial

<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
s.	Suivants
sect.	Section
spéc.	Spécialement
ss.	sous
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse dactylographiée
TJ	Tribunal judiciaire
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
trad.	Traduction
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
Univ.	Université
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
USPTO	United States Patent and Trademark Office
V./v.	Voyez
VARA	<i>Visual Artists Rights Act</i>
vol.	Volume

*À Chantal et à Majid, pour leur amour et leur éducation à la liberté,
À Vincent, ma raison d'être.*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Les âmes perdues seront étoiles filantes. Les âmes aimantes, elles, seront étoiles aimantes et aimantées ; elles formeront constellations* »¹.
François Cheng.

1. Les étoiles de la propriété intellectuelle dans la Galaxie du droit. – Si l’observation du droit peut s’apparenter à l’observation du ciel, la reconnaissance de certaines de ses constellations est plus ou moins aisée. Au sein de « *la Galaxie du droit* », il est des amas de normes qui, à l’image d’amas d’étoiles, semblent évoluer de manière éloignée. Ainsi, au contraire du voyageur guidé par les étoiles, le juriste se repère difficilement s’il ne peut être guidé par l’Étoile du berger. Le droit de la propriété intellectuelle se prête pleinement à cette image de la constellation : si sa dénomination singulière donne l’apparence d’un droit dont les éléments normatifs seraient regroupés de manière cohérente, son observation approfondie révèle un éloignement latent des éléments qui le composent. Souhaiter rétablir une cohérence au sein de cette matière implique alors d’observer les règles qui le façonnent et les relations qu’elles peuvent entretenir. Si elles se rejoignent, elles seront des étoiles « *aimantes et aimantées* » ; si elles ne peuvent s’aimer, elles seront « *filantes* » et dériveront de l’amas.

Pour tenter de rétablir une cohérence au sein de la matière, certains outils peuvent être sollicités. À l’image de l’astronome armé de son télescope, le choix de l’outil, c’est-à-dire de la démarche adoptée, s’avère crucial pour effectuer l’observation.

¹ F. Cheng, *Quand reviennent les âmes errantes*, Albin Michel, 2012, p. 98.

« In sum, the aim of methodology is to help us to *understand*, in the broadest possible terms, not the product of scientific inquiry but the process itself »².
Abraham Kaplan.

2. L'observation des étoiles. Le choix du télescope. – Dans l'univers de la connaissance, ce qui donne une légitimité au discours scientifique ne sont pas tant les connaissances qu'il livre que la manière dont ces connaissances ont été obtenues. Autrement dit, la démarche scientifique importe autant si ce n'est plus que le résultat lui-même. En effet, pour convaincre de la vérité, voire de la véracité que prétend livrer le discours scientifique, la méthode utilisée doit être soigneusement choisie et justifiée ; elle se doit de préserver autant que faire se peut le discours scientifique des préjugés, des présupposés ou encore des croyances préétablies, intimes ou personnelles, de celui ou celle qui la met en œuvre.

3. Le choix de l'approche transversale pour observer le droit de la propriété intellectuelle. – Le droit n'y fait pas exception et propose différentes méthodes pour l'analyser, l'expliquer, le comprendre, ou encore l'ordonner. La transversalité, mobilisée en droit de la propriété intellectuelle, apparaît comme une méthode, plus exactement comme une approche³, susceptible de saisir l'unité d'une matière juridique dont le singulier dissimule une pluralité de réalités juridiques, voire d'aboutir à la proposition d'une théorie générale. Or, pour mieux appréhender le sujet, il est nécessaire d'en expliciter les termes. Ceux-ci doivent donc être décomposés, en abordant tout d'abord la transversalité (I), puis la transversalité en droit (II) et, enfin, la transversalité en droit de la propriété intellectuelle (III).

I. La transversalité

4. Les différentes grilles de lecture de la transversalité. – Communément, la transversalité est définie de manière circulaire : elle s'entend de ce qui est transversal et désigne les objets, les concepts qui sont dotés d'un caractère transversal. De manière plus incisive, elle renvoie à ce qui

² A Kaplan, *The conduct of inquiry*, Transaction Publishers, 1964, p. 23, qui peut être traduit par « [L]e propre de la méthode est d'aider à comprendre au sens le plus large, non les résultats de la recherche scientifique, mais le processus de recherche lui-même », M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, 2000 n° 14. Même si la traduction du terme « methodology » par le terme « méthode » retenue par Madame Grawitz peut paraître linguistiquement fautive, elle n'est pas inexacte sur le plan sémantique : Abraham Kaplan explique dans son ouvrage que la différence qu'il établit entre « "methodology" as concerned with very special scientific techniques and "methodology" as concerned with very general philosophical principles [...] is a matter only of degree », phrase qui peut être traduite par « la distinction entre la méthode qui se décline en techniques scientifiques spécifiques et la méthode dans une acception philosophique est une question de degré », A Kaplan, *The conduct of inquiry*, op. cit., p. 23. La « methodology » entendue en anglais semble davantage faire référence à la méthode qu'à la méthodologie en français puisque l'on s'accorde à dire qu'une méthode peut s'entendre dans un sens philosophique, mais aussi dans un sens plus concret selon lequel la méthode se compose de techniques, v. en ce sens M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, op. cit., n° 265 et s., spéc. n° 266 et V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 3^e éd., 2022, n° 7. Il est donc possible de traduire la « methodology » de Kaplan par le terme « méthode » en français.

³ V. *infra* n° 7.

coupe en travers⁴, de manière perpendiculaire⁵, ou encore qui traverse un axe ; elle désigne aussi ce qui recoupe plusieurs disciplines ou secteurs⁶. Outre ce sens commun, la transversalité peut aussi s'entendre d'une démarche, par exemple lorsqu'est retenue une approche dite transversale. Ces deux façons d'appréhender la transversalité n'évoluent pas de manière isolée : si un concept acquiert un caractère transversal, c'est qu'au préalable a été sollicitée une approche transversale, de sorte qu'une confusion peut être faite entre l'outil et le résultat de son usage. Tout en s'efforçant de distinguer les différentes lectures de la notion, cette relation de cause à effet – selon laquelle un concept transversal est le résultat d'une lecture transversale – conduit la présente étude à privilégier l'appréhension de la transversalité non pas comme un simple concept (A), mais plutôt comme une approche (B).

A. La transversalité entendue comme un concept

5. Les manifestations de la transversalité par la mise en évidence de concepts dits transversaux. – La transversalité se pratique davantage qu'elle ne s'exprime⁷. Existe ainsi une multitude de concepts transversaux. Un concept transversal étant un concept qui « traverse » une ou plusieurs disciplines, il se reconnaît par sa capacité à « voyager »⁸ d'un domaine à un autre, d'une discipline à une autre. Le concept est transversal lorsqu'il est en mesure de migrer⁹ au sein de sa discipline et/ou à travers les autres disciplines, autrement dit aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de sa discipline. La transversalité peut donc être interne et/ou externe¹⁰ tout en s'accompagnant toujours de cette idée de mouvement, de passage.

Lorsque l'objet transversal passe de la discipline qui l'a vue naître à une autre discipline (transversalité externe) –, la notion qui le désigne peut alors voir son sens premier être complété ou même contredit par le nouveau sens qu'elle aura acquis dans l'autre discipline¹¹. De ce fait, selon la discipline dans laquelle la notion, à présent transversale, se sera enracinée, elle pourra recevoir une coloration différente, c'est-à-dire un sens différent que celui qu'elle a dans sa discipline d'origine. Néanmoins, une notion transversale peut tout à fait s'accommoder de plusieurs sens, même s'ils se contredisent, car ce qui importe est que ces sens portent chacun en eux leur propre vérité pour la discipline considérée. L'exemple le plus topique est, sans doute, celui de la notion d'information. Avec l'apparition de l'imprimerie et l'essor de la presse, l'information a acquis une signification sociale en désignant tout fait, actualité ou événement porté à la connaissance d'un

⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^e e d., v. « transversal ».

⁵ CRNTL, CNRS, v. « transversalité », sens A), 2.

⁶ *Dictionnaire Larousse*, v. « transversal », sens 4.

⁷ Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », in *Dictionnaire critique de la communication*, t. 1, dir. L. Sfez, PUF, 1993, p. 188.

⁸ *Ibid.*, p. 184-185.

⁹ J. Pain, « La transversalité, une épistémologie du désir ? L'Humain des sciences humaines », *Les Cahiers de l'École*, n° 8, mars 2007, p. 45.

¹⁰ Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 186 ; *adde. infra* n° 21 et s.

¹¹ E. Morin, « Sur l'interdisciplinarité », *Bulletin Interactif du Centre International de Recherches et Études transdisciplinaires* n° 2, juin 1994, accessible sur <https://ciret-transdisciplinarity.org/bulletin/b2c2.php> (consulté le 11/11/2024).

public¹². Avec les travaux de Shannon, l'information a acquis un sens scientifique précis en la définissant à travers sa transmissibilité, sa communicabilité¹³. Ensuite, l'information a « *migré dans la biologie pour s'inscrire dans le gène* »¹⁴. Outre l'information, la biologie moléculaire accueille d'ailleurs différentes notions qui, tout en étant transversales, ne reçoivent pas la même acception : tel est le cas du code, notion « *issue du langage juridique qui s'est biologisée dans la notion de code génétique* »¹⁵, ou encore du patrimoine qui désigne tout autant le patrimoine génétique en biologie que le patrimoine dont dispose chaque être doté de la personnalité juridique en droit.

6. Les limites de la définition de la transversalité par les seuls concepts transversaux. –

Toutefois, s'en tenir à la manifestation d'objets, ou de concepts transversaux, rendrait probablement complexe l'appréhension globale d'un domaine, tant il est peu probable que son intelligibilité puisse se résumer à de tels concepts¹⁶, à « *une sorte d'inconscient du travail théorique* »¹⁷. Les potentialités du concept de transversalité ne sont pas encore épuisées par cette première définition. Pour parachever l'appréhension de la transversalité, il paraît nécessaire de rappeler que l'édification de concepts transversaux repose sur une approche, elle-même transversale.

B. La transversalité entendue comme une approche

7. L'approche transversale comme démarche épistémologique. – Si la transversalité renvoie à une idée de mouvement, elle englobe également la dynamique qui anime des individus. Ainsi le terme transversal peut désigner un phénomène sociétal tel que les luttes dites transversales menées par différents groupes partageant des revendications communes. Ces luttes sont dites transversales en ce qu'elles ne se limitent pas à un pays ou à un type de gouvernement particulier¹⁸, tout en reposant sur des doléances communes. À titre d'illustration, les mouvements féministes, antiracistes ou encore LGBTQIA+ s'inscrivent dans une lutte transversale contre les discriminations ; sur les conditions de travail, des alliances sont encouragées entre différents mouvements pour renforcer leur pouvoir¹⁹. Cette approche peut également être le fait d'un

¹² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e e.d., v. « information », sens 2.

¹³ C. E. Shannon, « A Mathematical Theory of Communication », *The Bell System Technical Journal*, 1948, accessible en ligne : <https://philosciences.com/images/PDF/shannon1948.pdf> (consulté le 11/11/2024). Cet article fut ensuite repris et publié sous la forme d'un livre, v. C. E. Shannon, W. Weaver, *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Urbana Press, 1949.

¹⁴ E. Morin, « Sur l'interdisciplinarité », art. préc.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 186 : à propos des disciplines de la communication, l'auteur relève que « [l']exhaustivité d'une [liste de concepts transversaux] est, quasiment par définition, hors de portée » ; *add. infra* n° 43 et s.

¹⁷ Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 187.

¹⁸ H. Dreyfus, P. Rabinow, *Michel Foucault, un parcours philosophique – au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Gallimard, 1984, p. 301.

¹⁹ S. Sirot, « Convergence des luttes : “Un lien existe” mais “il n'y a pas l'unité syndicale propice” », *Franceinfo*, 18 avr. 2018, consultable sur https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/recherche-d-emploi/fonction-publique/convergence-des-luttes-un-lien-existe-mais-il-n-y-a-pas-l-unite-syndicale-propice_2711774.html (consulté le 11/11/2024).

opérateur économique qui se mesure à un phénomène multiforme, à l'instar de Meta qui s'inscrit dans le cadre de la lutte contre les menaces numériques en mettant au point une méthode de lutte transversale²⁰.

Mais les méthodes d'analyse transversale sont surtout pratiquées dans de nombreux domaines scientifiques (1), ce qui engage à adopter cette approche pour appréhender le droit de la propriété intellectuelle (2).

1. L'analyse transversale en pratique

8. La transversalité dans les sciences. – La transversalité existe tout d'abord en mathématiques, à travers la théorie des transversales en géométrie de Carnot²¹ et le théorème de transversalité en topologie différentielle de Thom²². En économie et en sociologie, les phénomènes peuvent être appréhendés par une analyse transversale²³. Et tant en mathématiques qu'en sociologie, le concept de transversalité est associé à une idée d'anticipation, de prévisibilité. En effet, l'analyse transversale en sociologie permet d'anticiper les événements à venir si les résultats de l'analyse sont stables²⁴. Le théorème de transversalité de Thom, qui s'inscrit plus globalement dans sa théorie des catastrophes, « permet de savoir quels accidents surviennent en général dans un système dépendant d'un nombre donné de paramètres »²⁵. Le concept de transversalité trouve également à s'appliquer en psychanalyse grâce aux travaux que le psychanalyste Félix Guattari a menés à propos de l'hôpital psychiatrique²⁶. Pour lui, la transversalité permet de désigner la dimension non hiérarchique du pouvoir et le « lieu du sujet inconscient du groupe »²⁷.

²⁰ Le Figaro, « Meta veut encourager la lutte transversale contre les menaces numériques », 16 mars 2023, accessible sur <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/meta-veut-encourager-la-lutte-transversale-contre-les-menaces-numeriques-20230316> (consulté le 11/11/2024).

²¹ L. N. M. Carnot, *Mémoire sur la relation qui existe entre les distances respectives de cinq points quelconques pris dans l'espace suivi d'un Essai sur la théorie des transversales*, Courcier, 1806, spéc. p. 65 et s.

²² R. Thom, *Stabilité structurelle et morphogénèse : essai d'une théorie générale des modèles*, InterEditions, 2^e éd., 1977, p. 25 et s.

²³ A. Silem (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 2016, v. « Analyse transversale » : Analyse, approche ou calcul à un moment donné ou pour une période donnée sur la base de plusieurs unités statistiques relevant du même phénomène. C.-D. Echaudemaison (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, éd. Nathan, 2013, v. « Analyse transversale » en sociologie : L'analyse transversale ou analyse du moment est l'étude des événements démographiques, observés une année donnée, d'une population composée de générations ou de cohortes successives, par exemple, recenser le taux de fécondité par âge, de 15 à 49 ans (hommes et femmes) sur une année donnée. L'on obtient alors un indice conjoncturel ou synthétique de fécondité retraçant les comportements de plusieurs générations sur une année donnée. Si chaque taux de fécondité ne varie pas, l'analyse transversale permet alors de prévoir approximativement la descendance finale.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ M. Chaperon, « René Thom et l'expérience », in *Les mathématiques et l'expérience*, E. Barbin, J.-P. Cléro (dir.), éd. Hermann, 2015, p. 394.

²⁶ F. Fourquet, « Une intuition de Félix Guattari », *Revue du MAUSS*, n° 29, janv. 2007, p. 557-558.

²⁷ F. Guattari, *Psychanalyse et transversalité. Essai d'analyse institutionnelle*, éd. La Découverte, 2003, p. 84. Ce dernier, partait du constat que, au sein de l'hôpital psychiatrique, existe une « subjectivité inconsciente » aux côtés du pouvoir institutionnel asilaire fondé sur le modèle hiérarchique de la société moderne. Il y a, d'après l'auteur, une subjectivité qui circule dans toute l'institution et qui traverse alors le pouvoir hiérarchique ; une subjectivité qu'il considère inconsciente car elle est invisible aux personnes enfermées dans leur individualité. Cette subjectivité

La transversalité occupe une place de plus en plus importante dans le cadre de la gestion d'entreprise, plus particulièrement dans les techniques de management. L'on y défend une transversalité entre les différents acteurs d'une entreprise, quel que soit leur niveau hiérarchique, leurs compétences, leur qualification, pour améliorer la polyvalence de chacun en promouvant la coopération entre eux, le but étant de développer un « *management hors hiérarchie* »²⁸.

Toujours dans cette optique de décloisonnement des sciences, les sciences de l'éducation intègrent, elles aussi, le paramètre de la transversalité, notamment en pédagogie en mettant l'accent sur l'approche par compétences qui cherche à développer les compétences transversales des apprenants²⁹.

La religion ne fait pas exception au phénomène : existe une revue intitulée *Transversalités*³⁰, publiée trimestriellement par l'Institut Catholique de Paris, dont l'objectif est d'explorer les interactions entre religion, culture et société, en rassemblant des recherches diversifiées pour un large public³¹.

9. La transversalité, résultante de l'approche transversale. – Les auteurs ayant explicité la transversalité dans leurs travaux se sont eux-mêmes reposés sur une approche dite transversale pour ériger ces concepts de transversalité. Même si les implications de la transversalité sont différentes d'un domaine à un autre, ils se sont fondés sur l'idée de passage, de mouvement propre à la transversalité³², révélant la possibilité d'une approche transversale.

2. Le choix d'une approche transversale

10. Méthodologie³³ de l'approche transversale. – De manière générale, la méthode scientifique³⁴ s'entend principalement de la méthode hypothético-déductive, qui consiste à poser une hypothèse, à en vérifier la véracité et à en tirer des conclusions au regard des résultats livrés. Or, cette méthode est loin d'être la seule pour se livrer à une analyse ; il existe la méthode empirico-inductive, la méthode par abduction, mais également l'analogie, l'interdisciplinarité ou encore la transdisciplinarité. L'approche transversale peut-elle être considérée comme une autre méthode de recherche à part entière ?

inconsciente est alors analysée en un pouvoir diffus, qui échappe à l'administration, présent au sein de certains groupes et qui ne peut jouer qu'en de rares moments, notamment lorsque l'administration elle-même faillit.

²⁸ B. Cohen-Bacrie, « Daniel Ollivier : "La transversalité pour dépasser les frontières" », *La lettre du cadre*, 23 oct. 2015.

²⁹ Pour une critique de l'approche par compétences, v. N. Hirtt, « L'approche par compétences : une mystification pédagogique », *L'école démocratique*, n°39, sept. 2009, p. 5 et s.

³⁰ Cette revue s'intitulait *Revue de l'Institut Catholique de Paris* jusqu'en 1982, puis *Nouvelles de l'Institut Catholique de Paris* jusqu'en 1996.

³¹ Cette revue est accessible sur CAIRN.

³² V. *supra* n° 5.

³³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « méthodologie » : « *Étude des méthodes de recherche et d'analyse propres à une science, à une discipline* ».

³⁴ R. Descartes, *Discours de la méthode*, Flammarion, 2016.

11. Méthodologie de l'approche transversale : distinction des notions d'approche et de méthode. – Même s'il est récurrent d'utiliser les termes de « *méthode* », d'« *approche* » ou même de « *technique* » de manière synonymique³⁵, les nuances existant entre ces différentes notions ne doivent pas être ignorées. En effet, alors que la méthode, prise le cadre d'une démarche scientifique, « *dicte [...] des façons concrètes d'envisager ou d'organiser la recherche [...] de façon plus ou moins impérative, plus ou moins précise, complète et systématisée* »³⁶, l'approche désigne une « *démarche intellectuelle* » plus large et plus souple que [...] la méthode » en ce qu'elle n'implique pas « *la rigueur intellectuelle* » de la méthode »³⁷. L'approche « *est surtout une attitude comportant souplesse, prudence, et caractérisée par un état à la fois de grande vigilance et de grand respect pour l'évènement ou l'objet* »³⁸. S'agissant de la transversalité, le terme approche est préféré à celui de méthode car il accueille une certaine forme de souplesse qui se prête davantage à l'exercice entrepris.

Le choix de cette dynamique se justifie d'autant mieux qu'il est loisible de la distinguer d'autres notions voisines (a), d'identifier les finalités qu'elle entend poursuivre (b) et de mettre en avant les qualités qu'elle porte (c).

a. L'approche transversale et les notions voisines

12. La transversalité et l'inter-pluri-trans-disciplinarité. – À première vue, la transversalité, désignant ce qui traverse une ou plusieurs disciplines, semble entretenir des liens avec les autres méthodes de recherche que sont l'interdisciplinarité, la pluridisciplinarité et la transdisciplinarité. L'« *interdisciplinarité* » désigne les interactions, les relations qui peuvent exister entre différentes disciplines³⁹. Plus précisément, cela vise au moins deux disciplines qui vont être sollicitées pour la compréhension d'un objet d'étude qui leur est commun, sans qu'il ressorte nécessairement une présentation unitaire dudit objet. La « *pluridisciplinarité* » consiste à aborder un objet ou un sujet d'étude en associant, en confrontant le travail de plusieurs disciplines, chaque personne ayant participé à ce projet étant spécialiste d'une discipline donnée⁴⁰. La « *transdisciplinarité* » souhaite faire abstraction des frontières établies entre chaque discipline⁴¹ afin de reconstituer une connaissance universelle. En d'autres termes, la nature des relations entre les disciplines varie : les disciplines peuvent interagir entre elles, se juxtaposer, ou encore voir leurs frontières être dépassées.

L'idée de transversalité transparait effectivement à travers chacune de ces notions ; elle pourrait se loger dans les interactions caractérisant l'interdisciplinarité ; elle pourrait aussi s'inscrire dans un cadre pluridisciplinaire, ou encore transparaitre derrière la transdisciplinarité puisque l'idée sous-jacente commune est le franchissement, le dépassement des frontières propres à chaque discipline⁴².

³⁵ V. Champéil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 7.

³⁶ M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, op. cit., n° 265.

³⁷ V. Champéil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 7.

³⁸ M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, op. cit., n° 267.

³⁹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « interdisciplinaire ».

⁴⁰ *Ibid.*, v. « pluridisciplinarité ».

⁴¹ CRNTL, CNRS, v. « transdisciplinarité ».

⁴² V. par exemple Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 181 et s., spéc. p. 182 : « *Ce qui est transversal [...] ne peut être que ce que l'on appelle l'interdisciplinaire ou le transdisciplinaire* ».

13. Les interactions complexes. – Toutefois, l’approche transversale peut également être pratiquée au sein d’une même discipline, et même lorsqu’elle s’illustre entre plusieurs disciplines, elle ne s’assimile pas à l’interdisciplinarité, à la pluridisciplinarité ou encore à la transdisciplinarité. D’abord, elle n’est pas synonyme d’interdisciplinarité car cette dernière exige la rencontre d’au moins deux disciplines, tandis que la première peut jouer aussi bien à l’intérieur qu’à l’extérieur d’une discipline donnée. De plus, la transversalité semble aller plus loin que l’interdisciplinarité, qui s’intéresse aux seules interactions, sans chercher à en inférer un quelconque résultat notamment en termes d’unité. Ensuite, la transversalité ne s’assimile pas à la pluridisciplinarité car elle ne tend pas à la seule association ou confrontation de travaux émanant de plusieurs disciplines. Enfin, elle se différencie de la transdisciplinarité car, au contraire de cette dernière, la transversalité n’a pas pour finalité de faire abstraction des frontières existantes entre les différentes disciplines dans le but de reconstituer une connaissance universelle. À ce titre, la transversalité instigue un autre rapport entre l’universel et le particulier qu’un rapport classique d’opposition⁴³. En réalité, la transversalité s’opposerait davantage à l’hyperspécialisation⁴⁴ qui peut toucher une discipline et conduire à l’isolement et à l’autarcie⁴⁵.

L’approche transversale, précisée à travers ses notions voisines, peut encore être éclairée à travers ses finalités.

b. Les finalités de l’approche transversale

14. L’approche transversale au service de la recherche de concepts transversaux « pertinents ». – Le premier objectif poursuivi par l’approche transversale, qui peut sembler tautologique, est de parvenir à l’identification de concepts transversaux. Toutefois, elle ne se confond pas avec ses résultats. En fonction du but qui lui est assigné, il est possible de délimiter « naturellement » l’étude menée, de sorte qu’il n’est pas nécessaire d’identifier de manière positive et exhaustive les potentiels concepts transversaux. L’analyse transversale est susceptible de pointer l’absence de tels concepts ; elle n’en reste pas moins transversale.

15. L’approche transversale au service d’une « égalité scientifique ». – L’autre objectif poursuivi par l’approche transversale réside dans une idée de non-hiérarchie. L’approche transversale n’a pas pour but ou pour conséquence de favoriser une discipline au détriment d’une autre. Au contraire, elle participe à une certaine « égalité scientifique » puisque, tout en admettant la faculté migratoire d’un concept donné, elle accepte que ce concept reçoive des sens différents en fonction des disciplines dans lesquelles il est accueilli.

⁴³ V. *infra* n° 17.

⁴⁴ Dictionnaire *La langue française*, v. « hyperspécialisation » : « processus par lequel un individu ou une entité devient extrêmement spécialisé dans un domaine très restreint ».

⁴⁵ E. Morin, « Sur l’interdisciplinarité », art. préc. : « L’esprit hyperdisciplinaire va devenir un esprit de propriétaire qui interdit toute incursion étrangère dans sa parcelle de savoir. On sait qu’à l’origine le mot discipline désignait un petit fouet qui servait à s’auto-flageller, permettant donc l’autocritique ; dans son sens dégradé, la discipline devient un moyen de flageller celui qui s’aventure dans le domaine des idées que le spécialiste considère comme sa propriété ».

Outre les objectifs qui lui sont assignés, l'approche transversale présente également certaines qualités qu'il convient de souligner.

c. Les qualités de l'approche transversale

16. Transversalité et classification des disciplines. – L'approche transversale s'inscrit en réaction à l'approche disciplinaire et, plus largement, à la classification des disciplines qui prit racine dans la révélation des sept arts libéraux dans la Grèce antique et qui fut précisée par la suite par Francis Bacon, René Descartes, Auguste Comte ou encore Edmond Goblot⁴⁶. Cela étant, cette appréhension segmentée de la connaissance n'est pas à l'abri de critiques. Edgar Morin, dans le troisième volume de son œuvre majeure intitulée *La Méthode*, relève que, bien que ce morcellement soit nécessaire pour des raisons pratiques évidentes, l'organisation de notre connaissance est disjointe⁴⁷. Edmond Goblot, qui a participé à la classification des sciences, et plus particulièrement des sciences sociales, est revenu sur cette expression de « *classification des sciences* » qu'il considère désormais « *impropre* »⁴⁸. Cette classification a certes l'atout de la simplicité, de l'efficacité et de la praticité mais présente l'inconvénient majeur de jeter l'ombre sur les relations existantes entre les disciplines.

La transversalité permet de dépasser ce désagrément en ce qu'elle tend à traverser les frontières établies entre les disciplines. Si l'approche transversale a la vertu de « *réagir contre la ghettoïsation qui menace tout objet de savoir en train de se constituer comme discipline spécifique* »⁴⁹, son usage excessif pourrait néanmoins entraîner le brouillage des frontières entre les disciplines. L'approche transversale peut donc être encouragée à condition qu'elle permette d'établir des ponts entre les disciplines ou entre les notions, sans toutefois conduire à l'effondrement des classifications existantes.

17. Transversalité et maîtrise de paradoxes. – La transversalité ne se confond pas ni ne s'intègre dans l'idée de transcendance. En effet, la transcendance exprime à la fois l'idée de supériorité et de dépassement, le « *tout* » révélé surpassant les particularismes. La transcendance irradierait les zones d'ombre laissées par les spécificités de départ⁵⁰. De cette notion ressort alors un rapport d'opposition et de hiérarchie entre l'universel et le particulier. La transversalité ne s'inscrit pas dans cette dialectique ; elle révèle non seulement la présence de paradoxe(s), tels que l'universel et le

⁴⁶ B. Valade, « Edmond Goblot : classification des sciences et système des savoirs », *Hermès, La Revue*, n° 66, fév. 2013, p. 54 et s.

⁴⁷ E. Morin, *La méthode. 3. Connaissance de la connaissance*, éd. Points, 2014, spéc. p. 12.

⁴⁸ B. Valade, « Edmond Goblot : classification des sciences et système des savoirs », art. préc., p. 56 : « *Il ne saurait y avoir de classification là où il n'y a pas de classes. [...] On ne peut pas classer les sciences parce que chaque science est un objet singulier et que le nombre des sciences est limité* ».

⁴⁹ Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 186.

⁵⁰ C'est ainsi qu'Abraham, dans son rôle de « *père d'une multitude de nations* », transcende « *nos petites fraternités religieuses, nationales, culturelles, etc.* ». V. en ce sens A. Bidar, « Enfants d'Abraham, qu'avez-vous donc fait de votre héritage ? », *Le Monde*, 18 avr. 2024, p. 23.

particulier, l'ordre et le désordre, le général et le spécial, mais elle assume aussi cette « *réalité* » paradoxale en les plaçant dans une relation de complémentarité et non plus d'antinomie⁵¹.

18. Proposition de définition. – Au terme de ces développements, il nous est possible de proposer la définition suivante de la transversalité : *elle constitue une approche permettant de recouper une ou plusieurs disciplines en les réunissant en certains points, sans éluder leurs spécificités. Elle permet ainsi d'identifier des concepts transversaux qui, voyageant au sein d'une ou de plusieurs disciplines, peuvent acquérir différents sens tout en conservant leur identité.*

La transversalité, à présent définie comme une approche, peut être appliquée au domaine d'étude de la présente thèse qu'est le droit.

II. La transversalité en droit

19. Le « comment » et le « pourquoi » de la transversalité en droit. – La mobilisation de l'approche transversale en droit implique de se demander, d'une part, comment cette démarche y prospère déjà et dans quelle mesure elle s'avère pertinente pour les besoins de la présente recherche. L'approche transversale en droit doit donc être identifiée (A), avant d'être justifiée (B).

A. L'identification de l'approche transversale en droit

20. La mise en œuvre de la démarche. – Si la mise en œuvre de l'approche transversale en droit repose sur la mobilisation de méthodes du droit préexistantes (2), il est nécessaire de la distinguer au préalable de l'approche transversale du droit (1).

1. La transversalité en droit et la transversalité du droit

21. La réception de l'approche transversale par le droit. – En droit, même si elle n'est pas davantage explicitée qu'ailleurs, l'approche transversale trouve également un terrain d'élection. Parmi les auteurs qui l'ont explicité, certains sollicitent cette analyse pour déceler des éléments d'unité dans le cadre de la construction d'un régime juridique plus cohérent⁵² ; pour identifier⁵³ voire encourager les influences d'une discipline juridique sur une autre⁵⁴ ; ou pour mettre en avant

⁵¹ Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 186.

⁵² Th. Douville, « Tiers de confiance numérique : approche transversale », *Dalloz IP/IT* 2024. 437.

⁵³ K. Lemerrier, « L'adaptation du droit des entreprises en difficulté à la créance fiscale », acte du colloque « La transversalité du droit fiscal », *La lettre juridique* n° 919, 6 oct. 2022, relevant l'influence qu'exerce la matière fiscale sur le droit des entreprises en difficulté à propos de la créance fiscale.

⁵⁴ W. Chaiehloudj, « Un exemple de résistance à la transversalité : le droit de la concurrence », *RIDE* 2/2023, p. 61 et s., spéc. p. 72 et s., encourageant l'intégration du paramètre environnemental au sein du droit de la concurrence, que ce soit le « grand » ou le « petit » droit de la concurrence et incitant à la comparaison des différents systèmes juridiques sur cette double thématique.

les influences réciproques entre plusieurs droits⁵⁵. Si l'analyse menée le permet, la transversalité peut également permettre d'identifier une communauté de solutions entre deux branches du droit⁵⁶. D'autres auteurs encore mettent en avant la transversalité d'une politique donnée⁵⁷ ou celle d'une réglementation adoptée⁵⁸. Il s'ensuit que la transversalité n'emprunte pas le même chemin et n'aboutit pas aux mêmes résultats selon qu'il s'agisse d'une transversalité *du* droit ou d'une transversalité *en* droit, ce qu'il convient de distinguer.

22. La transversalité *du* droit : une transversalité externe. – La transversalité *du* droit est celle qui incite à se demander si la branche du droit étudiée est transversale vis-à-vis d'autres branches du droit ou d'autres domaines ou disciplines. Dans ce cadre, l'approche transversale se focalise sur le droit en question et recherche les rapports qu'il peut entretenir, et plus encore les influences qu'il peut exercer sur d'autres branches du droit ou sur d'autres disciplines que la seule discipline juridique. Ainsi, la transversalité du droit du numérique s'exprime en ce qu'il touche tant au droit privé qu'au droit public et concerne de plus en plus de secteurs d'activités⁵⁹. À l'aune du numérique, la transversalité du droit est même encouragée pour que la réglementation en la matière ne soit pas sectorielle et dispersée⁶⁰ ; à cette fin, l'on insiste sur la nécessité de définir certains objets de manière transversale, tels que la donnée⁶¹. Également, les actes de colloque qui ont été publiés sur « *La transversalité du droit fiscal* » reposent sur l'identification des rapports qu'entretient le droit fiscal avec d'autres branches du droit telles que le droit administratif⁶², le droit des entreprises en difficultés⁶³, ou encore le droit pénal⁶⁴. La transversalité du droit peut tout autant viser la transversalité de mécanismes juridiques spécifiques qui ont vocation à s'appliquer en différentes situations⁶⁵. En

⁵⁵ F. Leprodhomme, « Le droit fiscal, laboratoire du droit administratif ? Recherche sur quelques caractéristiques et évolutions fiscales récentes dans leurs rapports avec le droit administratif », acte de colloque « La transversalité du droit fiscal », *La lettre juridique* n° 939, 23 mars 2023, relevant les influences réciproques entre le droit administratif et le droit fiscal.

⁵⁶ *Loc. cit.*, relevant la communauté de solutions partagées tant par le droit administratif que par le droit fiscal.

⁵⁷ C. Blumann, « De la transversalité à la centralité de la politique européenne de l'environnement », *R.J.E* 4/2023, p. 765 et s., spéc. p. 768 et s., relevant que la politique menée par l'Union européenne en matière d'environnement n'est pas une politique sectorielle mais globale qui repose sur certains outils tels que la clause d'intégration ou encore le principe de précaution pour assurer la « transversalité de l'environnement ».

⁵⁸ P.-G. Marly, « La transversalité en acte : le règlement PRIIPs du 26 novembre 2014 », *RTDF* n° 4, déc. 2014, p. 63 et s., relevant le caractère transversal dudit règlement n° 1286/2014.

⁵⁹ B. Warusfel, « La transversalité du droit du numérique », *in Mél. J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 411 et s.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 419.

⁶¹ *Ibid.*, p. 419 et s.

⁶² F. Leprodhomme, « Le droit fiscal, laboratoire du droit administratif ? Recherche sur quelques caractéristiques et évolutions fiscales récentes dans leurs rapports avec le droit administratif », art. préc.

⁶³ K. Lemercier, « L'adaptation du droit des entreprises en difficulté à la créance fiscale », art. préc.

⁶⁴ É. Clément, « Les cumuls des sanctions pénales et fiscales », acte du colloque « La transversalité du droit fiscal », *Lexbase Fiscal* n° 917, 22 sept. 2022.

⁶⁵ À titre d'exemple, le règlement « Packaged Retail Investment and Insurance-based Products », dit règlement PRIIPs n° 1286/2014 du 26 novembre 2014 soumet à un même corps de règles (s'agissant seulement de l'information précontractuelle) des produits financiers de nature différente, à savoir : les produits d'investissement packagés de détail et les produits d'investissement fondés sur l'assurance ; v. P.-G. Marly, « La transversalité en acte : le règlement PRIIPs du 26 novembre 2014 », art. préc.

somme, la transversalité *du* droit renvoie à une sorte de transversalité « *externe* »⁶⁶ qui s'intéresse exclusivement aux rapports et aux influences d'un droit vis-à-vis d'autres branches du droit.

23. La transversalité *en* droit : une transversalité interne. – La transversalité *en* droit, quant à elle, est celle qui se manifeste au sein même d'une discipline. En présence du caractère épars de certaines règles, d'un domaine dont la cohérence interne fait défaut, l'analyse transversale est susceptible de déceler des éléments fédérateurs. La recherche de règles communes à propos du tiers de confiance numérique⁶⁷ s'inscrit, par exemple, dans cette idée de transversalité *en* droit. Ici, la transversalité se déploie donc au sein du droit étudié, renvoyant à une forme de transversalité « *interne* »⁶⁸.

24. Le choix opéré. – Ces deux « *types* » de transversalité ne sont aucunement antinomiques et peuvent tout à fait être sollicités de manière concomitante. S'agissant du domaine juridique, toute branche du droit peut faire l'objet d'une analyse transversale tant interne qu'externe si un intérêt le justifie. Le choix retenu ici sera toutefois celui de privilégier une approche transversale *en* droit, c'est-à-dire sur une approche transversale interne, en raison de sa capacité à réaliser une certaine mise en ordre d'une matière donnée⁶⁹.

Toutefois, avant d'user de cette approche transversale *en* droit, encore faut-il la différencier d'autres méthodes d'analyse existant en droit.

2. La transversalité en droit et les méthodes du droit

25. La souplesse de la méthodologie de l'approche transversale. – *A priori*, l'approche transversale *en* droit n'a pas besoin de faire l'objet d'une présentation méthodologique car la transversalité, notion assez fuyante compte tenu de l'idée de mouvement qui l'imprègne, laisse le champ libre à la part d'intuition animant le chercheur⁷⁰, ce qui le pousse à exercer pleinement sa liberté scientifique, ou, du moins, à ne pas se soucier du carcan que peut parfois représenter une méthode.

Malgré la marge de liberté que semble permettre l'approche transversale, il paraît aussi opportun que nécessaire de se demander sur quelles bases méthodologiques peut être construite l'approche transversale *en* droit.

⁶⁶ V. *supra* n° 5.

⁶⁷ Th. Douville, « Tiers de confiance numérique : approche transversale », art. préc.

⁶⁸ V. *supra* n° 5.

⁶⁹ En l'occurrence le droit de la propriété intellectuelle, v. *infra* n° 31 et s.

⁷⁰ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 10 : « Les épistémologues contemporains n'hésitent plus à relever la part d'intuition, d'imprévu, de hasard [...] qui peut [se] glisser » dans « [l']identification du moment méthodologique ».

26. Proposition d'une méthodologie de l'approche transversale en droit. – À titre de rappel, le droit, à l'image de toute autre science⁷¹, repose sur différentes méthodes. Certaines d'entre elles permettent au juriste de raisonner, d'argumenter, telles que le raisonnement déductif, le syllogisme, le raisonnement par induction, l'analogie ou encore la métaphore⁷² ; d'autres permettent au juriste d'interpréter, telles que la méthode exégétique, l'interprétation littérale ou encore l'interprétation téléologique⁷³.

L'approche transversale en droit, sans être « *scientifiquement* » aussi stricte que ces méthodes, se nourrit, à l'évidence, de certaines d'entre elles.

27. Les logiques interprétatives au service de l'approche transversale en droit. – Pour que l'approche transversale en droit atteigne le but qui lui a été fixé⁷⁴, elle doit nécessairement mobiliser les méthodes d'interprétation existantes en droit. Même si, dorénavant, « *l'ordre de priorité* » organisant ces différentes méthodes laisse globalement place au pragmatisme afin de ne pas s'enfermer dans des « *programmes méthodologiques interprétatifs rigides et préétablis* »⁷⁵, il paraît inéluctable de se demander d'abord, dans un souci de légitimité de la démarche adoptée, si l'approche transversale est permise au regard des seuls textes. Cela commande alors de s'en remettre à une analyse littérale des textes, analyse qui se nourrit inmanquablement de l'interprétation qu'en livre la jurisprudence. Cette priorité n'insinue aucunement que les autres méthodes d'interprétation seraient exclues de l'approche transversale ; l'interprétation littérale peut, voire doit être complétée par d'autres méthodes⁷⁶ notamment mises en œuvre par l'homme de l'art⁷⁷. À ce titre, l'approche transversale en droit est un terreau fertile pour l'interprétation téléologique, aussi appelée interprétation fonctionnelle, outil de prédilection de l'utilitarisme juridique, à même de servir les objectifs de mise en ordre qu'une telle démarche peut soutenir.

⁷¹ Pour certains auteurs, cet argument de l'existence de méthodes en droit ne suffit pas à qualifier le droit de science à part entière. V. en ce sens P. Amsselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997. 337 : l'auteur préfère parler de « *science anthropologique du droit* » plutôt que de science du droit à proprement parler car « *il ne peut y avoir, dans le domaine de l'expérience juridique, qu'une science de l'homme lui-même, une science de l'homme sectorisée, s'occupant d'un secteur des activités de l'homme* ». Sur cette question, v. aussi F. Rouvière, *Argumentation juridique*, PUF, Thémis, 2023, V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 35 et s., ou encore J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2018, n° 15.

⁷² Les quelques méthodes mentionnées ne sont évidemment pas exhaustives et s'émancipent de l'effort de sous-classification fourni par les auteurs pour mieux les situer dans l'étude du droit, v. en ce sens V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, spéc. n° 413 et s., et J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*

⁷³ Comme précédemment, notre propos n'est pas représentatif de l'ensemble des méthodes d'interprétation existantes en droit, il est donc nécessaire de s'en remettre à des ouvrages portant exclusivement sur les méthodes et/ou la méthodologie en droit, tels que V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, spéc. n° 413 et s., J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, et F. Rouvière, *Argumentation juridique*, PUF, 2023 ; ce dernier s'intéressant exclusivement aux méthodes d'argumentation juridique.

⁷⁴ V. *infra* n° 29.

⁷⁵ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 668.

⁷⁶ Choisir une méthode en particulier ne signifie pas – ou plus – que l'on doive s'en tenir qu'à celle-ci. Il est désormais admis que les méthodes d'interprétation peuvent être complémentaires les unes des autres, v. en ce sens *ibid.*, n° 666.

⁷⁷ B. N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Dalloz, 2011, p. 38.

28. L'argumentation de la transversalité en droit. – En droit, parmi les méthodes argumentatives, certaines présentant une forme de prédisposition à la transversalité peuvent être mobilisées, dont principalement l'analogie et la métaphore.

L'analogie en droit, ou raisonnement *a simili*, permet le transport de la solution apportée à une situation initiale vers une autre situation qui lui serait similaire sans qu'elle lui soit nécessairement identique⁷⁸. Ainsi, « [l']équivalence opérée n'établit pas un rapport d'identité mais de similitude »⁷⁹. Conformément à l'approche transversale, ce type de raisonnement recouvre une idée de passage, en ce qu'il permet d'établir un pont entre deux situations, mais qui sont seulement similaires et n'ont donc pas à être homogènes ou identiques. Toutefois, si l'analogie participe immanquablement de la compréhension de la transversalité, elle ne permet pas d'expliquer, à elle seule, le phénomène transversal⁸⁰. Si cette approche se nourrit incontestablement du raisonnement par analogie et entretient donc une certaine proximité avec celui-ci, elle ne doit pas y être réduite.

Quant à la métaphore, celle-ci a été définie par Aristote comme un « *mot transporté de sa signification propre à une autre signification : ce qui se fait en passant du genre à l'espèce, ou de l'espèce au genre, ou de l'espèce à l'espèce, ou par analogie* »⁸¹. Par cette définition, l'on comprend que la métaphore se distingue difficilement de l'analogie, puisque la métaphore peut s'induire de l'analogie. Chaïm Perelman a alors proposé une distinction : selon lui, la métaphore se construit à partir d'analogies, de sorte que pour comprendre la métaphore il est nécessaire de reconstruire ces analogies⁸². En droit, la métaphore « *peut être utilisée à des fins de justification et de mise en cohérence du droit* », mais aussi à des fins de critique du droit⁸³. Elle peut aussi avoir une vertu pédagogique compte tenu de l'image qu'elle véhicule. Cependant, son utilité peut rapidement dériver si l'on considère qu'elle est « *supposée se suffire à elle-même* »⁸⁴. Cela étant, son utilisation chez certains auteurs est telle qu'elle « *tend à relever d'« une véritable méthode, un chemin vers la connaissance »* »⁸⁵. Compte tenu de la ressemblance persistante entre l'analogie et la métaphore, elles peuvent être toutes les deux mobilisées dans le cadre d'une approche transversale en droit.

Par suite, si l'analogie et la métaphore peuvent apparaître comme les modes d'argumentation privilégiés dans une approche transversale en droit, ils n'en sont pas les modes d'argumentation exclusifs. Les autres méthodes d'argumentation sont tout autant mobilisables dans le cadre d'une approche transversale. Il suffit de songer, par exemple, à l'induction amplifiante qui, sans être parfaite⁸⁶, permet d'extraire un principe général à partir de dispositions particulières qui

⁷⁸ J.-L. Bergel, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *R.R.J.* 1995/4, p. 1079 et s.

⁷⁹ *Ibid.*, n° 607.

⁸⁰ *Contra.* Y. Barel, « Propos de travers ou : de la transversalité », art. préc., p. 187.

⁸¹ Aristote, *La poétique*, trad. Ch. Batteux, Jules Delalain et fils, 1874, pp. 33-34.

⁸² Ch. Perelman, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation juridique*, Librairie philosophique J. Vrin, 2^e éd., 2002, p. 152 ; *add.* V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit, op. cit.*, n° 617.

⁸³ *Ibid.*, n° 619.

⁸⁴ *Loc. cit.*

⁸⁵ *Ibid.*, n° 621, citant B. Defoort, « L'usage des métaphores par Jean Rivero : regard sur une conception de la doctrine », *RFD* 2009. 1053.

⁸⁶ Les auteurs considèrent qu'en droit, l'induction ne peut être parfaite et ne peut qu'être amplifiante, car il n'est jamais assuré que le principe induit des énoncés particuliers se fonde sur une liste complète, exhaustive de ces

se trouverait « *en suspension* »⁸⁷ et, par extension, d'apporter un mouvement de transversalité entre des règles qui, *a priori*, n'entretenaient aucun lien tant que le principe général n'en était pas induit. L'on peut également songer à la méthode comparative : adopter une approche transversale implique non seulement la comparaison de plusieurs éléments *a priori* disparates, mais aussi de se demander si, malgré leur disparité, il n'existe pas des points de convergence permettant leur réunion. En somme, aucune méthode d'argumentation n'est à négliger si tant est qu'elle puisse servir l'approche transversale en droit, qui doit à présent être justifiée.

B. La justification de la transversalité en droit

29. Les objectifs de l'approche transversale en droit. – Pour rappel, l'approche transversale mobilisée en droit permet de comprendre les relations d'une branche du droit vis-à-vis d'une ou plusieurs autres branches du droit – dans le cadre de la transversalité du droit –, mais également de participer à la mise en ordre de la branche étudiée – dans le cadre de la transversalité en droit⁸⁸. L'approche transversale, et particulièrement l'approche transversale en droit, participe donc à la recherche d'unité. Cette quête d'unité rendue possible ne doit pas être confondue avec une hypothétique unicité du droit car, contrairement à cette dernière, l'unité n'est pas une négation de la pluralité mais une synthèse de la diversité⁸⁹. À ce titre, il paraît nécessaire de rappeler que la transversalité n'a pas vocation à la transcendance mais, plus modestement, à la mise en cohérence⁹⁰. Dès lors, cette quête d'unité prônée par l'approche transversale ne laisse pas de côté les éléments qui demeurent insusceptibles d'être ordonnés. En effet, les spécificités propres à un droit ne sont pas ignorées de l'étude qui se fonde sur une approche transversale, ni même reléguées au second plan puisqu'elles permettent, non seulement, d'apporter des limites nécessaires à la recherche d'unité, mais aussi de ne pas surinterpréter le mouvement de transversalité révélé et d'éviter une lecture performative du corpus d'étude. Mieux, ces spécificités *doivent* intégrer l'analyse transversale dans la mesure où les éléments d'unité identifiés devront s'articuler avec ces irréductibles spécificités.

L'approche transversale en droit est donc propice à la quête d'unité en droit qui pourra se traduire par la construction d'un droit commun ou d'une théorie générale de la branche étudiée, étant entendu que ces expressions de « *droit commun* » et de « *théorie générale* », ne sont pas parfaitement synonymes. Alors que le droit commun fournit une présentation concrète du droit positif, la théorie générale d'un droit désigne « *une présentation éclairée du droit positif, mais non limitée au droit positif* », celle-ci étant, en réalité, « *un phénomène doctrinal* »⁹¹. Le raccourci opéré entre ces deux expressions est d'autant plus inopportun qu'une théorie générale peut accueillir tout autant des règles relevant du

énoncés. Ainsi, l'induction est dite amplifiante en ce que le principe général énoncé aboutit à une conclusion seulement probable, V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 602.

⁸⁷ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, n° 126.

⁸⁸ V. *supra* n° 21 et s.

⁸⁹ J. Russ (dir.), *Dictionnaire de philosophie*, Armand Colin, 4^e éd., 2018, v. « unicité » et « unité ».

⁹⁰ V. *supra* n° 17.

⁹¹ N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, n° 52.

droit commun que du droit spécial⁹². C'est ainsi qu'en droit des sûretés par exemple, branche dont on regrette le manque d'unité en doctrine⁹³, la proposition d'une théorie générale des sûretés réelles ne fait aucunement l'économie de l'étude de son droit spécial⁹⁴. Il s'ensuit que, selon les résultats auxquels aboutit l'approche transversale en termes d'unité, il sera possible d'en inférer une théorie générale, voire un droit commun.

30. L'opportunité de l'approche transversale en droit. – L'intérêt de mener une approche transversale en droit est donc révélé par sa finalité principale, qui est de faire émerger des éléments communs au sein d'une branche du droit déterminée pour en permettre une appréhension unitaire à travers la construction d'une théorie générale et/ou l'émergence d'un droit commun.

Si toutefois, l'on considère que « *le droit ne se cultive que par champs, voire parcelles ou lopins* »⁹⁵, il est alors possible de douter de l'opportunité d'une approche transversale en droit puisque celle-ci participe, de manière incidente, à la communication des différentes branches du droit, de sorte que les « *divisions du droit* » classiquement admises seraient remises en cause. Le professeur Supiot relève d'ailleurs que « *la division du droit en branche est un produit relativement récent de la dogmatique juridique, puisqu'elle n'a commencé à s'établir qu'au XVII^e siècle avec les juristes humanistes de la renaissance et les théoriciens du droit de la Réforme. C'est seulement à partir de cette époque que le droit fut conçu comme un ensemble ramifié en branches et sous-branches, distinguées à raison des matières qu'il s'agit de réglementer* »⁹⁶. L'auteur identifie une conséquence qui consiste dans « *une spécialisation de plus en plus étroite du travail des juristes, praticiens comme chercheurs* ». Cet « *essor de la spécialité juridique* »⁹⁷ peut laisser craindre « *l'abandon du droit commun* »⁹⁸.

Le brouillage des frontières entre les divisions admises n'est cependant pas le fait de l'approche transversale. En effet, il n'est pas nécessaire d'adopter une démarche transversale pour constater que les distinctions entre le droit privé et le droit public, entre le droit des contrats et le droit des sociétés, ou encore entre le droit international et le droit interne s'estompent progressivement. Les recoupements entre ces divisions existent déjà, de sorte qu'il apparaît nécessaire d'élaborer de nouvelles branches du droit pour tenir compte de cette transversalité « *naturelle* » entre les divisions « *primaires* » du droit. C'est ainsi que, pour tenir compte de recoupements horizontaux, ont été élaborés les régimes matrimoniaux « *qui ne sont rien d'autres qu'une combinaison du droit du mariage avec le droit des biens et le droit des obligations* »⁹⁹. Dans le même ordre d'idées, pour tenir compte de recoupements, cette fois, verticaux, ont été mis en place un droit international public ainsi qu'un droit international privé. Par ces divisions horizontales et verticales et l'élaboration de nouvelles branches tenant compte de leurs recoupements, l'étude du droit en ressort nécessairement

⁹² *Loc. cit.*

⁹³ O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013. 255.

⁹⁴ V. en ce sens Ch. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles*, LGDJ, 2023.

⁹⁵ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993. 59, n° 12.

⁹⁶ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 20.

⁹⁷ F. Terré, « La "crise de la loi" », *Arch. phil. droit* n° 25, 1980, p. 17 et s.

⁹⁸ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 2^e éd., 1948, n° 217 et s.

⁹⁹ F. Grua, « Les divisions du droit », art. préc., n° 15.

complexifiée, de sorte que le juriste spécialiste, attaché à son lopin, devrait se rendre parfois dans la ou les parcelles voisines. Seulement, le phénomène de spécialisation, voire d'hyperspécialisation du droit, tend à un effet inverse : le juriste spécialiste ou hyperspécialiste demeurant sur sa terre, n'est pas incité à en sortir face à la croissance exponentielle de lopins autour de lui. L'opportunité de l'approche transversale en droit permet de décroiser la vision tant de l'hyperspécialiste que du spécialiste : l'hyperspécialiste réduit la focale et augmente ainsi son champ de vision et le spécialiste, sans jamais s'éloigner de sa spécialité, s'intéresse davantage aux relations qu'entretient sa spécialité avec d'autres branches du droit. Par conséquent, alors que les entrecroisements existants entre les différentes branches du droit participent à la confusion des divisions du droit qui « *finissent par se nier elles-mêmes* »¹⁰⁰, l'approche transversale permet de rationaliser et de mieux appréhender ces entrelacs, sans nier les divisions telles qu'elles ont été pensées¹⁰¹. C'est précisément la finalité recherchée en droit de la propriété intellectuelle.

III. La transversalité en droit de la propriété intellectuelle

31. Présentation de la démarche. – Ce que l'on appelle communément le « *droit de la propriété intellectuelle* » est un droit encore jeune. Le Code de la propriété intellectuelle, mis en place par la loi du 1^{er} juillet 1992¹⁰², s'inscrit dans une entreprise de codification plus large, lancée en 1989, dans une optique d'accessibilité du droit¹⁰³. Par cette consécration légale, le droit de la « *propriété intellectuelle* » a officiellement fait son entrée dans le paysage juridique français. Cela étant, le domaine de l'étude doit davantage être précisé (A) pour saisir l'intérêt d'une approche transversale en la matière. Ce n'est qu'une fois ce préalable effectué que la démarche retenue pourra être présentée (B).

A. Le domaine de l'étude

32. Ambition(s) de l'étude. – Saisir le domaine de l'étude implique de revenir sur la notion de propriété intellectuelle (1), afin de pouvoir saisir les objectifs d'une approche transversale en la matière (2) et de délimiter les contours de l'étude (3).

1. Présentation de la notion de propriété intellectuelle

33. Prologue sur la notion de propriété intellectuelle. – Le domaine de la présente étude, ainsi que son intitulé le révèle, est le droit de la propriété intellectuelle. L'expression « *propriété*

¹⁰⁰ *Ibid.*, n° 5.

¹⁰¹ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 21 : « *on ne peut aborder les questions de fond, qui affectent l'évolution du droit dans son ensemble, sans devoir sortir du confort d'une branche de droit déterminé. Il faut donc pratiquer une 'interdisciplinarité', rendue difficile par la croissance exponentielle des sources juridiques et la division du travail de recherche entre des spécialités de plus en plus étroitement définies* ».

¹⁰² Loi n° 92-597 du 1^{er} juil. 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, JORF n° 0153 du 3 juil. 1992.

¹⁰³ V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, La documentation française, 1998, n° 2.

intellectuelle » est portée, en droit français, par le Code de la propriété intellectuelle. Si ce Code éponyme semble porteur d'une unité compte tenu de l'usage du singulier, cette unité de façade dissimule, en réalité, une pluralité de droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, le droit des brevets, le droit des marques, ou encore le droit des dessins et modèles, qui empêchent, *a priori*, de saisir l'essence de la matière. L'expression « *propriété intellectuelle* » ne serait-elle donc qu'une simple « *étiquette* »¹⁰⁴ empêchant de saisir l'essence de la matière qu'elle désigne ? Pour le savoir, il convient de revenir brièvement sur l'histoire de son expression avant de tenter de la définir.

34. L'histoire de l'expression « *propriété intellectuelle* ». – Les premières apparitions de l'idée de propriété intellectuelle résident dans les privilèges octroyés dans l'Ancien régime jusqu'à la Révolution française, ainsi que dans les lois révolutionnaires de 1791 et 1793 instaurant des droits exclusifs au bénéfice des créateurs et des inventeurs. S'il est possible de parler aujourd'hui, à propos de ces manifestations, de propriété intellectuelle, l'idée n'était que sous-entendue à l'époque, l'utilisation de l'expression « *propriété intellectuelle* » étant jadis extrêmement rare. Outre quelques utilisations explicites de cette expression dans certains documents¹⁰⁵, à la suite de l'adoption des décrets-lois révolutionnaires¹⁰⁶, l'expression est de plus en plus utilisée en pratique. Mais la distinction déjà instiguée par ces lois entre la « *propriété littéraire et artistique* » et la « *propriété industrielle* » fait rapidement perdre de vue ce potentiel dénominateur commun¹⁰⁷. L'expression est de nouveau placée sur le devant de la scène par Huard avec la publication de son *Traité de la propriété intellectuelle* en 1903. Néanmoins, celui-ci admet que, même si l'idée de propriété intellectuelle est reconnue sur le plan théorique, elle se fraye difficilement un chemin en pratique compte tenu d'une législation « *incobérente et, le plus souvent, inefficace* »¹⁰⁸, ainsi que de la diversité de théories proposées pour penser cette propriété intellectuelle¹⁰⁹.

En droit interne, l'absence de recours à la notion rassembleuse de propriété intellectuelle participe à la dissémination des législations qui vont, dès lors, porter sur les brevets, sur les dessins et modèles, sur le droit d'auteur, ou encore sur les marques¹¹⁰.

¹⁰⁴ H. Bergson, *Le rire. Essai sur la signification du comique*, PUF, 6^e éd., 1991, p. 117 : « nous ne voyons pas les choses nous-mêmes ; nous nous bornons, le plus souvent, à lire des étiquettes collées sur elles. Cette tendance, issue du besoin, s'est en core accentuée sous l'influence du langage ».

¹⁰⁵ Le professeur Galloux note, par exemple, que le premier document en France à y faire expressément référence est une lettre du cartographe Cassini adressée au général Berthier, celui-ci refusant tout dédommagement pour « *sa propriété intellectuelle* ». L'auteur relève l'existence d'autres documents utilisant l'expression « *propriété intellectuelle* » tels qu'une pétition, une revue ou encore des publications. V. J.-Ch. Galloux, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Mél. G. Bonet*, Litec/LexisNexis, 2010, p. 200.

¹⁰⁶ Lois Le Chapelier des 13-19 janv. 1791 sur la liberté des théâtres, loi Le Chapelier du 17 juin 1791 sur l'abrogation des corporations, lois de Boufflers du 7 janv. 1791 sur la propriété des inventions utiles et du 25 mai 1791 sur les brevets d'invention, et loi Lakanal des 19-24 juil. 1793 sur la réorganisation de la librairie.

¹⁰⁷ J.-Ch. Galloux, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », art. préc, p. 201.

¹⁰⁸ G. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, Marchal et Billard, 1903, p. 16.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 29 et s.

¹¹⁰ V. *infra* n° 504 et s.

35. La genèse internationale du droit de la propriété intellectuelle. – C'est au niveau international qu'est redécouverte la notion de propriété intellectuelle¹¹¹. Du point de vue institutionnel, la création des deux secrétariats de l'Union de Paris et de l'Union de Berne¹¹² a symbolisé la reconnaissance de « *la propriété intellectuelle comme notion rassemblant les droits des choses de l'esprit* »¹¹³. Cette symbolique a été dépassée lorsque les deux bureaux ont été réunis afin d'établir, en 1893, des Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, ou « *BIRPI* », devenus ensuite l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, connue sous l'acronyme « *OMPI* »¹¹⁴. Enfin, l'expression « *propriété intellectuelle* » s'est définitivement imposée avec l'adoption des accords dits « *ADPIC* » portant sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, signés à Marrakech en 1994. De manière quasi-concomitante, le droit français va officiellement intégrer en son sein la notion de propriété intellectuelle à travers l'adoption d'un Code de la propriété intellectuelle en 1992.

Cependant, la redécouverte de la notion de propriété intellectuelle ne permet pas d'effacer les années au cours desquelles cette « *propriété intellectuelle* » a emprunté une pluralité de chemins qui font subsister, encore aujourd'hui, les distinctions entre *les droits de propriété intellectuelle*¹¹⁵, et notamment la distinction entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. Affirmer l'existence d'une propriété intellectuelle ne suffit aucunement à en déterminer le contenu¹¹⁶. Dès lors, l'approche historique est, à elle seule, insuffisante pour déceler les éléments d'un noyau disséminé qu'il suffirait de reconstituer.

36. La définition de la « *propriété intellectuelle* ». – Malgré sa consécration au niveau interne et international, la notion de propriété intellectuelle n'est pas définie de manière substantielle. Chronologiquement, la propriété intellectuelle telle qu'affirmée par la Convention de Stockholm instituant l'OMPI de 1967 englobe « *les droits relatifs : aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale ; et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique* »¹¹⁷.

¹¹¹ J.-Ch. Galloux, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », art. préc., p. 202.

¹¹² Institués respectivement par la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, modifiée le 28 sept. 1979 et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886, modifiée le 28 sept. 1979.

¹¹³ G. Galvez-Behar, *Histoire de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2022, p. 79.

¹¹⁴ Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle du 14 juil. 1967, modifiée le 28 sept. 1979 ; *add.* J. Hughes, « A short history of “intellectual property” in relation to copyright », *Cardozo Law Review*, vol. 33:3, mars 2012, p. 1296.

¹¹⁵ Nous insistons sur l'usage du pluriel.

¹¹⁶ Sur la critique formulée au lendemain de la signature de la Convention instituant l'OMPI, H. Desbois, « L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle », *RIDA* n° 54, oct. 1967, p. 573 et s., spéc. p. 591 et s.

¹¹⁷ Art. 2, viii) de la Conv. instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle du 14 juil. 1967, modifiée le 28 sept. 1979.

Les accords ADPIC de 1994 retiennent une approche aussi extensive que la Convention de Stockholm, ceux-ci intégrant au sein des droits de propriété intellectuelle « *pertinents* » le droit d'auteur et les droits connexes, les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels, les brevets, les schémas de configuration de circuits intégrés (c'est-à-dire les topographies de semi-conducteurs) et les renseignements non divulgués.

Ces « *définitions* » de la propriété intellectuelle – qui s'analysent, en réalité, davantage en des énumérations – ne sont pas exemptes de critiques : même si l'on peut comprendre que le rédacteur ait voulu entendre de manière large la notion de propriété intellectuelle pour ne pas se rendre coupable d'une quelconque forme d'injustice¹¹⁸, la conception extensive de la notion de propriété intellectuelle est telle que son essence en est insaisissable. Si définition de la propriété intellectuelle il y a, celle-ci est nécessairement descriptive, voire « *arithmétique* » puisque cette notion semble correspondre, en réalité, à la somme des différents droits de propriété intellectuelle qui la composent. Au surplus, le périmètre de la propriété intellectuelle est si large¹¹⁹ qu'il n'est pas garanti que la matière soit véritablement enserrée dans des limites. La propriété intellectuelle semble donc être, comme le droit, un « *mot fédérateur commode pour désigner la somme des parties qui le composent* »¹²⁰.

37. L'absence de définition en droit interne, malgré l'intitulé du Code. – En droit interne, le Code de la propriété intellectuelle adopté en 1992 et consacrant expressément la notion de propriété intellectuelle ne la définit aucunement, faisant de celle-ci une notion purement « *empirique* »¹²¹ ; sauf si l'on considère que le plan du Code et la « *summa divisio* » qu'il retient, à travers la distinction classique entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, contribue à la définir. Toutefois, l'exercice de définition doit être relativisé car le même reproche que précédemment peut être formulé. En effet, la distinction sur laquelle repose la notion de propriété intellectuelle ne répond à aucun critère de définition précis pour rattacher tel droit de propriété intellectuelle à telle sous-catégorie ; même si « *les juristes concernés savent ce que recouvre chaque vocable* »¹²², est-ce également le cas du législateur ? Il est permis d'en douter si l'on se souvient, par exemple, de l'intégration quelque peu hasardeuse des indications relatives aux services publics au sein du Code de la propriété intellectuelle¹²³. Cette protection, tendant à préserver le consommateur de l'usurpation de signes désignant un service public officiel, ne s'analyse pas en un droit de propriété intellectuelle, compte tenu de la spécificité de son objet et de sa sanction qui ne consiste pas en une contrefaçon¹²⁴. D'ailleurs, il n'est pas satisfaisant de se contenter de la connaissance de

¹¹⁸ H. Desbois, « L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle », art. préc., p. 591.

¹¹⁹ G. Galvez-Behar, *Histoire de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 158.

¹²⁰ F. Grua, « Les divisions du droit », art. préc., n° 2.

¹²¹ V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 190 et s. et n° 197 et s.

¹²² *Ibid.*, n° 114.

¹²³ Art. 75 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, portant création des articles L. 731-1 à L. 731-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁴ Ch. Caron, « Pauvre Code de la propriété intellectuelle ! », *Comm. com. et lec.* n° 7-8, juil. 2014, *repe* re 7.

chacun de ces vocables par les seuls praticiens du droit puisque l'intelligibilité de la loi et la sécurité juridique ne sont pas pour autant garanties pour le justiciable.

Malgré cet écueil, la distinction opérée trouve différentes applications tant au niveau institutionnel qu'au niveau académique. Au niveau institutionnel, la distinction se retrouve quant au portefeuille des ministères : alors que le ministère de la culture est compétent pour traiter de la propriété littéraire et artistique, la propriété industrielle dépend du ministère de l'économie. Au niveau académique, la distinction se ressent notamment dans le cadre du concours d'agrégation en droit privé et sciences criminelles : dans le cadre de l'ultime épreuve du concours, dite « *leçon de spécialité* » ou « *deuxième leçon en loge* », la distinction sur laquelle repose la propriété intellectuelle se retrouve dans le découpage des spécialités, la propriété littéraire et artistique étant rattachée au droit civil et la propriété industrielle étant rattachée au droit commercial et au droit des affaires. Pourtant, l'évolution de la législation en matière de propriété intellectuelle, particulièrement en droit d'auteur, dénote un tiraillement progressif entre le droit civil et le droit commercial, le droit d'auteur pouvant également régir les relations entre deux commerçants, l'un étant le cédant et l'autre le cessionnaire du droit d'auteur¹²⁵.

38. La propriété intellectuelle comme un impensé. – L'appréhension de la notion de propriété intellectuelle, et des sous-catégories qu'elle accueille, est-elle évidente au point de rendre inutile tout exercice de définition ? La réponse semble être affirmative, puisque, une fois l'intégration de nouvelles protections opérée – qu'elle soit réfléchie ou accidentelle – il est acquis que tel droit relève de la propriété littéraire et artistique et tel autre de la propriété industrielle. Si cette certitude n'était susceptible d'aucune remise en cause, alors un biais d'évidence pourrait exister, mettant en doute le bien-fondé de l'étude entreprise dans la présente thèse. La même remarque peut être formulée à propos de la notion de propriété intellectuelle : malgré l'absence de définition, il s'en dégage, de manière quasi-naturelle, une idée de création, une idée selon laquelle cette protection vise les objets émanant de l'esprit de la personne qui les a créés¹²⁶. La notion de propriété intellectuelle est à ce point « *évidente* » qu'elle en devient, en quelque sorte, un impensé du droit¹²⁷.

¹²⁵ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, n° 12.

¹²⁶ V. par exemple H. Desbois, « L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle », art. préc., p. 591 et s., ou encore J.-Ch. Galloux, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », art. préc., p. 200. L'auteur relève, à propos de la lettre émanant de Cassini, que l'expression « *propriété intellectuelle* » était « *employée pour désigner des droits sur des créations de l'esprit* » ; *adde.* A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 28 : la propriété intellectuelle définie autour de l'idée de création s'analyserait en une conception stricte de la matière. Plus récemment, v. M. Vivant, *Libre promenade au pays de la propriété intellectuelle. Regard vivant sur un droit de la création*, Dalloz, 2024, n° 12 et s.

¹²⁷ Ce que l'on nomme les « *impensés du droit* » sont des concepts dont le sens paraît si évident que le droit n'a pas pris le temps ou la peine de les définir. À titre d'exemple, le droit administratif est un impensé du droit en ce qu'il « *a construit sa propre identité théorique en abandonnant, volontairement, la réflexion générale sur le droit* », de sorte que les discours constituant le droit administratif ont imposé la thèse selon laquelle « *ce droit-là se suffit à lui-même* ». V. en ce sens Ch. Pierucci, « Introduction autour d'un questionnement sur les impensés du droit administratif », in *Mél. J. Caillosse*, LGDJ, 2022, p. 7 et s., spéc. p. 8. Le concept de genre serait un autre « *impensé du droit* ». En effet, alors que « *le genre façonnait implicitement le droit en différenciant les personnes, il est devenu un instrument pour neutraliser ces différences* » qui fournit l'occasion de mener une réflexion sur les impensés du droit, v. P. Michel, *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre*, éd. Mare & Martin, 2024, n° 34.

Or, l'ensemble des difficultés rencontrées pour définir, à ce stade, la notion de propriété intellectuelle montre, au contraire, que son sens n'a rien d'évident et qu'elle doit être pensée juridiquement si l'on souhaite en avoir une meilleure compréhension, tant dans son essence que dans son environnement. En effet, la propriété intellectuelle, en tant que catégorie juridique, trouve, encore aujourd'hui, difficilement sa place parmi les différentes catégories de droits subjectifs compte tenu des doutes animant sa nature juridique¹²⁸. L'utilisation du terme « *propriété* » ne garantit pas la nature propriétaire de ce droit. Au demeurant, même si la doctrine spécialisée les évacue rapidement¹²⁹, des doutes peuvent être émis quant à sa nature réelle¹³⁰. *A fortiori*, certains auteurs remettent en cause sa nature même de droit subjectif dans la mesure où il peut être perçu comme une *exception* à la liberté, que ce soit la liberté d'expression ou encore la liberté du commerce et de l'industrie¹³¹ : si un droit subjectif peut tolérer des nuances, des exceptions, il peut paraître, au premier abord, antinomique de parler de droit subjectif pour une exception – ou inversement. En définitive, la notion de propriété intellectuelle, représentée à travers les différents droits de propriété intellectuelle qui la composent, n'en ressort pas substantiellement définie et ne peut donc être saisie dans son essence. Elle apparaît davantage comme une notion « *parapluie* »¹³² qui abrite divers droits de propriété intellectuelle, sans qu'aucun critère substantiel n'ait été édifié pour justifier le rattachement de certains droits et l'exclusion d'autres droits à cette catégorie. Par voie de conséquence, le droit de la propriété intellectuelle, au contraire d'autres droits subjectifs, ne repose pas sur un objet de droit précisément identifié et ne répond pas à un régime juridique précisément défini, ces écueils ne permettant pas de saisir *in fine* sa nature juridique. L'approche transversale en droit de la propriété intellectuelle est alors sollicitée pour tenter de remédier à ces lacunes.

2. Les objectifs de l'étude

39. Une étude justifiée par l'hyperspécialisation de la matière. – Le droit de la propriété intellectuelle, entendu comme la « *somme* » des différents droits de propriété intellectuelle qu'il abrite, est directement touché par le phénomène d'hyperspécialisation déjà évoqué¹³³. Cette hyperspécialisation a pour cause la multiplication de nouvelles protections insérées au sein de la

¹²⁸ V. *infra* n° 497 et s.

¹²⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 21 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, n° 8 et J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, LGDJ, 2013, n° 10 à propos de la propriété industrielle.

¹³⁰ Ces doutes poussent certains auteurs à privilégier la qualification de « *droits intellectuels* », alors érigée en troisième catégorie aux côtés des droits réels et des droits personnels, v. en ce sens Ch. Albiges, *Introduction au droit*, Bruylant, 10^e e.d., 2024, n° 306 et Ph. Malinvaud, N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 24^e e.d., 2021, n° 463.

¹³¹ A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, Bruylant, 4^e e.d., 2022, n° 4 ; J. Raynard, E. Py, P. Treigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2^e éd., 2023, n° 2.

¹³² J. Hughes, « A short history of “intellectual property” in relation to copyright », art. préc., p. 1294, parlant de la propriété intellectuelle comme d'un « *concept parapluie pour les brevets, le droit d'auteur, les marques et le droit des dessins et modèles* » (« this umbrella concept for patent, copyright, trademark, and design protection »).

¹³³ V. *supra* n° 30.

matière. En effet, à défaut de régime général de la propriété intellectuelle, les « *nouvelles sollicitations à la protection appellent systématiquement de nouveaux textes, comme en écho* », de sorte que « *la loi ne prévoit que des branches et pas de tronc* »¹³⁴. Cette multiplication de régimes spécifiques conduit nécessairement le juriste spécialiste de propriété intellectuelle à se « *surspécialiser* » à l'aune de certains d'entre eux, voire d'un seul « *pour répondre au besoin de compréhension, d'analyse et d'expertise sur un aspect en particulier* »¹³⁵. Parmi toutes les illustrations qui peuvent être sollicitées, celle de la rémunération des auteurs est sans doute l'une des plus évocatrices¹³⁶. Toutefois, si l'hyperspécialisation trouve à se justifier pour faire face à la complexification du droit, elle ne peut conduire à une forme d'enfermement intellectuel¹³⁷. L'intérêt d'une approche transversale en droit de la propriété intellectuelle est alors patent, en ce qu'elle permet une appréhension décloisonnée de cette diversité de protections.

40. Une étude justifiée par la fragmentation de la matière. – Tenter de définir le concept de propriété intellectuelle, qui englobe une pluralité de droits, passe inévitablement par l'identification de ce qui pourrait les unir. En d'autres termes, il paraît nécessaire d'identifier des éléments communs, des éléments « *traversant* » l'ensemble de ces droits de propriété intellectuelle afin de construire et nourrir ce que l'on pourrait nommer le « *noyau dur* » de la propriété intellectuelle. Dans cette optique, adopter une approche transversale en droit de la propriété intellectuelle se justifie pleinement au regard de la finalité qu'une telle approche poursuit : tout en permettant la mise en évidence d'éléments de transversalité entre les différents droits de propriété intellectuelle, elle peut être propice à l'édification d'une théorie générale de la propriété intellectuelle – à condition que l'approche transversale fournisse des résultats probants en termes d'éléments communs.

Par ailleurs, la proposition d'une théorie générale de la propriété intellectuelle ne requiert pas une mise en ordre, une mise en cohérence « *parfaite* » de la matière, puisqu'une théorie s'accommode aussi bien des éléments de convergence la nourrissant que des spécificités la nuançant¹³⁸. Dès lors, l'approche transversale, qui recherche l'unité sans éluder les spécificités¹³⁹, se révèle être la démarche idoine dans la perspective de l'élaboration d'une théorie générale. En effet, même si la transversalité révélée n'est que partielle, ses résultats ne sont pas à négliger si tant est qu'ils participent à la mise en cohérence recherchée. L'objectif attaché à la présente étude est donc de mettre en évidence des éléments communs, des éléments transversaux entre les différents droits de propriété intellectuelle propices au dépassement de leurs particularismes, sans pour autant que cela n'aboutisse à leur effacement¹⁴⁰.

¹³⁴ J. Raynard, E. Py, P. Trefigny, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 3.

¹³⁵ S. Chatry « Les vertus et les dangers de la transversalité », in *L'enseignant-chercheur en propriété intellectuelle*, Y. Basire, C. Le Goffic (dir.), LexisNexis, 2023, p. 65.

¹³⁶ S. Le Cam, « Dangers et vertu de l'hyperspécialisation en droit d'auteur : l'exemple des rémunérations des auteurs au service de la démonstration », in *L'enseignant-chercheur en propriété intellectuelle*, op. cit., p. 75 et s.

¹³⁷ V. *supra* n° 30.

¹³⁸ V. *supra* n° 29.

¹³⁹ V. *supra* n° 17.

¹⁴⁰ S. Chatry « Les vertus et les dangers de la transversalité », art. préc., p. 70 et s. ; *adde.* M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006. 951.

Pour autant, aborder de manière transversale le droit de la propriété intellectuelle, n'est-ce pas déjà faire l'aveu d'une absence d'unité de la matière ? Si la réponse est immanquablement positive, la transversalité, une fois rapportée, permet de (re)constituer, de (re)construire les éléments communs, les éléments d'unité dont on déplore l'absence. Par conséquent, ce qui est consubstantiel à la transversalité, c'est-à-dire la diversité, la pluralité, voire la disparité, peut, tout en même temps constituer un terreau fertile en termes d'unité. Autrement dit, l'approche transversale menée en droit de la propriété intellectuelle permet de constater l'hétérogénéité de la situation tout en tentant de lui (re)donner une certaine homogénéité.

41. Le bénéfique pratique d'une mise en cohérence de la matière. – Au-delà de la satisfaction intellectuelle que procure la mise en cohérence de normes juridiques, l'intérêt de l'étude est aussi pratique puisque la mise en évidence de règles communes, voire de principes communs, serait source de simplification et d'intelligibilité du droit de la propriété intellectuelle. Du point de vue légistique, le Code éponyme, adopté en 1992, n'adopte pas un esprit de système et s'inscrit davantage dans une démarche « sectorielle » en ce que les règles qu'il intègre sont prévues « *droit par droit* ». Concrètement, lorsque plusieurs droits intègrent une règle similaire voire identique, le codificateur de l'époque et le législateur d'aujourd'hui n'hésitent pas à dupliquer, à reproduire la même règle autant de fois que nécessaire. Si la démarche adoptée par le codificateur trouve une explication dans la codification dite « *à droit constant* » l'empêchant d'adopter un esprit de système¹⁴¹, celle du législateur se justifie moins aisément¹⁴².

42. Une autre appréhension unitaire de la matière. – La présente thèse, bien que s'inscrivant dans le sillage d'autres travaux qui défendent une approche unitaire de la matière¹⁴³, s'en distingue quelque peu, essentiellement au regard de la démarche adoptée. En effet, si l'ambition est la même, les moyens diffèrent sensiblement, de sorte que les résultats pourront aussi diverger de ceux des études précédemment menées.

La première différence tient à la démarche adoptée. Au contraire de certains auteurs¹⁴⁴, nous avons choisi de retenir et de fonder explicitement la recherche menée sur une approche transversale. Bien que la transversalité puisse postuler d'une absence d'unité, la transversalité peut

¹⁴¹ V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 86.

¹⁴² L'illustration topique est fournie par la loi n° 2007-1544 du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon, JORF n° 261 du 10 nov. 2007, transposant la dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOCE n° L 157 du 30 avr. 2004. Lors de la transposition de cette directive harmonisant le volet civil de l'action en contrefaçon pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, la doctrine s'est émue du fait que le législateur français n'ait pas saisi cette occasion pour créer une partie au sein du Code de la propriété intellectuelle intégrant des dispositions communes à l'ensemble des droits éponymes. Ce point sera plus amplement développé en aval, v. *infra* n° 429 et s.

¹⁴³ S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, th. Montpellier 1, 1999 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 8^e éd., 2024 ; A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, op. cit.

¹⁴⁴ S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit. ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit.

aussi permettre de (re)constituer une unité, de sorte que le postulat de la transversalité n'est pas antinomique de la recherche d'unité.

La seconde différence tient à la définition de la démarche adoptée. Si l'approche transversale a d'ores et déjà été sollicitée en propriété intellectuelle pour en inférer une unité au sein de la matière, celle qui est ici retenue fait l'objet d'une précision supplémentaire qui emporte certaines différences. En effet, ces travaux envisagent le droit de la propriété intellectuelle comme un ensemble, un tout¹⁴⁵, et recherchent dans cette optique les éléments fédérateurs de la propriété intellectuelle tant intrinsèques qu'extrinsèques. Plus précisément, outre la recherche d'éléments de définition communs à l'objet ou encore au régime¹⁴⁶, les auteurs ont également mis en avant les éléments participant à une « *synergie* » des droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire la manière dont ils s'articulent avec d'autres paramètres ou d'autres branches du droit¹⁴⁷. La présente thèse s'en écarte en ce que l'approche transversale s'opère *en* droit de la propriété intellectuelle et non pas à propos *du* droit de la propriété intellectuelle. Il en ressort un périmètre de recherche davantage limité.

3. La délimitation de l'étude

43. La délimitation matérielle de l'analyse par l'approche transversale *en* droit de la propriété intellectuelle. – Par une approche transversale *en* droit de la propriété intellectuelle, la présente thèse s'efforce de construire une théorie générale de la propriété intellectuelle en érigeant des éléments communs aux différents droits de propriété intellectuelle. Dans cette optique, l'approche transversale menée ne s'entend pas d'une approche transversale *du* droit de la propriété intellectuelle. Traiter d'une approche transversale du droit de la propriété intellectuelle impliquerait d'étudier les relations, les rapports qu'entretient le droit de la propriété intellectuelle avec d'autres branches du droit. Sans réfuter ni l'existence ni l'importance de ces rapports, l'approche transversale *en* droit de la propriété intellectuelle semble davantage pertinente pour s'interroger sur l'existence d'une théorie générale en la matière, puisqu'elle permet de mettre en avant les éléments de convergence au sein du droit objet de l'étude¹⁴⁸. Cela étant, l'approche transversale du droit de la propriété intellectuelle ne doit pas être purement et simplement évincée. Ce droit, en tant que droit spécial régissant certains types d'objets, en l'occurrence des choses immatérielles, doit nécessairement s'articuler avec les dispositions du droit commun issue du droit des biens et du droit de la responsabilité civile¹⁴⁹. Au surplus, le fait de parler de « *propriété* » intellectuelle marque inmanquablement un rapport avec le droit des biens qui ne peut être éludé tant qu'il n'a pas été

¹⁴⁵ A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, *op. cit.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 157 et s. et p. 187 et s.

¹⁴⁷ Par exemple, les auteurs se sont demandés comment la propriété intellectuelle s'articule avec les libertés fondamentales, *ibid.*, p. 278 et s.

¹⁴⁸ V. *supra* n° 19 et s.

¹⁴⁹ V. *infra* n° 497 et s.

éprouvé¹⁵⁰. Dès lors, si la présente thèse s'attache principalement à une approche transversale *en* droit de la propriété intellectuelle, l'approche transversale *du* droit de la propriété intellectuelle, à l'aune de certaines autres branches du droit, ne sera pas complètement éludée compte tenu de son caractère incontournable.

44. La délimitation spatiale de l'analyse : une analyse de droit interne. – Cela étant, le droit de la propriété intellectuelle n'est pas une « *spécificité* » du droit interne, les instances supranationales, et notamment l'Union européenne, ayant un rôle déterminant dans l'émergence de nouvelles normes en matière de propriété intellectuelle. Dès lors, l'étude entreprise aurait tout à fait pu être menée au niveau du droit de l'Union ; et ce, d'autant plus que l'idée d'un Code européen de la propriété intellectuelle n'est plus une simple vue de l'esprit. Si la suggestion n'est pas nouvelle, elle s'intensifie en doctrine¹⁵¹ face à la multiplication des directives et règlements en la matière et à la mise en place de mécanismes faisant fi de la territorialité nationale des titres, tels que le dessin et modèle communautaire ou encore le brevet à effet unitaire européen¹⁵² entré en vigueur le 1^{er} juin 2023¹⁵³. Cependant, cette « *communautarisation du droit de la propriété intellectuelle [laissant] encore une place majeure à l'approche nationale de la matière* »¹⁵⁴, il est apparu plus opportun de s'en tenir à une étude de droit interne, en l'occurrence de droit français, étude qui sera naturellement menée *à la lumière du droit de l'Union européenne*, compte tenu du haut degré d'harmonisation en la matière. Le domaine de l'étude ayant été précisé, la démarche peut être présentée.

B. La démarche de l'étude

45. Réalisation de l'étude. – Dans le cadre de la présente thèse, certains choix méthodologiques ont dû être faits. Il nous appartient de les expliciter en présentant la méthode retenue (1), avant d'envisager la thèse défendue (2).

¹⁵⁰ En effet, l'étude de la propriété intellectuelle réinterroge les concepts de droit des biens, A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1.

¹⁵¹ N. Binctin, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », in *Mél. G. Bonet, op. cit.*, p. 51 et s. ; V.-L. Benabou, « Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012... », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* LexisNexis, 2014, p. 141 et s., spéc. p. 156 et s. ; *adde.* sur le projet d'un Code européen du droit d'auteur suggéré par la Commission européenne, T. Azzi, V.-L. Benabou, A. Bensamoun, N. Martial-Braz, C. Zolynski, E. Treppoz, « Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », *LPA* n° 130, juin 2012, p. 55 et s.

¹⁵² Ce nouveau mécanisme est issu du « *paquet brevet* », comprenant le règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 déc. 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, JOUE n° L 361/1 du 31 déc. 2012, et le règlement (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 déc. 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, JOUE n° L 361/89 du 31 déc. 2012.

¹⁵³ J.-Ch. Galloux, « Brevet : la juridiction unifiée du brevet fait ses débuts et les inventions de stagiaires ou de salariés continuent de surprendre », *RTD com.* 2023. 605.

¹⁵⁴ N. Binctin, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 52.

1. La méthode retenue

46. Les méthodes sollicitées dans le cadre de l'approche transversale. – Pour mener cette approche en droit de la propriété intellectuelle, l'étude se fonde irrémédiablement sur une méthode littérale en repartant des énoncés juridiques de droit positif, en l'occurrence du *corpus* juridique contenu dans le Code de la propriété intellectuelle. Cependant, cette méthode ne peut se suffire à elle-même dans la mesure où la quête de transversalité trouve rapidement ses limites si l'étude se cantonne à l'étude des seuls textes de droit positif. Il apparaît donc nécessaire d'aller plus loin que la seule lettre de la loi – sans la dénaturer – et de solliciter d'autres méthodes d'argumentation et d'interprétation juridiques. En ce sens, le raisonnement par analogie, compte tenu du lien qu'il entretient avec le concept de transversalité¹⁵⁵, apparaît comme une méthode favorable à l'approche transversale. Pour aller au-delà de la lettre du texte, la méthode proposée par Géný, tenant dans la libre recherche scientifique, paraît tout aussi opportune dans le cadre de cette étude. En effet, sans renier la lettre du texte, la méthode prônée par l'auteur à propos du Code civil consiste à aller « *par le Code civil, mais au-delà du Code civil* »¹⁵⁶, ce qui signifie qu'il est tout à fait possible de rechercher le sens de l'énoncé juridique tout en le replaçant dans son contexte, qu'il soit social, économique, politique, ou encore culturel. La libre recherche scientifique, comme le suggère sa formulation, prône une liberté de la recherche qui peut être associée à une approche transversale en droit.

47. Les méthodes risquées dans le cadre de l'approche transversale. – Toutefois, il est certaines méthodes qui, tout en témoignant d'une utilité certaine, présentent également certains écueils.

Il s'agit, d'une part, de l'interprétation téléologique ou fonctionnelle qui consiste à rechercher la fonction, la finalité de l'énoncé juridique étudié. L'appréhension finalisée, fonctionnelle du droit de la propriété intellectuelle a toute sa place dans la présente étude au regard de son développement : définir le droit de la propriété intellectuelle à travers sa fonction sociale participerait de son approche transversale. Cependant, il a pu être relevé qu'une conception finalisée du droit ne peut que difficilement¹⁵⁷ se saisir de manière objective de la réalité sociale. Également, si la conception finalisée du droit peut servir la vision utilitariste du droit, il ne faudrait pas que sa promotion aboutisse à une approche instrumentalisée du droit, en ne voyant en celui-ci qu'un pur instrument de régulation par exemple. Au regard de ces risques, il apparaît primordial de mobiliser l'interprétation téléologique ou fonctionnelle avec prudence et parcimonie. Dès lors, si l'approche finalisée du droit de la propriété intellectuelle sera nécessairement abordée dans le cadre de cette approche transversale en droit de la propriété intellectuelle¹⁵⁸, le propos ne se fondera pas uniquement sur celle-ci.

¹⁵⁵ V. *supra* n° 28.

¹⁵⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 665 et s.

¹⁵⁷ *Ibid.*, n° 655.

¹⁵⁸ V. *infra* n° 560 et s., spéc. 576 et s.

Il s'agit, d'autre part, de la méthode dite des « *droits modèles* ». Consistant à ériger un droit comme un modèle susceptible de guider les autres pour contribuer à leur unification, cette méthode peut être mobilisée en droit de la propriété intellectuelle¹⁵⁹. Suggérée d'abord par Mousseron, d'après lequel le droit des brevets servirait de locomotive dans l'approche unitaire de la matière¹⁶⁰, elle a également été mobilisée à propos du droit d'auteur¹⁶¹, ainsi qu'en droit des marques pour en faire le droit « *modèle* » en matière d'approche finalisée¹⁶². Les droits modèles permettant une convergence des différents régimes de propriété intellectuelle, il paraît difficile d'en faire l'économie dans le cadre d'une approche transversale. Cependant, la prudence doit également être de mise car il serait difficile de justifier l'instauration de tel droit de propriété intellectuelle en tant que droit modèle, au lieu d'un autre. La difficulté s'était déjà présentée en doctrine, d'aucuns ayant critiqué la prise de position de Mousseron à propos du droit des brevets¹⁶³ ; la difficulté pourrait de nouveau se présenter si le droit des marques, perçu parfois comme un « *enfant illégitime* » du droit de la propriété intellectuelle, constituait le droit source d'inspiration en matière d'approche finalisée ; la difficulté ne serait pas totalement évacuée si l'on justifiait que le droit d'auteur pourrait être le droit modèle de la matière uniquement au regard du premier rang qu'il occupe au sein du Code de la propriété intellectuelle¹⁶⁴. En somme, l'approche transversale ne doit pas conduire à une forme de compétition entre les différents droits de propriété intellectuelle¹⁶⁵.

Les choix méthodologiques ayant été précisés, la thèse défendue peut, enfin, être exposée.

2. La thèse défendue

48. La problématique de l'étude. – Si le droit de la propriété intellectuelle est, en apparence, un droit unitaire depuis l'adoption du Code de la propriété intellectuelle, ce droit abrite, en réalité, une pluralité de régimes juridiques adoptés pour régler une diversité de biens incorporels. Concomitamment à l'adoption du Code, sont apparues de nouvelles protections intéressant les activités liées à l'immatériel et à la société de l'information, telles que le droit d'auteur portant sur

¹⁵⁹ S. Chatry, « Les droits modèles de la propriété intellectuelle », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 139 et s.

¹⁶⁰ J.-M. Mousseron, J. Schmidt-Szalewski, « Le délai d'immunisation de l'art. L. 611-13 c. propr. intell. prend effet à compter de la date de la demande originaire dont le brevet français invoque la priorité », *D.* 1993. 375.

¹⁶¹ C. Arnaud, *Le droit d'auteur comme modèle*, th. Paris 1, 2008.

¹⁶² V. par exemple M. Vivant, « Quand la marque bouscule le droit de la propriété intellectuelle », in *Mél. G. Bonet, op. cit.*, p. 523 et s., ou encore V. Ruzek, « Vers un modèle européen en transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? », in *Mél. M. Vivant*, Dalloz, 2020, p. 619 et s.

¹⁶³ Il a pu être dénoncé un « *impérialisme du droit des brevets qu'on se propose de nous imposer* », v. en ce sens A. Françon, comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizeau et a.*, n° 91-15.915, « Œuvre littéraire. Droit moral, champ d'application, droits de la personnalité », *RTD com.* 1994. 48.

¹⁶⁴ En réalité, le choix opéré par le codificateur d'avoir placé le droit d'auteur, et plus largement la propriété littéraire et artistique en tête du Code de la propriété intellectuelle semble devoir être relativisé. En effet, si la propriété littéraire et artistique a été placée en première position, c'est « *parce qu'il a semblé normal, dans "l'ordre des valeurs" de traiter du "droit des saltimbanques" avant les droits de propriété industrielle* », V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 115.

¹⁶⁵ S. Chatry, « Les vertus et les dangers de la transversalité », art. préc., p. 68 et s.

les logiciels¹⁶⁶, le droit *sui generis* portant sur la base de données¹⁶⁷, ou encore, dernièrement, le droit voisin octroyé aux éditeurs de presse¹⁶⁸. Leur intégration au sein de ce « *jeune* » droit de la propriété intellectuelle a suscité de nombreuses difficultés qui font, aujourd'hui encore, douter de la logique de la matière. Près de trente ans après l'adoption du Code de la propriété intellectuelle, la vision de la matière n'est pas des plus claires : si ledit Code en promet une vision unitaire par son intitulé, il en livre une vision plurielle par son contenu. Or, la pluralité de régimes juridiques régissant différents objets de propriété intellectuelle ne participe pas à l'appréhension unitaire de la matière ; de surcroît, elle laisse subsister un doute quant à la légitimité de la qualification unitaire retenue qu'est *la propriété intellectuelle* et, par conséquent, quant à la nature juridique du droit ainsi qualifié. Pourtant, il est des raisons de croire que l'unité substantielle de la matière existe ; celle-ci serait « *simplement* » enfouie. En effet, malgré la dichotomie classique sur laquelle repose le Code de la propriété intellectuelle entre « *propriété littéraire et artistique* » et « *propriété industrielle* » et la ventilation qu'elle opère, le rassemblement de ces deux sous-catégories au sein d'un même *corpus* ne serait pas le fruit du hasard. Il existerait des soubassements communs entre ces deux sous-catégories et, par extension, entre les différents droits de propriété intellectuelle que chacune d'elles accueille. Mais encore faut-il relever ces soubassements. Pour questionner leur existence et l'opportunité d'une théorie générale de la propriété intellectuelle, l'approche transversale telle que présentée peut être opportunément mobilisée. En ce sens, la problématique présidant à l'élaboration de cette étude implique de se demander *si l'approche transversale, participant à la mise en exergue d'éléments communs entre les différents droits de propriété intellectuelle, est susceptible de contribuer à la construction d'une théorie générale de la propriété intellectuelle.*

49. Les difficultés de l'étude. – Répondre à la problématique formulée se heurte nécessairement à certaines difficultés liées à l'existence de biais d'évidence empêchant l'épanouissement de l'approche transversale ou qui sont intrinsèques à l'approche transversale elle-même.

L'approche transversale en droit de la propriété intellectuelle est susceptible de se heurter à la vision quelque peu dogmatique qui peut être adoptée à propos de certains concepts propres à la matière. En effet, la vision dogmatique, participant de l'idéologie, se retrouve enfermée dans sa propre pensée sans envisager les réflexions auxiliaires. C'est ainsi qu'en propriété intellectuelle, une vision exagérément romantisée de la propriété littéraire et artistique combinée à une vision démesurément économique de la propriété industrielle peut constituer un biais d'évidence, voire un truisme qui empêcherait de saisir les éléments communs émanant de l'approche transversale. Ce biais d'évidence doit, autant que faire se peut, être mis de côté car l'approche transversale en

¹⁶⁶ Dir. 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur JOCE n° L 122 du 17 mai 1991 ; protection consolidée par la dir. 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JOUE n° L 111/16 du 5 mai 2009.

¹⁶⁷ Dir. 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 77 du 27 mars 1996.

¹⁶⁸ Dir. (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 et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JOUE n° L 130/92 du 17 mai 2019, art. 15.

droit de la propriété intellectuelle, outre la mise en exergue d'éléments communs, réinterroge précisément la distinction entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. Pour se convaincre de la démarche adoptée, il est possible de se rappeler que, même si la codification n'a pas été l'occasion pour le législateur-codificateur d'édifier des dispositions communes aux deux sous-catégories, « *la codification facilite les vraies réformes* » et peut, en ce sens, corriger de manière plus aisée les faiblesses justement mises en lumière par la codification¹⁶⁹.

Pour se convaincre de son opportunité, il convient de solliciter l'exemple du droit moral : s'il est classiquement rattaché à la propriété littéraire et artistique par le truchement du droit d'auteur, et rejeté de la propriété industrielle, la distanciation qui ressort entre les deux sous-catégories n'est pas aussi définitive. En effet, si le droit moral était l'apanage du droit d'auteur, force est de constater que certains régimes spéciaux du droit d'auteur, tels que celui portant sur le logiciel, intègrent un droit moral édulcoré dont les implications pratiques sont rares. Dans un autre sens, si le droit moral était la « *Némésis* » de la propriété industrielle, cette affirmation ne pourrait prospérer dans la mesure où certaines règles peuvent, *a priori*, en être teinté, telles que l'article L. 611-9 du Code de la propriété intellectuelle qui confère un droit au nom à l'inventeur personne physique. La recherche d'une logique d'ensemble de la matière doit donc pouvoir faire fi de certains présupposés afin d'éprouver objectivement les hypothèses formulées.

En outre, l'approche transversale présente elle-même ses propres faiblesses. La transversalité doit être sobrement recherchée. Elle peut aussi être notablement encouragée. En revanche, elle ne doit pas être ostensiblement exagérée. Dans toute approche transversale, la difficulté réside précisément dans cet « *exercice d'équilibriste* » qui doit être mené ; tel sera le cas de l'appréhension transversale de la notion de forme¹⁷⁰, ou encore du droit moral¹⁷¹ en droit de la propriété intellectuelle. C'est pourquoi, même en admettant que les résultats de l'approche transversale soient probants, ceux-ci appelleront nécessairement la nuance. De plus, l'approche transversale, n'ignorant pas les spécificités de la matière dans laquelle elle se répand malgré la mise en évidence d'éléments communs, se trouve naturellement limitée par cette exigence.

50. L'annonce du plan. – Tout en tenant compte de ces principales et, en conséquence, non exhaustives difficultés, la réponse apportée à la problématique formulée implique de revenir, au préalable, sur la construction d'une théorie générale en droit. En droit, toute théorie générale repose sur la présentation de la nature juridique du droit, puis sur l'identification de son objet et du régime juridique qui y correspond – intégrant possiblement des règles spéciales. La présente étude, tentant de proposer une théorie générale de la propriété intellectuelle, reprend ni plus ni moins ce triptyque. Cependant, alors que le droit civil continental, reposant essentiellement sur un système déductif,

¹⁶⁹ V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 115. Cela étant, le code émergent de l'exercice de codification n'est-il pas ce qui permet de marquer le caractère fini de la construction ? Si tel n'est pas le cas, le « *code* » ne serait-il qu'un mot galvaudé s'insinuant entre la réalité et notre perception de celle-ci pour l'altérer ? Sur ces questions, nous relirons avec attention H. Bergson, *Le rire. Essai sur la signification du comique*, *op. cit.*

¹⁷⁰ V. *infra* n° 92 et s.

¹⁷¹ V. *infra* n° 386 et s.

interroge en premier lieu la nature juridique du droit avant d'analyser son objet puis son régime, dans la présente étude, le raisonnement est inversé. L'approche transversale en droit de la propriété intellectuelle ne peut espérer atteindre un certain degré d'abstraction sans fondements tangibles. Il apparaît donc nécessaire de s'attacher, d'abord, à la détermination de son objet, ensuite, à son régime juridique, pour terminer par l'étude de sa nature juridique. L'écueil de la démarche purement déductive réside dans le fait que la nature juridique du droit, étudiée prioritairement, ne laisse ensuite plus de réelle place au questionnement, de telle sorte qu'elle semble s'enfermer dans une posture dogmatique, voire idéologique. Or, si le droit de la propriété intellectuelle a déjà fait l'objet de nombreuses études précisément quant à sa nature juridique¹⁷², il apparaît primordial de se détacher, dans les premiers temps, de cette question tant que les éléments de transversalité au regard de l'objet de droit puis du régime juridique n'auront pas été érigés. Ainsi, bien qu'il ne soit pas naturel d'inverser le raisonnement, il nous semble pertinent de procéder ainsi.

Par ailleurs, la recherche d'une théorie générale de la propriété intellectuelle ne peut faire l'économie de l'analyse de sa nature juridique et justifie, au surplus, son isolement dans un troisième temps de l'étude, sans que cela ne perturbe le fil conducteur de l'ensemble de celle-ci. Certes, la réflexion en termes d'approche transversale se perçoit concrètement au stade de l'étude de l'objet de propriété intellectuelle et de son régime juridique, mais c'est l'étude de la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle, à l'aune du droit des biens, qui permet d'éclairer la réflexion qui précède. Plus précisément, c'est parce que la réflexion porte, enfin, sur ce terrain du droit des biens que l'unité intrinsèque du droit de la propriété intellectuelle précédemment relevée prend tout son sens : cette réflexion est susceptible de simplifier l'appréhension de ce droit, tant au regard de son objet que de son régime, mais également au regard de son articulation avec le droit commun des biens.

En somme, ces différents temps de l'étude étant à la fois complémentaires et indissociables, l'approche transversale en droit de la propriété intellectuelle, dans l'optique d'une construction d'une théorie générale de la propriété intellectuelle, s'attachera d'abord à l'identification de l'objet de propriété intellectuelle (Première partie). Elle s'efforcera de déterminer, ensuite, un régime commun de la propriété intellectuelle (Deuxième partie) pour, enfin, interroger la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle (Troisième partie).

¹⁷² Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer E. Picard, « Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », *Clunet* 1883, p. 565 et s. ; P. Roubier, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *Dalloz Sirey*, 1935, p. 251 et s. ; J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. l. g. jur.*, 1939, p. 413 et s. ; *adde. infra* n° 497 et s.

PREMIÈRE PARTIE

LES ÉLÉMENTS DE TRANSVERSALITÉ DANS L'OBJET DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

51. La recherche d'unité dans la diversité d'objets protégés. – Le premier temps de la thèse tente d'appréhender transversalement l'objet de propriété intellectuelle, l'objet de droit qui serait en mesure de rassembler, voire de transcender les différents objets protégés par ce champ du droit. La démarche ne s'inscrit pas dans une volonté de nier cette pluralité d'objets mais d'essayer d'en saisir l'essence unique – si celle-ci existe. Au contraire d'autres branches du droit, le droit de la propriété intellectuelle ne porte pas sur un seul objet clairement identifié. Cela est notamment dû à la manière dont s'est construite la matière, par strates, de sorte qu'elle apparaît finalement comme la somme de plusieurs droits de propriété intellectuelle¹⁷³ ; et l'apparition de nouveaux objets n'a fait qu'accentuer cette disparité. Tenter de saisir l'objet de propriété intellectuelle implique de le définir pour ensuite le qualifier.

52. Les exercices de qualification et de définition de l'objet de propriété intellectuelle : un mariage blanc ? – L'identification d'un objet de droit passe par deux exercices intimement liés : la définition et la qualification de l'objet. La définition permet de saisir substantiellement l'objet et la qualification de le rattacher à une catégorie juridique existante. Définition et qualification forment donc un couple inséparable¹⁷⁴. Or, en propriété intellectuelle, l'on peut constater que s'agissant de l'identification de l'objet du droit, l'exercice de qualification et de définition est mené soit partiellement, soit aucunement.

La lexicologie adoptée par le Code de la propriété intellectuelle, recueil regroupant l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, est à ce sujet parlante. En reprenant chaque droit de propriété intellectuelle, la majorité d'entre eux se désignent par l'objet sur lequel ils portent. Tel est le cas du droit des dessins et modèles, du droit sur les produits semi-conducteurs, du droit des obtentions végétales, mais également du droit des marques et du droit sur les indications géographiques. Le droit des brevets, plus précisément des brevets d'invention si l'on se tient à la lettre du Code, vise indirectement l'objet sur lequel la protection porte, à savoir l'invention. L'on peut ainsi constater que tous les droits formant la propriété industrielle contiennent une référence – directe ou indirecte – à l'objet qu'ils couvrent, ce qui n'est pas le cas du côté de la propriété littéraire et artistique. En effet, les termes utilisés pour désigner les droits composant la propriété littéraire et artistique font référence au titulaire de la protection : le droit d'auteur, les droits qui lui sont voisins et le droit des producteurs de bases de données¹⁷⁵. En somme, au regard de la seule lexicologie, si les droits de

¹⁷³ V. *supra* n° 33 et s.

¹⁷⁴ V. par exemple G. Cornu, « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires. Rapport de synthèse », R.R.J. 1987/4, p. 1175 et s., spéc. p. 1181.

¹⁷⁵ Pour ce dernier corpus de règles, si le parallélisme est, en apparence, respecté s'agissant du genre, il ne l'est pas au regard du nombre (le droit d'auteur est singularisé tandis que le droit des producteurs est pluralisé).

propriété industrielle donnent des indications sur les objets protégés, les droits de propriété littéraire et artistique n'en donnent pratiquement aucune¹⁷⁶.

Est-ce à dire que l'exercice de qualification – et de définition – est accompli pour l'un et pas pour l'autre ? La réponse est plus nuancée ; elle va suivre la *summa divisio* entre propriété industrielle et propriété littéraire et artistique pour des raisons de praticité.

S'agissant de la propriété industrielle, si les objets de protection semblent identifiés, ils ne sont pas toujours définis. Les dessins et modèles ont le privilège de bénéficier d'une disposition susceptible de permettre leur identification¹⁷⁷, les marques de se voir consacrer un chapitre sur ses éléments constitutifs¹⁷⁸, ainsi que les indications géographiques¹⁷⁹ et les variétés végétales¹⁸⁰, mais les inventions et les topographies de semi-conducteurs n'ont pas cette chance. Cette absence de définition est d'autant plus regrettable pour l'invention qui, historiquement, fonde le versant industriel de la propriété intellectuelle.

S'agissant de la propriété littéraire et artistique, l'écueil est tout aussi marqué. S'il y a peu de doute à affirmer que l'œuvre de l'esprit constitue l'objet du droit d'auteur¹⁸¹, celle-ci n'est définie nulle part, seule subsistant une liste exemplative à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. Malgré l'absence de définition, il serait possible de se féliciter du caractère unitaire de la propriété littéraire et artistique, son objet de droit résidant dans l'œuvre de l'esprit ; mais cela serait sans compter sur l'ajout de droits dits voisins au droit d'auteur et du droit des producteurs de bases de données. Par les droits voisins sont octroyées des prérogatives aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, aux éditeurs et agences de presse, autrement dit aux intermédiaires de la création et, de manière plus spécifique, aux artistes-interprètes. Le droit des producteurs de bases de données, communément nommé droit *sui generis* des bases de données, octroie des prérogatives aux personnes ayant produit une base de données digne d'intégrer ce

¹⁷⁶ Sauf peut-être pour le droit des producteurs de bases de données.

¹⁷⁷ CPI, art. L. 511-1, al. 1 : « Peut être protégée à titre de dessin ou modèle l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ces caractéristiques peuvent être celles du produit lui-même ou de son ornementation » ; Palinéa 2 complète même en définissant le produit : « Est regardé comme un produit tout objet industriel ou artisanal, notamment les pièces conçues pour être assemblées en un produit complexe, les emballages, les présentations, les symboles graphiques et les caractères typographiques, à l'exclusion toutefois des programmes d'ordinateur ».

¹⁷⁸ CPI, art. L. 711-1, al. 1 : « La marque de produits ou de services est un signe servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale de ceux d'autres personnes physiques ou morales ».

¹⁷⁹ CPI, art. L. 721-2 : « Constitue une indication géographique la dénomination d'une zone géographique ou d'un lieu déterminé servant à désigner un produit, autre qu'agricole, forestier, alimentaire ou de la mer, qui en est originaire et qui possède une qualité déterminée, une réputation ou d'autres caractéristiques qui peuvent être attribuées essentiellement à cette origine géographique ». Il faut noter qu'à propos de l'appellation d'origine, le CPI, art. L. 721-1, opère un renvoi vers le Code de la consommation, art. L. 431-1 et s.

¹⁸⁰ CPI, art. L. 623-1 : « Constitue une "variété" un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu qui peut être : 1° Défini par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes ; 2° Distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un desdits caractères ; 3° Considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit conforme ».

¹⁸¹ CPI, art. L. 111-1, al. 1 : « 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 » ; art. L. 112-1 : « 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 » (nous soulignons).

champ¹⁸². S'agissant de ces ajouts, il est de plus en plus admis que certaines de ces protections visent surtout la protection d'un investissement, plus que d'une œuvre de l'esprit à proprement parler. Outre ces ajouts venant grossir la propriété littéraire et artistique, le droit d'auteur est également « gangréné » de l'intérieur, l'œuvre de l'esprit ne résidant plus seulement dans la sculpture ou la peinture, mais également dans le panier à salade, le logiciel, voire dans le néant¹⁸³. L'œuvre de l'esprit rejoint ainsi les autres objets de propriété intellectuelle ne faisant l'objet d'aucune définition légale. Que reste-t-il de ce couple inséparable que forment la qualification et la définition ?

53. Les tentatives prétoriennes de définition des objets de propriété intellectuelle. –

L'absence de définition de certains objets de propriété intellectuelle n'est pas le lot de la seule propriété intellectuelle. De manière plus générale, en droit, il est beaucoup de notions, de concepts qui ne font l'objet d'aucune définition ; c'est même parfois un mal nécessaire. L'absence de définition permet, en effet, une certaine souplesse, une certaine plasticité pour accueillir juridiquement de nouvelles situations¹⁸⁴. S'agissant de la propriété intellectuelle, le juge, national ou supranational, s'essaye parfois à la définition de certaines notions – cela fait même partie de son office lorsqu'il les érige en notions autonomes. Mais, très souvent, l'exercice s'avère redondant, tautologique car il définit l'objet du droit par rapport aux conditions qu'il doit remplir pour être protégé. C'est ainsi que l'œuvre de l'esprit va avoir tendance à se définir par son originalité, et l'invention par les conditions légales de brevetabilité. Procéder de la sorte, outre le reproche de redondance, fausse la méthodologie à suivre pour apprécier la protégeabilité de l'objet : définir l'objet de propriété intellectuelle par référence aux conditions de protection revient à éluder l'appréciation de l'existence de l'objet lui-même avant de s'intéresser à sa protégeabilité. D'un point de vue méthodologique, s'attacher à la caractérisation de l'œuvre de l'esprit, de l'invention, ou encore du signe distinctif consiste, en réalité, en un préalable nécessaire et inévitable avant même de s'intéresser aux conditions de protection propres au droit de propriété intellectuelle visé.

54. Identifier l'objet de propriété intellectuelle : une définition envisageable, une qualification complexe. –

Ces précisions, bien qu'elles concernent les propriétés intellectuelles prises isolément, montrent que les objets idoines de chacun de ces droits n'ont pas toujours été pensés en contemplation d'une idée de logique et de cohérence substantielle. Or, la recherche de

¹⁸² Le critère retenu est celui de l'investissement, dont les contours ont été dessinés par la jurisprudence, v. en ce sens *infra* n° 177.

¹⁸³ Même si l'art « *du vide* » a déjà pu faire l'objet de transaction, les difficultés juridiques qu'il implique demeurent purement hypothétiques, v. en ce sens Ch. Le Stanc, « Droit d'auteur – Rien ou presque... », *Propr. Indust.*, oct. 2021, n° 10, repère 9.

¹⁸⁴ L'intérêt général, la famille ou encore le mariage sont-elles des notions qui doivent rester prisonnières d'un carcan notionnel ? Si l'on s'en tient à la seule notion de famille, les nombreuses évolutions, notamment législatives, témoignent d'un changement de perception qui pourraient également justifier une évolution sémantique. En effet, alors que l'on se réfère communément à « *la famille* » au singulier, certains auteurs préconisent d'utiliser le pluriel pour marquer « *la diversité des groupements familiaux, de leurs dimensions, de leurs composantes et de leurs fonctions* », D. Fenouillet, Ch. Goldie-Génicon, F. Terré, *Droit civil. La famille*, Dalloz, 9^e éd., 2018, n° 1.

cette logique et de cette cohérence implique de repartir de la méthodologie propre à la science juridique. Dès lors, pour tenter de saisir l'objet de propriété intellectuelle, il convient inéluctablement de passer par sa définition ainsi que par sa qualification. À la recherche d'une définition transversale de l'objet du droit de propriété intellectuelle (Titre I), succède celle de sa qualification (Titre II).

Titre I. La recherche d'une définition transversale de l'objet de propriété intellectuelle

55. Ériger des critères pour définir l'objet de droit. – En droit, l'exercice de définition d'un objet de droit implique la mise en évidence de critères de définition. En propriété intellectuelle, l'exercice de définition suscite légitimement des inquiétudes, étant donné que la propriété intellectuelle, composée de plusieurs droits de propriété intellectuelle, aborde une multitude d'objets qui n'ont rien d'interchangeables, de substituables. Vouloir appréhender unitairement le droit de la propriété intellectuelle à travers un objet de droit lui-même unitaire se révélerait dès lors complexe, voire chimérique. Cependant, cette quête d'unité paraît moins imprenable lorsqu'une approche transversale est mobilisée. En effet, dans le cadre de l'exercice de définition de l'objet de propriété intellectuelle, l'approche transversale permet de dégager des critères de définition transversaux aux divers objets présentement protégés, sans éluder leurs particularismes. L'approche transversale permet donc une mise en cohérence du droit de la propriété intellectuelle quant à son objet, même si cet effort de cohérence peut ne pas être sans nuance(s).

L'approche transversale des différents objets de propriété intellectuelle permet ainsi la mise en évidence de certains critères, élémentaires dans la définition de l'objet de propriété intellectuelle, mais insuffisants pour cerner l'objet de propriété intellectuelle (Chapitre I). Il apparaît donc primordial que ces critères soient complétés par des critères potentiellement décisifs. En ce sens, le critère de la forme suscite un intérêt particulier (Chapitre II).

Chapitre I. Les critères de définition élémentaires

56. Immatérialité et valeur économique. – Saisir un objet aussi hétérogène que l'objet de propriété intellectuelle relève de la gageure. Les apparitions soudaines de nouveaux objets et la construction saccadée de la matière, indépendamment de tout esprit de système, sont source d'une instabilité juridique patente. Cependant, l'approche transversale en propriété intellectuelle nous pousse à ne pas en rester à ce constat et à essayer de cerner ce qui permettrait de définir transversalement l'objet de propriété intellectuelle. En ce sens, tout exercice de définition s'accompagne de la mise en évidence de critères de définition susceptibles d'embrasser l'ensemble des objets protégés. La manière dont l'exercice de définition est mené n'a donc rien d'analytique ou de descriptif et se veut synthétique. Il convient toutefois de rechercher avant tout des critères de définitions élémentaires, à savoir ceux qui, s'ils ne permettent pas de différencier et de singulariser directement l'objet, aident à en saisir l'essence singulière. S'agissant de l'objet de propriété intellectuelle, l'exercice implique de revenir sur ses caractéristiques fondamentales que sont l'immatérialité dont il est empreint (Section 1) et la valeur économique qu'il recèle (Section 2).

Section 1. L'objet de propriété intellectuelle, un objet immatériel

57. L'apparition de la notion d'immatérialité. – Dans le cadre d'une présentation succincte, nous rappellerons que l'immatérialité a vocation à s'illustrer dans l'univers des choses¹⁸⁵, la dichotomie étant faite entre les choses immatérielles et les choses matérielles. C'est, en effet, à l'époque romaine, sous l'impulsion de Gaius, que les *res corporales* sont distinguées des *res incorporales*. Tandis que les premières visent les choses corporelles, matérielles, c'est-à-dire toute chose tangible susceptible de nous entourer, les secondes viseraient davantage les droits eux-mêmes que tout un chacun est susceptible de détenir¹⁸⁶. De manière relativement récente, la doctrine s'est finalement détachée de cette conception et s'est livrée à une réinterprétation de cette distinction entre les choses matérielles et les choses immatérielles : il est des choses corporelles, d'une certaine manière, prisonnières de leur matérialité, et des choses incorporelles qui ont su se libérer de toute emprise matérielle et qui sont capables d'exister sans assise physique. L'immatérialité s'entend ainsi de cette conception renouvelée¹⁸⁷, qu'il convient désormais de comparer à d'autres notions, plus ou moins voisines.

58. Immatérialité et virtualité. – L'immatérialité est-elle synonyme de virtualité ? À l'origine, le terme « *virtualité* » est synonyme de potentialité, d'éventualité. Cette virtualité – au sens d'éventualité

¹⁸⁵ Même si, à première vue, cela ne relève pas de l'évidence compte tenu de l'acception matérialiste imprégnant la notion de chose, v. en ce sens F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, LGDJ, 2023, n° 19 et s.

¹⁸⁶ F. Zenati, « L'immatériel et les choses », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 87-88 ; *adde.* F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, Dalloz, 11^e éd., 2024, n° 34.

¹⁸⁷ F. Zenati, « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 87.

– est déjà inhérente au droit puisque, en légiférant sur certains comportements par exemple, il rend le futur potentiel « *en un futur raisonnablement certain* »¹⁸⁸, autrement dit en un futur virtuel. L'on parle ainsi de virtualité car, tout en étant proche de l'idée de potentialité, elle acquiert, grâce à « *la puissance de la loi* »¹⁸⁹, un certain degré de certitude. Cela étant, avec le développement du numérique, « *l'on se sert désormais de ce [...] mot lorsqu'on veut désigner ce qui existe concrètement mais n'a pas de forme sensible* »¹⁹⁰. S'est donc développé un autre sens de la virtualité, une virtualité qui, à l'aune du droit, peut s'entendre d'une virtualité rapportée aux choses¹⁹¹. Dans ce cas de figure, la virtualité peut tromper nos sens, dans la mesure où elle peut renvoyer à une « *apparence qui paraît être la réalité sans correspondre à rien de semblable* », tel qu'un hologramme, ou encore à « *une réalité qui ne se donne pas à voir, faute de volume* », telle que les idées¹⁹². C'est dans cette acception que l'immatérialité se révèle, voire se rapproche de la virtualité.

59. Immatérialité et intangibilité. – L'immatérialité est-elle synonyme d'intangibilité ? Il serait légitime d'en douter car l'intangibilité ne signifie pas forcément immatérialité. En effet, l'intangibilité désigne, dans le langage courant, quelque chose d'impalpable, d'insaisissable. Or, ce n'est pas parce que quelque chose est insaisissable que cette chose est forcément immatérielle. L'exemple le plus parlant est celui du fichier numérique : l'on ne peut le saisir comme l'on pourrait saisir une chaise, ou une bougie, mais cette intangibilité ne l'empêche pas de relever de l'ordre matériel des choses¹⁹³. En effet, même si le fichier numérique n'est pas palpable, il n'en est pas moins perceptible physiquement – principalement par la vue – grâce à l'interface. Néanmoins, la perceptibilité peut être complexe à conceptualiser car, d'une part, le fichier numérique est de nature électronique, celui-ci se traduisant par des charges électromagnétiques passées à l'état de flux et, d'autre part, le fichier dans son aspect électronique ne se sépare jamais du fichier numérique¹⁹⁴. En d'autres termes, le fichier numérique ne peut être transmis et, par extension, perçu sans infrastructure tangible ; et l'énergie contenue dans les câbles et autres fils en est une, la jurisprudence en matière pénale considérant l'énergie comme une chose corporelle¹⁹⁵. À propos du fichier numérique, la matière est toujours présente même si elle ne se perçoit pas « *au premier coup d'œil* ». La promesse du « *sans fil* » faite par le numérique ne peut en effet se faire qu'en passant par le « *tout connecté* ».

¹⁸⁸ M.-A. Frison-Roche, « L'immatériel à travers la virtualité », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 144.

¹⁸⁹ *Loc. cit.*

¹⁹⁰ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 34.

¹⁹¹ M.-A. Frison-Roche, « L'immatériel à travers la virtualité », *art. préc.*, p. 141.

¹⁹² *Ibid.*, p. 146.

¹⁹³ E. Treppoz, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Nature du droit d'auteur – Objet matériel (CPI, art. L. 111-3) », Fasc. 1130, LexisNexis, 20 sept. 2022, maj. 1^{er} déc. 2023, n° 2 : « *Le fichier doit pourtant être distingué de l'œuvre. Le premier appartient à l'ordre matériel bien qu'intangible et s'apparente ainsi à un support objet de la propriété du Code civil. Seul le second, l'œuvre, le contenu du fichier, est objet du droit d'auteur* ».

¹⁹⁴ Ph. Gaudrat, « Forme numérique & propriété intellectuelle », *RTD com.* 2001. 96.

¹⁹⁵ *Loc. cit.*, citant Cass. crim., 3 août 1912, DP 1913. 1. 439 ; *adde.* C. pénal, art. L. 311-2 : « *La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol* ».

60. Immatérialité et dématérialisation. – L'immatérialité ne doit pas non plus être confondue avec la dématérialisation. Si, dans un sens courant, les deux termes peuvent être tenus pour synonymes¹⁹⁶, l'acception physique du terme « dématérialisation », s'entendant comme « *la transformation de la matière en énergie sous l'action de forces diverses* »¹⁹⁷, est à privilégier selon nous. En prenant pour exemple la conversion de fichiers en format papier en des fichiers en format numérique, une telle conversion implique certes une idée d'« immatérialisation » puisque le support papier disparaît. Pour autant, il n'y a pas disparition du support en lui-même mais uniquement transformation, puisque c'est la nature du format qui change : le format, au départ papier, devient numérique¹⁹⁸. Sur le plan conceptuel, il y a donc une différence à faire entre immatérialité et dématérialisation : alors que la dématérialisation s'entend d'une transformation du support (en un support numérique), l'immatérialité implique un détachement de la chose vis-à-vis de son support, que celui-ci soit matériel ou dématérialisé¹⁹⁹.

61. L'immatérialité en propriété intellectuelle. – Ainsi, en droit de la propriété intellectuelle, il est acquis que l'objet de ce droit consiste en une chose immatérielle²⁰⁰(§1). Si cette affirmation ne semble pouvoir faire l'objet d'aucune critique, elle doit, malgré tout, être précisée (§2).

§1. L'immatérialité révélée de l'objet de propriété intellectuelle

62. Matière physique et matière intellectuelle de l'objet approprié. – La dimension transversale du critère d'immatérialité peut se révéler par une redéfinition des relations qu'entretiennent les notions de matérialité et d'immatérialité. En effet, même si l'on a tendance à nourrir une relation d'opposition entre immatérialité et matérialité²⁰¹, toujours est-il que l'immatérialité suppose nécessairement un certain rapport à la matière. La professeure Benabou, dans son étude consacrée à l'immatérialité de l'œuvre de l'esprit²⁰², démontre justement que les rapports entre matérialité et immatérialité sont loin d'être aussi antinomiques : en effet, c'est en

¹⁹⁶ CNRS, CNRTL, v. « dématérialisation », A. 1) : « *Action ou fait de rendre immatériel, d'ôter la matière concrète* ».

¹⁹⁷ CNRS, CNRTL, v. « dématérialisation », A. 2).

¹⁹⁸ Cela signifie donc que la matière ne disparaît pas véritablement ; il existerait même un « continuum *entre la matière et l'énergie* », v. en ce sens P. Catala, « L'immatériel et la propriété », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 62 et P. Catala, « La matière et l'énergie », *in Mél. F. Terré*, Dalloz/PUF/Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 557 et s.

¹⁹⁹ Si, conceptuellement, la différence entre immatérialité et dématérialisation semble plutôt claire, en pratique des difficultés peuvent survenir lorsqu'il s'agit d'appliquer ce principe de séparation à une création dont le support est dématérialisé, v. en ce sens V. Varet, « Droit d'auteur et dématérialisation », *in Mél. J. Huet, op. cit.*, p. 377 et s.

²⁰⁰ P. Kamina, « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », *in Mél. A. Lucas, op. cit.*, n° 10.

²⁰¹ V. en ce sens B. Edelman, « L'«image» d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public », *D.* 2001.770, n° 7, pour qui l'opposition entre la matérialité et l'immatérialité renvoie classiquement à la distinction faite entre le corps et l'âme ; *adde.* P. Caye, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 227 : « *L'immatérialité qualifie dans la métaphysique traditionnelle le monde supérieur de l'essence, de la forme et de l'esprit. L'immatérialité est un signe de perfection. Des pouillées de leur enveloppe matérielle qui les rend obscures, instables et contingentes, les choses apparaissent alors dans leur nécessité et dans leur vérité éternelles. Elles se donnent à connaître sans médiation à l'intelligence et constituent ainsi entre le monde et la conscience des hommes un véritable rite de l'esprit fondé sur leur transparence et sur leur compréhension intégrale par l'esprit* ».

²⁰² V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* n° 1, janv. 2005.

repartant de diverses références à la matière que l'auteur en déduit le caractère immatériel de l'œuvre de l'esprit. Plus précisément, il s'agit de rechercher, de manière exégétique, une ou plusieurs références à la matière dite physique de l'objet puisque ce n'est que grâce à la « *manifestation de l'œuvre dans une matière sensible à l'homme* »²⁰³ que la dissociation est ensuite possible entre le support, objet matériel, et l'œuvre, objet immatériel. Une fois cette première étape franchie, la seconde consiste à rechercher une référence au caractère intellectuel de l'objet, c'est-à-dire à son contenu. Autrement dit, est recherchée une référence à la « *matière intellectuelle* » de l'objet²⁰⁴. En somme, l'immatérialité et la matérialité ne s'opposent pas nécessairement ; l'une serait même consubstantielle à l'autre.

63. L'immatérialité de la chose construite par le mécanisme de la fiction juridique. – Est-ce à dire que l'immatérialité d'un objet peut se fonder sur une existence qui lui est propre, indépendante de toute existence physique ? Si la possibilité de rechercher une référence à la matière intellectuelle semble abonder en ce sens, est-ce à dire que le droit ne fait que constater son existence immatérielle ? La réponse est positive mais son explication nécessite de faire un détour. En effet, si l'immatérialité peut être, d'une certaine manière, décelée dans cette « *matière intellectuelle* », ce référentiel, extérieur au droit, est difficilement objectivement saisissable par celui-ci. C'est ainsi que le droit, pour saisir des réalités immatérielles, fait appel à un mécanisme spécifique, celui de la fiction juridique²⁰⁵.

Dire que l'objet de propriété intellectuelle relève de la fiction juridique ne renie pas sa réalité et ne rend pas son existence fictive²⁰⁶ ; au contraire, elle assoit et conforte son existence sur le plan juridique. Qualifier la chose immatérielle de fiction juridique transcende même « *la matière qui la contient ou qui la véhicule* »²⁰⁷. Une telle qualification a l'avantage d'émanciper le juge de considérations extérieures au droit, telles que des considérations purement artistiques en droit d'auteur²⁰⁸, tout en l'empêchant d'assortir l'objet de limites propres à délimiter le champ de protection de tel ou tel droit de propriété intellectuelle puisqu'il est « *incapable de se tourner vers des critères extérieurs au Droit* » pour définir l'objet qu'il envisage – par exemple, l'œuvre de l'esprit pour le droit d'auteur²⁰⁹. Il en résulte une appréhension possible de nouveaux objets, les frontières n'étant définies ni à l'aune de chaque propriété intellectuelle²¹⁰, ni entre chacune d'elles²¹¹.

²⁰³ *Loc. cit.*

²⁰⁴ *Loc. cit.*

²⁰⁵ Cette qualification est mise en avant à propos de l'œuvre de l'esprit par la professeure Benabou, *loc. cit.*

²⁰⁶ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, n° 3.1.

²⁰⁷ V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », art. préc., soulignant également que « *l'immatérialité de l'œuvre ne tient pas à ses éléments constitutifs dont on a pu voir qu'ils ne répudient pas la matière. Elle découle de ce que l'œuvre constitue un tout qui diffère de la somme de ses parties. Cet ensemble est, à son tour, indifférent à la matière car il est construit par le Droit, ce qui lui confère à la fois sa force et ses limites* » ; O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, Larcier, 2013, n° 181 et s.

²⁰⁸ V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », art. préc.

²⁰⁹ *Loc. cit.*

²¹⁰ Cette absence de définition a, par exemple, conduit à l'appropriation d'œuvres de « *petite monnaie* » par le droit d'auteur.

²¹¹ Cette absence de définition implique, pour le logiciel par exemple, une oscillation constante entre le droit des brevets et le droit d'auteur, malgré la clarté apparente de la loi à ce sujet.

64. L'immatérialité de la chose amplifiée par le mécanisme de la fiction juridique. – Par ailleurs, le critère d'immatérialité, même s'il est commun à tous les objets de droits de propriété intellectuelle, n'est pas propre au seul objet de propriété intellectuelle considéré dans son unité. En effet, et toujours grâce au mécanisme de la fiction juridique, le droit est en mesure de saisir des œuvres de l'esprit, des inventions, mais également des créances ou encore des fonds de commerce, des choses de nature immatérielle en ce qu'elles font essentiellement appel à l'intellect de l'humain pour pouvoir être conceptualisées²¹². Des choses immatérielles qui dépassent, donc, et de loin, le seul champ de la propriété intellectuelle. Un critère qui se doit, donc, d'être précisé.

§2. L'immatérialité précisée de l'objet de propriété intellectuelle

65. L'appréhension de l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle. – Même s'il est essentiel d'asseoir la nature immatérielle de l'objet de propriété intellectuelle, il n'est pas opportun de s'en contenter. En effet, l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle est « *particulière* » en ce qu'elle confine à son ubiquité (A) et en ce qu'elle induit l'existence d'une règle d'articulation spécifique entre la propriété posée par l'article 544 du Code civil et la propriété intellectuelle (B).

A. L'ubiquité, spécificité de l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle

66. L'objet de propriété intellectuelle, une chose immatérielle douée d'ubiquité. – Dire de l'objet de propriété intellectuelle qu'il est immatériel est aussi élémentaire qu'insuffisant. Il existe pléthores d'objets de nature immatérielle : les œuvres de l'esprit, les inventions, mais aussi les secrets, les valeurs mobilières, les noms commerciaux, etc. Cependant, les objets protégés par un droit de propriété intellectuelle ont une particularité commune qui commande de les distinguer des autres choses immatérielles : leur ubiquité, c'est-à-dire leur capacité à être en plusieurs lieux en même temps et à être reproduites à l'infini sans perdre leur nature initiale²¹³. Il convient, en effet, de ne pas considérer immatérialité et ubiquité comme des synonymes, la chose seulement immatérielle n'étant pas forcément douée d'ubiquité ; tel est le cas de la valeur mobilière ou encore du fonds de commerce qui, malgré leur immatérialité, sont parfaitement localisables et insusceptibles de reproduction(s) à l'infini²¹⁴.

Concevoir un objet juridique immatériel, qui plus est ubiquiste, demande un effort de conceptualisation qu'une part de la doctrine classique ne semble pas avoir pas fournie²¹⁵. Cette position ambiguë repose sur le fait que dans le monde sensible, la chose immatérielle douée d'ubiquité se confond avec son support, objet corporel. Du point de vue juridique, il est alors nécessaire de fournir un effort de dissociation entre la chose immatérielle et la chose corporelle.

²¹² J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », art. préc., pp. 413-414 ; F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, op. cit., n° 38 et n° 43.

²¹³ F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, op. cit., n° 2 ; Ph. Gaudrat, « La structure juridique des propriétés intellectuelles », in *Les modèles propriétaires, Actes en hommage au professeur H.-J. Lucas*, LGDJ, 2012, p. 184.

²¹⁴ F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, op. cit., n° 5.

²¹⁵ *Ibid.*, nos 28-29. L'auteur formule ce reproche à l'aune de Picard et Franceschelli.

Et, « [p]our cela, il faut non seulement parvenir à penser la forme au-delà de la matière mais aussi, réciproquement, admettre que la propriété de la chose corporelle ne s'étend pas à sa forme »²¹⁶. Cette dissociation est, aujourd'hui, acquise en droit de la propriété intellectuelle, l'ensemble de la matière reposant sur une règle d'articulation entre sa réglementation spécifique et le droit commun des biens consistant à séparer les propriétés corporelle et intellectuelle.

B. La séparation des propriétés corporelle et intellectuelle, particularité de l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle

67. Objet de propriété intellectuelle et objet de propriété : une divisibilité conceptuelle consacrée par la loi. – Le fait que l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle soit consubstantielle à la matière au sein de laquelle il prend forme²¹⁷ ne signifie pas que celui-ci et le support qui l'accueille mènent une existence commune ; en dépit de leur possible manifestation concrète simultanée, objet de propriété intellectuelle et objet matériel obéissent à des régimes juridiques distincts. Dans cette optique, a été consacrée – assez tardivement – une séparation plus ou moins nette entre les deux, pour que l'un et l'autre puissent prospérer sans entrave²¹⁸. Cela est chose faite depuis la consécration du principe de séparation des propriétés corporelle et incorporelle en droit d'auteur par la loi du 9 avril 1910. Progressivement, l'étendue de cette règle a pris de l'ampleur, tant de manière interne au droit d'auteur que dans les autres droits de propriété intellectuelle. S'agissant du droit d'auteur, l'unique article de la loi de 1910 prévoyait à l'origine que « l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction ». La loi du 11 mars 1957, tout en reprenant cette solution, l'a étendue au droit de représentation ; enfin, l'exercice de codification de 1992 a abouti à un article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui reprend et étend cette règle à l'ensemble du droit d'auteur²¹⁹.

68. L'extension du principe au sein du Code de la propriété intellectuelle. – Plusieurs auteurs²²⁰ relèvent que la portée de ce principe ne se cantonne désormais plus au seul droit d'auteur, et embrasse l'ensemble de la propriété intellectuelle. La principale raison militante en faveur de ce raisonnement réside dans la lettre de l'article L. 111-3. Tandis que le premier alinéa pose le principe lui-même (« La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet

²¹⁶ *Ibid.*, n° 27.

²¹⁷ *V. supra* n° 62.

²¹⁸ La jurisprudence considérait, auparavant, que le transfert de propriété de l'objet matériel emportait nécessairement le transfert de l'œuvre qui y est incorporée, v. en ce sens B. Gleize, « De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, n° 4.

²¹⁹ *Ibid.*, n° 5 ; *adde.* pour une approche supranationale de ce principe en matière de droit d'auteur, v. J. C. Ginsburg, « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé », in *Mél. A. Françon*, Dalloz, 1997, p. 245 et s.

²²⁰ F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, *op. cit.*, n° 34 ; B. Gleize, « De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle », art. préc., n° 5 ; P. Kamina, « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles », *R.R.J.* 1998/3, n° 15. Pour un élargissement aux droits voisins du droit d'auteur, v. O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 496 et s.

matériel »), le deuxième alinéa en précise les conséquences, notamment du côté du détenteur de l'objet matériel, celui-ci ne pouvant être investi « *d'aucun des droits prévus par le présent code* »²²¹. En opérant un tel renvoi, il semblerait donc que ce principe ne soit pas limité au seul droit d'auteur, mais toucherait également les autres droits de propriété intellectuelle. D'un point de vue empirique, cette affirmation peut aisément recevoir confirmation. Que ce soit une œuvre (musicale ou littéraire), un logiciel, un médicament, ou encore un produit marqué, tous ces objets mènent une double existence de manière autonome : tandis que leurs concepteurs disposent des droits de propriété intellectuelle sur ces objets, leur commercialisation permet à autrui de les acquérir et de disposer de l'usage matériel de ces objets.

69. La fragilité du principe de séparation : le cas de l'œuvre unique. – S'il est possible d'affirmer la dimension transversale du principe de séparation des propriétés corporelle et intellectuelle au sein du Code, ce dernier ne garantit pas une étanchéité, une indépendance complète des deux objets ainsi superposés²²². Le cas des œuvres à support unique, par exemple, constitue une hypothèse typique des problèmes d'articulation qui peuvent se présenter entre la propriété intellectuelle et la propriété du support²²³. Cette première difficulté semble trouver sa source dans le degré d'ubiquité de l'objet de propriété intellectuelle : moins il est susceptible de reproduction – tel qu'une œuvre tirée à un seul exemplaire –, plus les interactions entre les deux objets et, subséquemment, entre les deux régimes, seront fréquentes²²⁴.

70. La fragilité du principe de séparation : une hiérarchisation des propriétés. – L'autre difficulté réside dans les conséquences portées par l'application de ce principe : outre l'articulation qu'il opère, il semble également instaurer une hiérarchie entre les deux ordres de propriété en faveur de l'objet de propriété intellectuelle et de son régime applicable²²⁵. Si le cas de l'œuvre à support unique est aussi en mesure d'illustrer cette hiérarchisation, l'autre exemple tout aussi parlant est, sans doute, celui du logiciel contenu dans un support dématérialisé. À l'occasion de l'affaire *Usedsoft c. Oracle*²²⁶, il s'est produit un changement radical de situation juridique : l'acheteur d'un logiciel en version dématérialisée ne devient plus que le licencié du logiciel, et le contrat de licence peut, au demeurant, tout à fait contenir une clause d'incessibilité²²⁷. Dans une telle situation, le pouvoir du titulaire du droit de propriété intellectuelle sur le logiciel « *paraît excéder celui que lui confère la loi* » en ce que le titulaire, par le jeu du contrat, peut empêcher le particulier de se séparer de la chose dématérialisée support du logiciel qu'il détient²²⁸. Autrement dit, outre le droit exclusif dont il

²²¹ Nous soulignons.

²²² F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, *op. cit.*, n° 27 ; il suffit de songer à la saga portant sur le droit à l'image des biens, v. en ce sens O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 482 et s.

²²³ C'est ce qu'illustre l'affaire des plaques de zinc de l'artiste Giacometti, v. en ce sens B. Gleize, « De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle », art. préc., n° 1.

²²⁴ F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, *op. cit.*, n° 35.

²²⁵ *Ibid.*, n° 36 et s.

²²⁶ CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, aff. C-128/11.

²²⁷ V. Varet, « Droit d'auteur et dématérialisation », art. préc., p. 389.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 389-390.

dispose sur l'objet immatériel, le titulaire est également en mesure de contrôler la circulation des exemplaires dématérialisés du logiciel. Cette ultime circonstance contredit frontalement la règle d'épuisement du droit de distribution selon laquelle le droit de distribution s'épuise pour les exemplaires mis en circulation pour la première fois sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EEE), par le titulaire de la protection ou avec son consentement²²⁹. Cette règle, garantissant la libre circulation des marchandises au niveau de l'Union européenne, se retrouve purement et simplement neutralisée. Pour remédier à cette situation, le juge de l'Union, saisi à l'occasion de l'affaire précitée, a estimé que la règle de l'épuisement s'applique également au logiciel en vertu de l'équivalence fonctionnelle existante entre la remise d'un support matériel et le mode de transmission en ligne. Cette solution n'est pas dénuée de logique puisque la matérialité continue d'imprégner le fichier numérique²³⁰, le logiciel en étant une illustration.

71. La fragilité du principe de séparation : une confusion des propriétés. – La fragilité du principe de séparation entre les propriétés corporelle et incorporelle a, en outre, été révélée par la jurisprudence sur le droit à l'image des biens. Même si le « droit » à l'image des biens relevant du domaine privé n'est, désormais, plus qu'un ersatz, la solution qui avait été adoptée initialement avait suscité un vif émoi en doctrine. Par un arrêt *Café Gondrée* de 1999, la Cour de cassation estima, à propos de la représentation d'un immeuble sur une carte postale, que « le propriétaire [ayant] seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit », « [l]'exploitation du bien sous la forme de photographies [portait] atteinte au droit de jouissance du propriétaire »²³¹. Rendue au visa de l'article 544 du Code civil, la solution marqua la création d'un droit exclusif prétorien sur l'image du bien appartenant au propriétaire. Cependant, cette solution est potentiellement porteuse d'effets néfastes vis-à-vis de la propriété intellectuelle à deux égards : lorsque la chose reproduite est le siège d'un droit de propriété intellectuelle et lorsque l'image de la chose elle-même est le siège d'un droit de propriété intellectuelle.

Dans le premier cas, la solution adoptée semble instaurer des propriétés simultanées, que le Code civil avait pourtant abandonné au profit de la conception romaine de la propriété²³², avec la propriété relative à la propriété intellectuelle qui grève l'image du bien, tel que le droit d'auteur portant sur un immeuble d'architecte, et la propriété du propriétaire de l'immeuble au titre de

²²⁹ Pour davantage de développements sur l'épuisement, v. *infra* n° 337 et s.

²³⁰ Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », *RTD com.* 2000. 910 et Ph. Gaudrat, « Forme numérique & propriété intellectuelle », art. préc ; v. *supra* nos 59 et 60. Cela étant, l'arrêt *Usedsoft* suscita d'autres craintes qui feront l'objet de développements ultérieurs, v. *infra* n° 346 et s.

²³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699 : A. Françon, comm. ss. déc. préc., « Droit d'un propriétaire sur l'image de son bien », *RTD com.* 1999. 397 ; F. Zenati, obs. ss. déc. préc., « Notion de propriété », *RTD civ.* 1999. 859 ; P.-Y. Gautier, comm. ss. déc. préc., « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle" », *JCP G* n° 18, 5 mai 1999, II, 10078 ; V.-L. Benabou, comm. ss. déc. préc., « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », *Dr. et patr.* n° 91, 1^{er} mars 2001 ; Ch. Caron, « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Deffrénois* n° 17, sept. 1999, p. 897 et s.

²³² *Loc. cit.*

laquelle il « *a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit* ». Cette solution est source de difficultés à plus d'un titre. D'abord, le tiers souhaitant exploiter l'image de ce bien devrait obtenir une double autorisation – et payer deux fois²³³. Ensuite, cette solution contredit l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle instituant le principe de séparation des propriétés corporelle et incorporelle en ce qu'elle peut être source de conflit entre le propriétaire du bien – et de l'image sur son bien – et le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle dont l'image est aussi le support de sa création²³⁴. En effet, dans la mesure où le bien objet de propriété est, dans de nombreux cas, également le siège d'un droit de propriété intellectuelle, le propriétaire ne peut se livrer à l'exploitation de l'image de ce bien sans se rendre coupable de contrefaçon, ni même l'interdire si elle a été autorisée par le titulaire du droit de propriété intellectuelle. Par exemple, le propriétaire d'une voiture ne peut ni se livrer à l'exploitation de l'image de sa voiture sans se rendre auteur d'une contrefaçon de dessin ou modèle, ni interdire ou autoriser l'exploitation de celle-ci, cette faculté étant réservée au titulaire du droit de dessin ou modèle portant sur le modèle de voiture²³⁵.

S'agissant du second cas qui vise la situation où l'image reproduisant l'image du bien a été créée par une personne tierce auteur, il s'agit d'une hypothèse qui n'a pas été examinée dans l'affaire précitée. En effet, sans se demander si l'image capturée en l'espèce était protégée ou non par un droit d'auteur, la solution de la Cour de cassation prévaut peu importe l'existence d'un droit d'auteur sur l'image créée, c'est-à-dire sur la reproduction imagée de la chose²³⁶. En d'autres termes, cette solution fait primer le droit de propriété du propriétaire du bien sur le travail créatif du tiers ayant reproduit l'image de ce bien, de sorte que l'éventuelle reconnaissance d'un droit d'auteur au bénéfice de ce dernier semble annihilée par « *l'omniprésence* » du droit de propriété de l'article 544 du Code civil (« *sous quelque forme que ce soit* »). Dès lors, la circonstance selon laquelle le droit spécial de propriété intellectuelle dérogerait au droit commun de la propriété n'est pas d'un aussi grand secours qu'escompté, d'une part parce qu'il n'est pas dans l'intention du législateur que le droit de propriété resurgisse « *dans le creux de la propriété intellectuelle* »²³⁷ et, d'autre part, parce que cette omniprésence du droit de propriété semble empêcher toute existence d'un droit de propriété intellectuelle.

Cela étant, le droit exclusif sur l'image du bien au profit du propriétaire a bénéficié d'une durée de vie relativement courte. En effet, la Cour de cassation est revenue progressivement sur sa jurisprudence²³⁸ jusqu'à y mettre un terme en 2004 à l'occasion de l'affaire *Hôtel de Girancourt*. En déclarant que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci* » sauf si cette utilisation lui cause un trouble anormal, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, met un terme à l'exclusivité du propriétaire du bien sur l'image de celui-ci²³⁹. La seule nuance réside dans

²³³ *Loc. cit.*

²³⁴ V.-L. Benabou, « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », *comm. préc.*

²³⁵ *Loc. cit.*

²³⁶ *Loc. cit.*

²³⁷ *Loc. cit.*

²³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, n° 99-10.709 : F. Kendérian, « L'image des biens : nouveau droit subjectif ou faux débat ? », *D.* 2002. 1161.

²³⁹ Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450 : Ch. Caron, *comm. ss. déc. préc.*, « Requiem pour le droit à l'image des biens », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2004, étude 14 ; E. Dreyer, *comm. ss. déc. préc.*,

le trouble anormal que pourrait causer l'utilisation de l'image du bien du propriétaire par un tiers. Désormais, pour les biens relevant du domaine privé²⁴⁰, la situation semble être revenue à l'équilibre, et le principe de séparation des propriétés corporelle et incorporelle a recouvré son effectivité.

72. L'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle, un critère de définition essentiel mais insuffisant. – L'étude du critère d'immatérialité n'est pas dénuée d'intérêt car elle est un premier vecteur d'unité dans la recherche d'une définition transversale de l'objet de propriété intellectuelle, à condition d'insister sur son ubiquité et sur son autonomie vis-à-vis de son support, objet corporel. Sans ces éléments de précision, ce critère d'immatérialité, se déployant au-delà de la seule propriété intellectuelle, apparaît comme un critère de définition, certes, élémentaire mais non discriminant de l'objet de propriété intellectuelle. Autrement dit, si le droit de la propriété intellectuelle accueille l'immatériel, cela ne signifie pas qu'il accueille tout l'immatériel²⁴¹. Un constat semblable peut être fait s'agissant du critère de la valeur économique.

Section 2. L'objet de propriété intellectuelle, une valeur économique

73. La propriété intellectuelle protège des valeurs économiques. – Affirmer que le droit de la propriété intellectuelle protège des valeurs économiques relève, en première lecture, de l'évidence. En effet, ce droit étant conçu, tout à la fois, comme un outil d'incitation à la création et comme un moyen de protection des investissements²⁴², il protège indéniablement des choses dotées d'une valeur économique. Plus précisément, « *les droits de propriété intellectuelle sont des droits qui tendent à réserver à leur titulaire l'utilité économique de la chose* »²⁴³, alors même que cette valeur pourrait, sinon, être captée par le propriétaire de l'objet physique.

L'évolution de la matière a montré – et continue de montrer – que celle-ci se fonde de plus en plus sur l'existence, voire la prééminence de cette valeur économique pour justifier l'octroi d'une

« L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi... », *D.* 2004. 1547 ; F. Siiriainen, comm. ss. déc. préc., « Une autre image de "l'image des biens"... et de la propriété », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2004, étude 35 ; Ch. Atias, obs. ss. déc. préc., « Les biens en propre et au figuré », *D.* 2004. 1459 ; N. Reboul-Maupin, obs. ss. déc. préc., « Image des biens : droit exclusif et trouble anormal », *D.* 2004. 2406 ; Th. Revet, obs. ss. déc. préc., « Image des biens », *RTD civ.* 2004. 528.

²⁴⁰ Pour les biens relevant du domaine public, la question de l'existence d'un droit à l'image des biens s'est posée à l'occasion de l'arrêt *Château de Chambord* du Conseil d'État du 13 avr. 2018, *Sté les Brasseries Kronenbourg c. Domaine national de Chambord*, req. n° 397047. La loi n° 2016-925 du 7 juil. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF n° 0158 du 8 juil. 2016, a créé un mécanisme d'autorisation pour l'utilisation commerciale de l'image de certains biens immeubles relevant du domaine public.

²⁴¹ P. Tréfigny, « L'immatériel et la propriété intellectuelle », in *L'immatériel et le droit. Perspectives et limites*, S. Fournier (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 53.

²⁴² Il assure en effet un « retour sur investissement », v. en ce sens J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000. 297, n° 14, ou encore J.-M. Bruguière, « Le "droit d'auteur économique". Un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », in *Mél. M. Vivant*, Dalloz, 2020, p. 731 et s.

²⁴³ M. Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* n° 22, juin 1993, act. 251, n° 5.

protection à de nouveaux objets ou à des objets jusque-là exclus de son périmètre. Tel a pu être le cas des logiciels, des bases de données, de l'émergence des droits dits voisins du droit d'auteur, ou encore de l'ouverture du champ de brevetabilité au monde du vivant²⁴⁴. Il a même été proposé, jusque-là sans succès, que soit mise en place une protection spécifique au bénéfice des simples idées, en se fondant notamment sur leur valeur économique²⁴⁵. Cette évolution semble suivre de près celle qui a lieu depuis quelques années en droit commun des biens, la notion de bien étant en passe d'être redéfinie à travers la notion de valeur²⁴⁶.

74. La propriété intellectuelle se réduit-elle à la protection de la seule valeur économique ?

– Est-ce à dire que la propriété intellectuelle, avant même de protéger des œuvres de l'esprit, des inventions, ou encore des signes distinctifs, protège avant tout des valeurs économiques ? Pouvoir répondre à cette interrogation nécessite d'analyser plus en détail la notion de valeur économique. Or, l'appréhension de la notion de valeur est porteuse de multiples confusions : l'analyse économique révèle qu'il n'existe pas de notion unique de valeur économique car coexistent de multiples théories de la valeur (§1). En dépit de la multiplicité des approches économiques, le droit s'efforce d'appréhender la notion de valeur économique via ses propres qualifications (§2), laquelle apparaît comme sorte de nouveau paradigme s'agissant des questions d'appropriation.

§1. La présentation économique de la notion de valeur

75. La valeur en économie. – La notion de valeur, au départ économique, a fait l'objet et continue de faire l'objet d'études approfondies depuis qu'ont été élaborées des théories économiques de la valeur. En la matière, les noms incontournables sont Adam Smith²⁴⁷, David Ricardo²⁴⁸ et Karl Marx²⁴⁹. Mais dans l'environnement juridique, ce n'est que depuis que l'on parle d'« économie de

²⁴⁴ Sur ce point, malgré les nombreuses exclusions légalement prévues, il ressort de la pratique que ces exclusions, parce qu'ayant la nature d'exceptions à la brevetabilité, sont interprétées de manière très restrictive de sorte que, de fait, le vivant fait bien l'objet de brevets, v. *infra* n° 163 et s.

²⁴⁵ Ph. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2001, chron. 1 ; *adde.* Ph. Le Tourneau, « 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 », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2017, étude 16. Il faut également noter la proposition de loi n° 2858 du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées, qui n'a finalement pas abouti ; *adde.* Ch. Le Stanc, « 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. 4.

²⁴⁶ V. *infra* n° 78 et s.

²⁴⁷ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations I et II*, trad. G. Garnier, Flammarion, rééd. 2022.

²⁴⁸ D. Ricardo, *Des principes de l'économie politique et des impôts*, trad. F. S. Constancio, A. Fonteyraud, Flammarion, 1977. Pour une proposition de relecture des écrits de Smith et Ricardo, voy. M. de Vroey, « L'évolution de la théorie de la valeur d'Adam Smith et de Paul Ricardo », *Recherches Economiques de Louvain*, vol. 44, déc. 1979, p. 391 et s., accessible sur <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/82E15EAB2148638BFACF259B4B62EFA1/S0770451800081641a.pdf/levolution-de-la-theorie-de-la-valeur-dadam-smith-a-david-ricardo.pdf> (consulté le 11/11/2024).

²⁴⁹ K. Marx, *Le capital*, trad. J. Roy, éd. Maurice Lachatre et cie, 1872, spéc. pp. 18-28, accessible sur <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1232830/f1n351.pdf> (consulté le 11/11/2024).

l'information »²⁵⁰, ou encore de « *société de l'information* »²⁵¹ que bon nombres de juristes s'intéressent à la protection des valeurs économiques en tant que telles, notamment en proposant « *ostensiblement* »²⁵² leur appropriation. En somme, la valeur économique devenant le centre de l'analyse, il convient, pour tenter d'en saisir la finalité, de s'intéresser à la définition de cette notion, dont la conceptualisation a d'abord débuté en économie.

76. Appréhension économique de la valeur : les théories de la valeur. – Brièvement, plusieurs étapes peuvent être identifiées dans la construction de la notion de valeur en économie, ces étapes ayant finalement donné lieu à plusieurs *théories* de la valeur. En ce sens, nous identifierons deux écoles : l'école classique, composée notamment des auteurs pionniers en la matière, à savoir Smith, Ricardo et Marx²⁵³, et l'école néo-classique. Pour l'école classique, « *la valeur d'un bien résulte du coût des facteurs de production nécessaires à sa production, essentiellement le travail* »²⁵⁴ ; en y intégrant le coût des facteurs de production, cette valeur se veut objective car elle repose essentiellement sur la quantité de travail²⁵⁵, et c'est cette quantité de travail qui permettra de dire ce que vaut le bien en termes d'échange. En d'autres termes, la première conception de la valeur se définit par rapport à la valeur d'échange du bien une fois produit, cette valeur d'échange se déterminant en fonction de la quantité de travail²⁵⁶ qu'a demandée la production dudit bien.

Émettant quelques réserves sur cette première conception de la valeur, le courant néo-classique, dont les fondateurs sont Jeremy Bentham et Jean-Baptiste Say²⁵⁷, estime que cette conception, fondée uniquement sur la valeur d'échange fonction de la quantité de travail nécessaire, ne résout pas pour autant le problème de la valeur et apporte à l'analyse sa propre conception de la valeur : « *la valeur d'un bien découle de son utilité pour l'individu (utilité subjective) et de sa rareté (utilité marginale*²⁵⁸) »²⁵⁹.

²⁵⁰ J.-P. Chamoux, « L'information : bien ou service ? », in *L'appropriation de l'information*, J.-P. Chamoux (dir.), Litec, 1986, p. 18, précisant que ce sont « *les travaux de Fritz Machlup et de Marc Porat [qui] ont largement contribué à faire connaître et à faire admettre le concept d'une "économie de l'information"* » ; J. Michel, « De l'industrie de l'information à la net-économie : une affaire de "valeur" », *Documentaliste – Sciences de l'information*, 2011, vol. 48, n° 3, p. 29, accessible sur <https://shs.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2011-3-page-24?lang=fr> (consulté le 11/11/2024).

²⁵¹ C'est l'appellation ainsi retenue par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOUE n° L 167 du 22 juin 2001 ; directive dite « *société de l'information* ».

²⁵² Ce qualificatif est utilisé par le professeur Le Tourneau lui-même, v. en ce sens Ph. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », art. préc.

²⁵³ Bien que les théories de Marx s'écartent de celles de Smith et Ricardo, celui-ci dépassant la distinction valeur d'échange/valeur d'usage en proposant une troisième conception de la valeur reposant sur la quantité de travail nécessaire dans la société considérée, cette nouvelle conception de la valeur-travail se veut purement objective car fondée sur les conditions matérielles et sociales de la production. Pour davantage de détails, v. M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2^e éd., 2021, v. « valeur ».

²⁵⁴ C.-D. Echaudemaison (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, op. cit., v. « théories de la valeur ».

²⁵⁵ A. Silem (dir.), *Lexique d'économie*, op. cit., v. « valeur ».

²⁵⁶ L'on parle également de théorie de la valeur-travail pour notamment prendre en compte les divergences conceptuelles sur ce facteur, v. en ce sens *ibid.*, v. « valeur-travail (théorie de la) ».

²⁵⁷ M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., v. « valeur ».

²⁵⁸ C.-D. Echaudemaison (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, op. cit., v. « utilité marginale » : « *lorsque l'on consomme des doses successives d'un même bien, l'utilité de la dernière dose consommée (utilité marginale) est inférieure à l'utilité de la dose précédente* ».

²⁵⁹ *Ibid.*, v. « théories de la valeur ».

La meilleure manière de résumer cette conception est sans doute de citer Condillac : « *une chose n'a pas de valeur parce qu'elle coûte, mais elle coûte parce qu'elle a de la valeur* »²⁶⁰. Cette seconde conception, s'éloignant ainsi de la valeur d'échange, s'attache davantage à la valeur-utilité (appelée également valeur d'usage) que l'on peut retirer d'un bien, autrement dit à une valeur plus subjective. Cela étant, dans le but de concilier ces deux conceptions, les coûts de production (c'est-à-dire la valeur d'échange telle que définie par l'école classique) seront pris en compte dans la détermination de la valeur, en plus de la valeur d'usage. Ainsi, lorsque la valeur d'usage exprime le besoin ressenti par le consommateur et apparaît dès lors dans la demande, le coût de production apparaît dans l'offre proposée par le producteur ; et c'est cette rencontre entre l'offre (producteur) et la demande (consommateur) qui va déterminer la valeur et donc le prix du bien sur le marché²⁶¹. En somme, les économistes s'accordent à dire qu'en matière de détermination de la valeur, « *il ne peut y avoir de valeur d'échange sans valeur d'usage* »²⁶².

77. Les réalités économiques de la valeur occultées par le droit ? – En dépit de l'apparente simplicité de cette synthèse, la théorie économique demeure extrêmement divisée sur la notion de valeur économique, ce qui ne fait que complexifier la référence qui y est faite par le droit.

§2. L'appréhension juridique contrastée de la notion de valeur économique

78. La valeur n'est pas qu'économique. – Les difficultés entourant l'appréhension économique de la notion de valeur déteignent sur son appréhension juridique. Ces difficultés sont exacerbées dès lors que le droit ne saisit pas que des valeurs dites « *économiques* » : il s'intéresse en effet à des valeurs différentes, tant dans leur nature²⁶³ que dans leur façon d'évoluer²⁶⁴. Il n'y aurait donc pas une, mais plusieurs théories de la valeur²⁶⁵. Or, le fait que la valeur ait été surtout étudiée dans son versant économique semble avoir eu comme conséquence de mettre de côté les autres dimensions de la notion de valeur²⁶⁶. En ce sens, certains auteurs ont pu constater que dès qu'une valeur, sous-entendue une valeur économique, apparaît, il en découle « *une "tendance irrésistible" à raisonner en termes de propriété* »²⁶⁷.

²⁶⁰ Cité par A. Silem (dir.), *Lexique d'économie, op. cit.*, v. « valeur-utilité (théorie de la) ».

²⁶¹ *Loc. cit.*

²⁶² *Ibid.*, v. « valeur ».

²⁶³ La liberté, la sécurité, le mariage ou encore la propriété sont des valeurs qui ne s'équivalent pas et qui n'ont pas d'équivalent.

²⁶⁴ La liberté, pour ne prendre que cet exemple, ne s'entend pas de la même manière d'une époque à une autre, et/ou d'un lieu à un autre, M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1998, p. 32.

²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 32-33.

²⁶⁶ Ainsi, on ne peut « *parler de valeur comme si le mot était univoque* », v. en ce sens M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4^e éd., 2019 n° 5. En résulte un bouleversement des théories de la valeur lorsque l'on tente d'intégrer de nouvelles préoccupations, notamment en matière d'environnement, v. en ce sens M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, v. « développement soutenable (approche économique) ».

²⁶⁷ H. Skrzypniak, « Les savoir-faire », in *La propriété au 21^e siècle*, V. Malabat, A. Zabalza (dir.), Dalloz, 2021, p. 93, citant le professeur Lucas.

Dès lors, compte tenu du caractère évolutif et protéiforme de la notion de valeur, faire de la valeur économique le critère idoine de définition de la notion de bien (A) ne pourra se faire aisément. De surcroît, la place qui lui est faite au sein du droit commun des biens ne devrait pas irriguer la propriété intellectuelle de la même manière (B).

A. La valeur économique, nouveau paradigme du droit des biens ?

79. Vers une substitution de la notion de bien par la notion de valeur ? – Intégrer la notion de valeur économique dans l'analyse juridique du bien ne consiste pas seulement à définir la notion de bien à partir du critère de la valeur économique, mais à ériger la valeur économique en tant que bien. Le premier temps de l'analyse émane du doyen Savatier, qui est l'auteur précurseur de la définition du bien à partir du critère de la valeur²⁶⁸. Il sollicite la notion de valeur, plus précisément de « *valeur patrimoniale* », préalablement libérée de son expression monétaire, pour désigner « *[l]e monde des biens incorporels qui ne sont ni des droits réels ni des droits personnels* »²⁶⁹. Définir le bien à partir de la valeur signifie que toute chose présentant une valeur, en particulier une valeur économique, doit être qualifiée de bien. L'intégration de la valeur en tant que critère de définition du bien permet en effet de dépasser la conception purement matérielle du bien et d'envisager juridiquement les choses incorporelles. Cette « *nouvelle* » conception du bien centrée sur la valeur s'est illustrée à travers l'appréhension juridique des clientèles civiles des professionnels libéraux, désormais qualifiées de biens en droit français²⁷⁰.

Le second temps de l'analyse découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) qui, en poussant le raisonnement à son paroxysme, fait du bien une *notion autonome* conçue de manière très extensive, en mesure d'accueillir en son sein tout « *intérêt économique substantiel* »²⁷¹. L'idée d'intérêt économique substantiel traduit en réalité l'idée de valeur qui est, dès lors, protégée en tant que telle²⁷².

À partir de ces éléments, l'on peut en déduire que désormais, le bien, par le truchement de la valeur qu'il intègre, se définit comme tout intérêt, plus particulièrement de nature économique, éprouvé par une personne, cet intérêt étant, si l'on suit le raisonnement de la CEDH, à lui seul suffisant pour justifier sa reconnaissance juridique par l'organisation de sa réservation au profit de son titulaire²⁷³. En somme, au-delà du rapport entre la valeur et la chose sur laquelle elle porte, s'est aussi installé « *un rapport à la valeur elle-même : sous l'effet, d'une "désindividualisation", l'échange en est venu à porter sur la seule valeur* », cette prééminence conduisant à s'interroger sur la « *propriété de la valeur* »²⁷⁴.

²⁶⁸ R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958. 331.

²⁶⁹ *Ibid.*, spéc. n° 28 et s.

²⁷⁰ Notamment grâce au mécanisme de la cession, v. en ce sens J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 300.

²⁷¹ CEDH, gde. ch., 18 juin 2002, *Oneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99, spéc. n° 142.

²⁷² J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 300.

²⁷³ *Ibid.*, p. 296 et s.

²⁷⁴ *Ibid.*, pp. 337-338.

La doctrine semble avoir des opinions divergentes. D'aucuns considèrent que la valeur constitue *le* paramètre qui est en mesure de donner à la notion de bien sa véritable substance ; mais encore faudra-t-il se détacher de notre « *corporalisme [...] insidieux et inconscient* »²⁷⁵ pour y parvenir. Dans un sens sensiblement opposé, d'autres auteurs mettent en avant le risque de confusion qui en résulterait entre les biens corporels et les biens incorporels, la détermination de leur valeur ne suivant pas le même schéma selon le bien envisagé²⁷⁶. Des divergences qui laissent transparaître l'inopportunité d'ériger la seule valeur en tant que bien, particulièrement en droit de la propriété intellectuelle.

B. La valeur économique, critère de définition inopportun de l'objet de propriété intellectuelle

80. L'objet de propriété intellectuelle ne peut se résumer à sa valeur économique. – La valeur économique n'est pas, selon nous, un critère adéquat pour saisir l'objet de propriété intellectuelle. Ceci se révèle par les difficultés qu'il y a à la saisir (1) : définir cet objet par sa valeur économique conduirait indéniablement à une « *expansion incontrôlée* » de l'emprise de la protection sur les choses immatérielles, alors qu'il existe déjà d'autres sources de protection tout aussi satisfaisantes (2).

1. La valeur économique, un critère expansionniste

81. Les difficultés à saisir la valeur économique en tant que telle. – Les difficultés liées à l'appréhension de la valeur économique, en tant que telle, sont multiples. Parmi elles, l'on peut retenir que la valeur économique n'est pas aisément dissociable de l'investissement d'une part, et que son évaluation relève de la gageure d'autre part.

La valeur économique ne s'entend pas seulement d'un résultat issu de la commercialisation d'un produit ou d'un service. En effet, la valeur doit aussi être considérée en amont, comme un élément qui, potentiellement conjugué à d'autres types de valeurs, va aboutir à un résultat final dont on espère retirer une valeur en aval, susceptible de couvrir *a minima* les investissements réalisés. Cette idée se retrouve dans les différentes théories économiques de la valeur²⁷⁷ : la valeur n'est pas seulement un résultat escompté, elle est aussi une valeur investie, à travers la valeur-travail, ou encore la valeur-capital. Autrement dit, ces valeurs injectées en amont correspondent aux coûts engagés pour parvenir à la production du produit ou du service voué à être commercialisé : l'investissement consiste en l'engagement d'une valeur²⁷⁸. Les droits de propriété intellectuelle adoptent ainsi des mécanismes ou encore des régimes propres à défendre, en premier lieu, un

²⁷⁵ F. Zenati, « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 95 ; *add.* A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mél. M. de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55 et s., spéc. p. 61 et s.

²⁷⁶ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 5.

²⁷⁷ V. *supra* n° 75 et s.

²⁷⁸ G. Grundeler, *L'investissement (étude juridique)*, PUAM, 2017, n° 74 ; ces valeurs pouvant être de différentes natures, telles que l'apport d'une somme d'argent correspondant à une valeur monétaire, ou encore l'apport d'une force de travail, v. en ce sens Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, 1992.

investissement²⁷⁹. Dès lors, ériger la valeur économique en tant que critère de définition central de l'objet de propriété intellectuelle pourrait couvrir tous types de valeurs, y compris les investissements nécessaires à la production des objets, élargissant sensiblement le périmètre de la matière.

En outre, l'intégration d'un critère de définition d'un objet implique la possibilité de l'apprécier juridiquement ; rôle qui sera nécessairement, *in fine*, dévolu au juge. S'agissant de valeur économique, il est loisible de se demander si l'évaluation de la valeur doit bien relever de son office. Pour tenter de répondre à la question posée, il faut préalablement identifier quel type de valeur économique pourrait faire l'objet d'une telle évaluation²⁸⁰. En ce sens, certains auteurs pensent qu'en matière de valeur économique, c'est la valeur marchande qui devrait être prise comme référentiel²⁸¹. À supposer que tel soit le cas, le juge serait-il compétent pour procéder à une telle appréciation ? Il convient de rappeler que le juge n'est pas un économiste. Si l'on prend, pour point de comparaison, d'autres branches du droit à forte connotation économique, telles que le droit de la concurrence, force est de constater que lorsque le juge s'intéresse à des valeurs, elles sont déjà déterminées et sont, dès lors, certaines. Tel est le cas, par exemple, en droit des concentrations, dont la mise en œuvre implique notamment la prise en compte de seuils s'agissant du chiffre d'affaires des entreprises, données économiques dont l'existence est certaine et objective. Le juge n'a pas à créer une valeur qu'il ne fait que constater.

De manière plus générale, il n'entre pas dans l'office du juge d'évaluer des valeurs économiques pour régir les rapports socio-économiques. S'agissant du droit des biens, et plus particulièrement des biens immatériels protégés par le droit de la propriété intellectuelle, l'octroi de la protection ne se fonde pas sur la valeur économique (ou marchande, pour reprendre le référentiel fourni). En effet, le droit – de propriété intellectuelle, ici – n'a aucune prise sur l'éventuel succès économique de la chose. La valeur marchande ne peut donc fonder l'octroi de la protection ; *a fortiori*, elle ne peut davantage fonder la déchéance de la protection²⁸². Au mieux, la protection peut servir de tremplin par l'exclusivité qu'elle octroie sur la chose²⁸³, voire entraîner un « *effet de rente* » en instaurant un monopole légal. Le brevet, exemple topique de monopole légal²⁸⁴, est, à ce titre, une potentielle source de valeur économique pour son titulaire puisqu'il protège, pour un temps, son titulaire de la concurrence²⁸⁵, évitant ainsi que la valeur de l'invention ne soit diluée parmi les autres utilisateurs. En centralisant la valeur économique de l'invention dans les mains d'une seule

²⁷⁹ Tel semble être la finalité du droit d'auteur « économique », v. *infra* n° 191 et s.

²⁸⁰ Nous l'avons vu, il existe plusieurs théories économiques de la valeur, v. *supra* n° 75 et s. La valeur économique n'a donc rien d'univoque.

²⁸¹ J. Passa, « La propriété de l'information, un malentendu ? », *Dr. et Patr.* n° 91, 1^{er} mars 2001 ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 5.

²⁸² Aucun droit de propriété (qu'il soit de droit commun ou de droit spécial) n'encourt la déchéance si le bien grevé de cette protection perd de sa valeur.

²⁸³ « *Le droit au sens d'instance juridique crée cette valeur en permettant de faire de l'objet immatériel un objet d'échange* », v. en ce sens M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 5.

²⁸⁴ Un monopole légal n'est pas antinomique avec la qualification propriétaire, v. *infra* n° 590 et s.

²⁸⁵ J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1^{ère} éd., 1991, p. 8.

personne, le breveté, le brevet est en mesure « d'offrir une réelle "rente de situation" »²⁸⁶. L'on parle alors d'effet de rente. Si cette hypothèse n'est pas un cas d'école, il ne doit cependant pas en être déduit un lien de causalité entre monopole légal et rente de situation car le brevet, n'étant pas « à lui seul garant d'un "décollage" économique », n'a pas pour finalité « d'offrir une rente de situation »²⁸⁷. Au surplus, malgré cet éventuel effet de rente, le monopole légal n'a aucune incidence directe sur le succès économique de l'objet protégé sur le marché puisque ce succès dépend essentiellement de la demande.

Le droit se saisit de valeurs et participe à leur élaboration, à leur construction, faisant que, d'un État à un autre, d'une époque à une autre, le droit adapte et réadapte certaines valeurs²⁸⁸. Mais s'agissant de valeur économique à proprement parler, le droit ne peut intervenir de manière uniforme, en faisant continuellement appel à des systèmes d'appropriation²⁸⁹ ; et ce, d'autant plus que le droit découvre tout juste cette valeur²⁹⁰. Par conséquent, la valeur économique ne pouvant être déterminée par le droit²⁹¹, dès lors que sa fixation relève notamment des mécanismes du marché, l'ériger comme objet de propriété intellectuelle s'avère insuffisant.

82. Les difficultés à saisir la valeur économique en tant qu'objet de propriété intellectuelle.

– Appréhender l'objet de propriété intellectuelle sous le prisme de la valeur économique induit une double difficulté. Compte tenu du caractère expansionniste de la valeur économique, l'objet de propriété intellectuelle n'en serait que plus difficilement saisissable dans son essence. Corrélativement, les frontières de la propriété intellectuelle, prise comme un ensemble, n'en seraient que plus ténues²⁹². Outre ces difficultés, le risque est, surtout, d'arriver à un émiettement des propriétés intellectuelles. En effet, la mise en place d'une protection fondée sur la valeur économique²⁹³ ferait nécessairement diminuer l'intérêt qu'il y a à solliciter une protection spécifique, que ce soit par un droit d'auteur ou encore un droit de brevet. Concrètement, il ne sera plus nécessaire, pour le détenteur d'une valeur économique, de se demander si celle-ci s'incorpore dans une forme originale ou encore inventive²⁹⁴. Toutefois, ce risque d'émiettement peut être évité si l'on se contente des protections existantes.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

²⁸⁷ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁸⁸ M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 32.

²⁸⁹ J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mél. A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, n° 9.

²⁹⁰ F. Zenati, « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 93 : la valeur n'a jamais été niée par le droit, elle le côtoie « depuis des lustres, mais les juristes n'en savaient rien. Ils la conjuguèrent sans le savoir. En venir à pré sent la conceptualiser relè ve de la gageure ».

²⁹¹ La valeur est en effet « construite par le marché avec la grande imprévisibilité qui est la sienne », v. en ce sens M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 136.

²⁹² M. Vivant, « L'Europe à la recherche des frontières : étrange secret », *Propri. Intell.* n° 71, avr. 2019, p. 113 et s., spéc. p. 115.

²⁹³ Telles que celles qui ont pu être proposées par la doctrine ou par le législateur, v. *supra* n° 73.

²⁹⁴ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 136.

2. Les sources de protection auxiliaires et suffisantes de la valeur économique

83. Les multiples sources de protection de la valeur économique. – La protection d'une valeur économique ne s'entend pas exclusivement d'une réservation privative²⁹⁵. Cela signifie que les mécanismes propriétaires ne sont pas les seules sources de protection viables et efficaces ; le droit commun, par les mécanismes de responsabilité civile (a), ainsi que le secret sont des sources de protection efficaces (b).

a. La protection de la valeur économique par la concurrence déloyale et parasitaire

84. Naissance et définition de la concurrence déloyale. – Le jeu de la concurrence est, en principe, libre. Cette liberté, en tant que composante de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée en 1791²⁹⁶, fait que les entreprises sont libres de se concurrencer entre elles, en attirant par exemple vers elles la clientèle de leurs autres concurrents²⁹⁷. Or, la liberté des uns s'arrêtant là où commence celle des autres, l'usage de cette liberté doit être loyal et honnête. Ainsi, afin de faire face aux comportements déloyaux, la jurisprudence a construit la théorie de la concurrence déloyale venant sanctionner de tels comportements : « *est donc constitutif de concurrence déloyale tout acte contraire aux usages honnêtes du commerce* »²⁹⁸.

85. Naissance et définition du parasitisme. – Aux côtés de la théorie de la concurrence déloyale, construction prétorienne, apparaît la théorie du parasitisme, construction doctrinale. Cette théorie du parasitisme a été mise au point par Saint-Gal, qui la définit comme « *le fait pour un tiers de vivre en parasite dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits* »²⁹⁹. La différence principale entre les deux théories tient à l'exigence d'une relation de concurrence entre la partie victime et la partie fautive : la concurrence déloyale l'exige, mais pas le parasitisme, ce qui permet à ce dernier de pouvoir appréhender des comportements qui auraient été laissés impunis par la concurrence déloyale³⁰⁰. Néanmoins, cette exigence ayant été abandonnée par la jurisprudence, la frontière entre les deux théories tend à s'amenuiser.

86. Le contenu de la concurrence déloyale et parasitaire. Délimitation de l'étude. – La concurrence déloyale et parasitaire envisage deux types de relations : celles ayant lieu entre les

²⁹⁵ J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », art. préc., n° 10.

²⁹⁶ J. Passa, J. Lapousterle, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « Domaine de l'action en concurrence déloyale », Fasc. 240, LexisNexis, 19 juil. 2023, n° 1.

²⁹⁷ Ce faisant, « *le dommage concurrentiel est licite* », J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, n° 7.

²⁹⁸ *Loc. cit.*

²⁹⁹ *Ibid.*, n° 179, citant Saint-Gal.

³⁰⁰ *Ibid.*, n° 180.

professionnels et les consommateurs d'une part³⁰¹, et celles ayant lieu entre les seuls professionnels d'autre part, ce second type de relation étant celui qui nous intéresse.

Par ailleurs, cet ensemble de règles est, en réalité, le fruit de deux théories : la concurrence déloyale, d'une part, et le parasitisme, d'autre part. Chacune d'elles correspond à des faits différents qui peuvent faire l'objet d'une sanction. Ainsi, à travers la concurrence déloyale peuvent être sanctionnés les faits de confusion, de dénigrement, ou encore de désorganisation, et à travers le parasitisme, la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires³⁰². Cette classification, *a priori* relativement claire, est source de confusions conceptuelles qui doivent être précisées. En effet, il est admis que la frontière entre la concurrence déloyale et la concurrence parasitaire est particulièrement ténue dans la mesure où l'on considère que la concurrence parasitaire est « *une forme* »³⁰³, ou encore « *une modalité* »³⁰⁴ de concurrence déloyale³⁰⁵ ; « *quant aux agissements parasitaires, ils ne constituent qu'une extension de la concurrence déloyale* »³⁰⁶. Il est donc légitime de se demander si la théorie du parasitisme est réellement dotée d'une autonomie face à la concurrence déloyale, sans compter qu'une telle autonomie ne serait pas sans dangers d'après une partie de la doctrine³⁰⁷. Malgré une frontière amincie entre la concurrence déloyale et le parasitisme, la distinction sera tout de même conservée afin de saisir dans quelles mesures ces théories sont susceptibles de protéger les valeurs économiques.

87. La protection des valeurs par la concurrence déloyale. – Parmi les faits de concurrence déloyale précédemment évoqués, c'est la confusion qui est susceptible de porter atteinte à la valeur. La confusion, comme son nom l'indique, consiste à faire naître dans l'esprit du consommateur une confusion entre deux entreprises et/ou entre deux produits, deux services, ou encore deux signes par une imitation³⁰⁸. Les valeurs qui sont envisagées – des signes, des produits, des créations – sont alors appréhendées à travers le risque de confusion occasionnée par le comportement déloyal. Par

³⁰¹ C'est ce que l'on dénomme généralement « *pratiques commerciales déloyales* », v. par exemple M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz, 8^e éd., 2020, n° 393. Ces pratiques commerciales déloyales, dont le régime a été unifié par la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 « *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur* », sont régies en droit français par le Code de la consommation, v. en ce sens J. Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, 10^e éd., 2020, n° 93 et s.

³⁰² Il s'agit d'un classement proposé par la table des matières de l'ouvrage de J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, *op. cit.*

³⁰³ J. Passa, J. Lapousterle, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », fasc. préc., n° 77.

³⁰⁴ Ph. Le Tourneau, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « *Parasitisme. Notion de parasitisme* », Fasc. 570, LexisNexis, 29 juil. 2023, nos 19-21.

³⁰⁵ La confusion résultait aussi à l'origine d'une exigence commune, à savoir l'exigence d'une relation de concurrence entre les deux parties. Mais cette condition d'exercice de l'action en concurrence déloyale a progressivement été abandonnée par la jurisprudence, v. en ce sens J. Passa, J. Lapousterle, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », fasc. préc., nos 5-6.

³⁰⁶ J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, *op. cit.*, n° 184 ; *contra* : J. Passa, J. Lapousterle, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », fasc. préc., n° 77, faisant le lien entre concurrence déloyale et concurrence parasitaire mais pas entre concurrence déloyale et agissements parasitaires.

³⁰⁷ *Ibid.*, n° 87.

³⁰⁸ *Ibid.*, n° 35.

cette approche, on peut considérer que la protection de la valeur par la concurrence déloyale ne se réalise que de manière indirecte, étant donné que cette « *réserve est assurée par la qualification en termes de faute de certains actes* »³⁰⁹, tels que le risque de confusion. Il s'ensuit que la finalité de l'action en concurrence déloyale n'est pas d'instaurer un droit privatif en établissant ou en rétablissant une protection sur un objet en lui-même (en l'occurrence une valeur), mais de sanctionner un acteur économique auteur d'un comportement déloyal, faisant de cette action une application « *classique* » de la responsabilité civile du fait personnel³¹⁰.

88. La protection des valeurs par le parasitisme. – D'un point de vue théorique, la reconnaissance d'un acte de parasitisme est, *a priori*, bien moins contraignante³¹¹ que l'octroi d'une propriété intellectuelle. En effet, la finalité du parasitisme est de « *protéger directement une prestation d'ordre intellectuel, jugée digne de protection en raison de sa valeur économique ou des investissements engagés pour sa réalisation, et on érige artificiellement en faute toute atteinte à cette prestation, comme si cette dernière faisait l'objet d'un droit exclusif* »³¹². Ainsi, contrairement à l'action en concurrence déloyale dont le succès a pour effet de sanctionner un comportement répréhensible, l'action en parasitisme semble faire de la valeur économique l'objet d'une protection, protection qui, compte tenu du degré d'exigence moindre, semble constituer une « *protection de repli en lieu et place des droits privatifs* »³¹³. Si cette protection par l'action en parasitisme a pu faire craindre un effet néfaste sur l'utilité de la propriété intellectuelle, il faut relever que d'un point de vue pratique, « *la catastrophe annoncée de la perte d'utilité de la propriété intellectuelle n'a pas eu lieu* »³¹⁴. L'action, parce qu'étant une action de droit commun, conserve en effet son caractère subsidiaire³¹⁵ et la protection octroyée par le succès de l'action ne peut s'assimiler à un monopole opposable à tous, la décision de justice étant porteuse d'un effet *inter partes*. C'est pourquoi, même s'il y a reconnaissance d'une protection, la protection ne pourra jouer qu'entre les parties pour lesquelles cette décision à une autorité de chose jugée, contrairement à un monopole légal qui, lui, est opposable *erga omnes*³¹⁶. On peut donc conclure que la concurrence déloyale et

³⁰⁹ *Ibid.*, n° 26.

³¹⁰ *Ibid.*, n° 10.

³¹¹ J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », art. préc., n° 14.

³¹² J. Passa, J. Lapousterle, J.-Cl. *Concurrence – Consommation*, « Domaine de l'action en concurrence déloyale », fasc. préc., n° 89.

³¹³ *Ibid.*, nos 89-90 ; X. Daverat, « Droit d'auteur et "protections périphériques" », in *Mél. P. Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 517.

³¹⁴ H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011, n° 608 et s.

³¹⁵ On parle aussi de caractère « *accessoire* », v. en ce sens X. Daverat, « Droit d'auteur et "protections périphériques" », art. préc., pp. 520-521.

³¹⁶ Ce point (final) est malgré tout mis en suspens car nous ne sommes pas à l'abri d'une création ou d'une découverte prétorienne d'un droit subjectif par la reconnaissance d'une responsabilité civile. Cette éventualité est mise en avant par H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, note de bas de page n° 2022 ; à nuancer avec T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007. 227, n° 10 et s., spéc. n° 19, qui relativise cette éventualité en mettant en avant que la responsabilité civile participe, certes, à l'apparition de droits subjectifs, mais c'est sans compter sur leur consécration effective par le législateur. Tel semble avoir été le cas s'agissant du droit *sui generis* conféré au producteur d'une base de données, qui ne serait, ni plus ni moins, qu'une transposition de la protection conférée par la concurrence déloyale et parasitaire, v. en ce sens X. Daverat, « Droit d'auteur et "protections périphériques" », art. préc., p. 527, et M. Vivant, J.-M.

parasitaire constitue une forme de protection indirecte et subsidiaire de la valeur économique des objets intellectuels que ceux-ci soient ou non protégés par les droits de propriété intellectuelle. À ces mécanismes s'ajoute la protection de la valeur économique par le secret.

b. La protection de la valeur économique par le secret

89. La protection du secret par le contrat. – Le secret, « première des protections »³¹⁷, permet déjà de protéger des valeurs économiques³¹⁸. Progressivement, cette protection a acquis une force juridique, notamment par la voie du contrat. En érigeant le secret en une obligation de nature contractuelle, son non-respect par son débiteur devient sanctionnable sur le plan juridique ; il suffira d'en prouver l'inexécution contractuelle³¹⁹. C'est ainsi qu'en pratique, les obligations de confidentialité sont désormais très répandues.

90. La protection du secret par la loi. – Cependant, un type spécifique de secret a récemment fait l'objet d'une législation européenne : le secret des affaires. Réorganisant les protections éparses portant sur le savoir-faire, le secret de fabrique³²⁰ et les renseignements non divulgués, le principe du secret des affaires et ses conditions de mise en œuvre ne cessent d'interroger, celui-ci faisant inmanquablement penser à un droit de propriété intellectuelle. En effet, l'objet visé par la protection est une information, inaccessible ou difficilement accessible, dotée d'une valeur commerciale en raison de sa confidentialité. Autrement dit, la valeur économique est « créée » par le fait que l'information est tenue secrète alors qu'en propriété intellectuelle, la valeur économique est « créée » par l'exclusivité qu'attribue la protection³²¹. De plus, le professeur Vivant relève les ressemblances frappantes qui existent entre les mécanismes de défense octroyés au secret des affaires et celui octroyé aux objets de propriété intellectuelle : le mécanisme de la contrefaçon semble, en effet, avoir été transposé au secret des affaires³²². Néanmoins, certains auteurs relèvent que, s'agissant de la nature de la protection octroyée, celle-ci n'est pas une propriété, la réservation qu'elle permet ne pouvant s'assimiler à une appropriation à proprement parler³²³. En effet, « *la protection du secret des affaires n'interdit pas l'accès, l'obtention ou l'utilisation d'une information secrète détenue par*

Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 221 reconnaissant *a minima* une filiation entre cette protection privative et le parasitisme.

³¹⁷ N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997. 330, n° 15.

³¹⁸ Sans s'y limiter, le secret ne protège pas nécessairement que des choses imprégnées d'une valeur économique.

³¹⁹ J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », art. préc., n° 10.

³²⁰ CPI, art. L. 621-1.

³²¹ M. Vivant, « L'Europe à la recherche des frontières : étrange secret », art. préc. p. 115 : « *C'est par l'exclusion de fait, appuyée par le droit, qu'il donne valeur à l'information qu'il couvre ou, plus justement, qu'il est de nature à donner valeur à cette information – tout comme un droit de brevet ou un droit d'auteur* ».

³²² *Loc. cit.*, se demandant ainsi si « *les législateurs européens et français auraient-ils fait de la propriété intellectuelle sans le savoir* » ; sans compter que, d'après les accords ADPIC, les renseignements non divulgués sont inclus dans le périmètre des propriétés intellectuelles.

³²³ A. Robin, S. Chatry, *Introduction au droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 355 ; J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8^e éd., 2017, n° 1031 et n° 1045 ; R. Fabre, V. Fabre, *J.-Cl. Brevets*, « Réservation du savoir-faire », Fasc. 4200, LexisNexis, 1^{er} janv. 2021, n° 1.

un tiers dès lors que les conditions d'obtention sont licites », cette protection venant davantage sanctionner un comportement grâce auquel a été obtenue frauduleusement l'information couverte par le secret³²⁴.

91. Conclusion du Chapitre I. – La première tentative de définition de l'objet de propriété intellectuelle, consistant dans la mise en évidence de critères de définition élémentaires, a permis de révéler que cet objet, immatériel par nature, attire l'attention du droit parce qu'il est doté d'une valeur économique.

L'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle ainsi révélée doit être précisée. Il n'est pas comme tout autre objet de nature immatérielle en ce qu'il est également doué d'ubiquité. Le droit, par le mécanisme de la fiction juridique, parvient alors à saisir l'insaisissable et à en inférer un principe de séparation entre la propriété intellectuelle portant sur l'objet ubiquitaire et la propriété corporelle portant sur le support matériel de l'objet ubiquitaire. De cette manière, même si l'objet de propriété intellectuelle demeure de nature immatérielle, sa dimension ubiquitaire permet de le distinguer d'autres objets incorporels, tels que le fonds de commerce ou encore la valeur mobilière. En effet, même si ces objets, comme les objets de propriété intellectuelle, sont de nature incorporelle, ils ne sont pas pour autant ubiquitaires puisqu'ils peuvent être localisés. Dès lors, il est possible d'affirmer que la propriété intellectuelle, tout en étant une propriété incorporelle, ne s'assimile pas aux autres types de propriété incorporelle, telles que celles portant sur le fonds de commerce ou sur la valeur mobilière.

La valeur économique de l'objet de propriété intellectuelle permet de justifier et de légitimer cette appropriation juridique. Cependant, le critère de la valeur économique ne peut, à lui seul, fonder la reconnaissance de la protection de l'objet de propriété intellectuelle étant donné qu'il n'est pas le seul objet de droit à être protégé en raison de sa valeur économique.

Au regard de ces éléments, il est donc primordial de compléter l'analyse par la recherche d'autres critères susceptibles de préciser davantage l'objet de propriété intellectuelle.

³²⁴ *Ibid.*, n° 11 et n° 13.

Chapitre II. La forme, un critère de définition déterminant

92. La notion de forme en propriété intellectuelle. – Si l'on parvient à définir l'objet de propriété intellectuelle par son immatérialité et par la valeur économique qu'il recèle, une telle définition est encore insuffisante pour cerner et singulariser l'objet de propriété intellectuelle. Il apparaît alors nécessaire de rechercher des critères de définition transversaux susceptibles d'être déterminants dans l'appréhension de l'objet de propriété intellectuelle. En ce sens, peut être mis en avant le critère de la forme. Ce critère, émanant d'une partie de la doctrine et ayant quelques manifestations en jurisprudence, est, en effet, susceptible de définir, de manière transversale et discrétionnaire, l'objet de propriété intellectuelle ; mais pour s'en assurer, il convient de l'éprouver.

L'exercice de définition s'opère souvent en deux temps : à travers une approche positive, recensant les éléments inclus, et par une approche négative, délimitant la notion par ses frontières. Si cette méthode peut faire ses preuves selon l'objet envisagé, il ressort qu'en propriété intellectuelle, cette vision est susceptible de présenter un faible intérêt³²⁵, voire de constituer un réel écueil. En effet, rechercher l'objet de propriété intellectuelle au regard de ce qu'il est et de ce qu'il n'est pas (ou l'inverse), conduirait à créer des distinctions binaires inappropriées à la porosité de la matière, aux enjeux technologiques et aux choix politiques. Adopter une telle analyse épistémologique pourrait conduire à deux conclusions également fausses : ce qui ne correspondrait pas à la définition positive de la propriété intellectuelle en serait nécessairement exclu ; serait protégé ou protégeable par défaut ce qui serait en dehors du périmètre d'exclusion de la propriété intellectuelle. Cette difficulté est liée au caractère évolutif propre à la matière : définir l'objet, positivement et négativement, reviendrait, d'une certaine manière, à figer les deux champs de telle sorte que plus aucun objet ne pourrait y faire leur entrée (que ce soit dans le champ positif ou dans le domaine négatif de l'objet). Malgré ces difficultés, force est de constater que le droit de la propriété intellectuelle protège certains objets et en exclut d'autres. Son système de protection repose sur cette dichotomie. Et à ce titre, l'étude de la notion de forme en tant que critère potentiel de définition de l'objet de propriété intellectuelle est propice à une telle ventilation ; cependant, elle aboutit à des résultats ambivalents. En effet, la notion de forme est en mesure de définir positivement l'objet de propriété intellectuelle, alors que la définition négative de l'objet de propriété intellectuelle par la notion de forme se révèle moins opératoire.

L'appréhension de la notion de forme (Section 1) permet donc de révéler ses forces et ses faiblesses : alors que la définition positive de l'objet de propriété intellectuelle est possible sous l'égide de la forme (Section 2), la définition négative de celui-ci est porteuse de résultats quelque peu diaprés (Section 3).

³²⁵ M. Xifaras, M. Vivant, « La propriété intellectuelle, une légende urbaine ? », *Propri. Intell.* n° 81, oct. 2021, p. 139 et s., spéc. p. 141.

Section 1. La forme, un critère de définition potentiel de l'objet de propriété intellectuelle

93. L'appréhension de la notion de forme : « tout est forme »³²⁶. – La notion de forme est tout aussi large que ce qu'elle est susceptible d'appréhender ; vouloir l'ériger au rang de critère semble être un exercice vain. En effet, dans notre représentation de la réalité, tout ce qui peut être porté à notre vue ou à notre connaissance recèle une forme. Si, au départ, cette réalité s'aborde de manière corporelle – essentiellement par les formes extérieures que la Nature a à nous offrir³²⁷ –, les avancées scientifiques majeures de ces dernières années ont repoussé les limites de la matérialité. Grâce à la physique quantique, par exemple, la matière n'est plus envisagée par le prisme des seules choses matérielles « tangibles », mais également dans son aspect le plus élémentaire³²⁸.

94. L'appréhension de la notion de forme : l'apport de la philosophie. – Outre ce premier constat consistant à dire que la forme ne se limite pas à la tangibilité des choses, cerner la forme implique de solliciter les autres notions desquelles elle peut être différenciée. À ce titre, l'étude de la philosophie est incontournable et permet de constater certains glissements sémantiques préjudiciables à l'appréhension et à la compréhension de la notion de forme.

95. La notion de forme originellement opposée à la notion de matière. – Quel que soit le sens philosophique attribué à la notion de forme, celle-ci est presque toujours opposée à la notion de matière. En effet, dans son rapport à la corporalité, la forme s'entend d'une « figure géométrique constituée par les contours de l'objet », s'opposant ainsi « à la matière dont est fait cet objet »³²⁹. Autrement dit, la forme ferait référence à un contenant, et la matière au contenu. Cette distinction a été reprise par analogie dans d'autres domaines, et notamment le droit, où l'on distingue la forme du fond, c'est-à-dire les règles de procédure (qui sont avant tout analysées et dont le non-respect entraîne l'irrecevabilité de l'action, sans qu'il soit besoin d'examiner l'affaire au fond) et le fond de l'affaire (qui ne sera examinée que si l'action est avant tout recevable « sur la forme »). En droit, une telle distinction se retrouve également au sein de la propriété intellectuelle, et en particulier en droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, c'est l'opposition entre la forme et le fond qui permet de faire le départ entre ce qui est *protégeable*³³⁰ et ce qui ne l'est pas. Plus précisément, la forme est opposée à l'idée ; la première peut recevoir une protection, tandis que la seconde reste hors champ de la protection. D'une certaine manière, la propriété littéraire et artistique a repris « à son compte » la distinction entre la forme et le fond en opérant un glissement vers cette opposition entre la forme

³²⁶ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Mél. A. Françon, op. cit.*, p. 196.

³²⁷ Cela correspond à l'appréhension de la matière à une échelle macroscopique à travers l'étude de la masse, de la vitesse et de la position des objets physiques.

³²⁸ Cela correspond à l'appréhension de la matière à une échelle microscopique ou atomique à travers l'étude de la particule et de l'onde que recèlent les objets physiques. Ainsi, la matière est également énergie, v. en ce sens P. Catala, « La matière et l'énergie », in *Mél. F. Terré, op. cit.*, p. 557 et s.

³²⁹ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, v. « Forme ».

³³⁰ Nous utilisons le vocable « *protégeable* » et non « *protégé* » car la seule exigence de forme ne suffit pas à rendre effective la protection de l'objet, encore faut-il que l'originalité (pour le droit d'auteur) soit également rapportée pour que l'objet soit *protégé*.

et l'idée. Mais ces oppositions, forme/fond, d'une part, et forme/idée, d'autres part, sont-elles équivalentes ? Si la première tendance serait de répondre par la positive, il s'avère que, philosophiquement, cette opposition entre la forme et l'idée est inexacte ou, à tout le moins, approximative. En effet, si la forme s'oppose à la matière ou au fond, cette dichotomie semble être confondue avec une autre : celle de la matière et de l'esprit.

96. Le raccourci inopportun opéré entre les oppositions « forme/matière » et « matière/esprit ». – Si la matière s'oppose à la notion de forme, la matière s'oppose également à la notion d'esprit. À ce titre, alors que l'esprit fait référence à la pensée, au monde de l'intellect et des idées, la matière serait davantage le produit, l'objet de cette pensée³³¹. On comprend alors que la tentation d'opposer directement la forme à l'esprit soit grande, mais un tel raccourci est préjudiciable à deux égards : d'une part, parce qu'il tend à effacer la frontière entre forme et matière³³² qui permet d'expliquer cette réalité (corporelle) qui nous entoure ; d'autre part, parce qu'il conduit à éradiquer la notion même de matière, qui se retrouve alors compressée par les notions de forme et d'esprit. Ainsi, l'opposition retenue par la propriété littéraire et artistique entre la forme et l'idée repose sur un présupposé quelque peu faussé : à considérer que la notion d'esprit s'attache plus spécifiquement au monde des idées et à l'intellect³³³, opposer la forme à l'idée crée, par ricochet, une opposition entre la forme et l'esprit ; une opposition qui, comme nous venons de le voir, n'a jamais été posée et défendue en tant que telle, à tout le moins en philosophie. Si cette explication peine à convaincre, un autre argument philosophique peut être convoqué : tout en sortant du carcan notionnel dans lequel a tendance à être enfermée la forme (qui s'envisage essentiellement à travers les contours qu'elle induit), il convient de revenir à une conception platonicienne de la notion de forme, qui ne l'envisage pas au regard de sa seule apparence, de sa seule extériorité.

97. La conception platonicienne de la forme. – À l'origine, la forme traduit un rapport entre le visible et la connaissance³³⁴ : c'est grâce à l'apparence des choses, à leur aspect visible qu'elles peuvent être connues. Ce sens de la forme, fondé uniquement sur son apparence, s'accompagne d'un sens plus « profond », plus abstrait, dégagé par Platon, qu'il fonde sur la *forme intelligible*. Cette forme « désigne la nature spécifique ou "essentielle" de la chose, susceptible d'être connue et définie indépendamment de son apparence [...] »³³⁵. La forme n'est donc « plus seulement l'aspect, la forme extérieure, la forme géométrique [...], mais désigne surtout la "forme intelligible" qui s'adresse à l'âme »³³⁶. Une telle avancée

³³¹ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v. « Esprit ».

³³² Cette frontière n'aurait plus lieu d'être puisque, dans une conception renouvelée de la forme, celle-ci s'identifierait désormais à la substance car la forme s'entendrait « tant [d]es propriétés transmises par la matière première que celles qui naissent de la configuration spécifique qu'elle revêt », v. en ce sens S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005, n° 18.

³³³ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v. « Âme ».

³³⁴ A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français*, LGDJ, 2021, n° 166.

³³⁵ *Ibid.*, n° 170, citant J.-F. Pradeau (dir.), *Platon, les formes intelligibles : sur la forme intelligible et la participation dans les dialogues platoniciens*, PUF, 2001, p. 22.

³³⁶ A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français*, op. cit., n° 170.

induit deux conséquences. Premièrement, le terme « *forme* », se traduisant par le terme « *eidōs* » en grec ancien, reçoit désormais deux acceptions que sont la forme visuelle et la forme intelligible. Secondement, par le biais de la deuxième acception – la forme intelligible –, un lien de parenté est établi entre le terme « *eidōs* » et le terme « *idea* »³³⁷ en grec ancien, ce dernier se traduisant justement par « *idée* » en français.

Par cette analyse, menée dans le sillage d'autres auteurs³³⁸, l'on peut ainsi se rendre compte que les traductions des termes « *eidōs* » et « *idea* », respectivement par « *forme* » et « *idée* » en français, ne sont pas inexactes mais ne se fondent pas sur une opposition aussi radicale que ce qu'on aurait pu penser. En effet, si le terme « *idea* » ne semble pouvoir recevoir aucune autre traduction que le terme « *idée* », force est de constater que le terme « *eidōs* », traduit par le terme « *forme* », est parent du terme « *idea* » ; à tout le moins depuis que Platon lui a assigné un second sens à travers la forme dite intelligible. En effet, cette forme intelligible, comme l'indique sa définition, se détache, se désolidarise de son aspect, de son extériorité pour accéder à un niveau d'abstraction que seul l'intellect est en mesure de saisir.

De ce constat peuvent être tirées les conséquences suivantes : la forme, prise dans son acception purement visuelle, sensible, pourrait alors être opposée à l'idée ; en revanche, la forme, prise dans son acception intelligible, ne pourrait être opposée à l'idée mais s'en rapprocherait.

Ceci nous permet de comprendre le malaise d'une doctrine autorisée quant à l'appréhension de la distinction entre la forme et l'idée, qu'elle qualifie de « *superficielle et inopérante* »³³⁹, ou encore d'obscur³⁴⁰. La distinction entre forme et idée a beau être commode, elle n'en demeure pas moins fragile.

98. La forme, objet potentiel de propriété intellectuelle (?) – Dès lors, pourquoi vouloir convoquer une notion – en l'occurrence la notion de forme – qui, en plus de son caractère protéiforme, est susceptible d'être finalement confondue avec des notions qui lui sont *a priori* étrangères ? En effet, cette tentative d'appréhension de la notion de forme, loin d'être exhaustive, montre déjà les dangers qu'il y aurait à mener une telle étude, en risquant de se perdre dans ses méandres. Mais cette crainte n'est – si l'on ose – finalement qu'« *apparente* » car la forme est effectivement susceptible de constituer l'objet « *unique et transversal* » du droit de la propriété intellectuelle³⁴¹.

De la même manière que la forme organise la substance³⁴², solliciter la forme en tant que critère permettrait de réorganiser la « *substance* » de la propriété intellectuelle, plus précisément en (ré)organisant le « *chaos* » régnant parmi les divers objets qu'elle protège. Au demeurant, la forme,

³³⁷ *Loc. cit.*

³³⁸ Particulièrement en propriété littéraire et artistique, v. en ce sens *loc. cit.*

³³⁹ Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998, n° 152.

³⁴⁰ M. Vivant, J.-M. Brugière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 131, plus précisément à propos du « *slogan* » selon lequel les idées sont de libre parcours. Mais certains auteurs recommandent de conserver la distinction entre forme et idée puisque c'est elle qui permet de faire le départ entre ce qui est protégeable et ce qui ne l'est pas, v. en ce sens A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français*, *op. cit.*, n° 185.

³⁴¹ Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mél. A. Lucas*, *op. cit.*, n° 57.

³⁴² Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », art. préc., p. 196.

dans sa conception platonicienne, devient inhérente à la chose, elle est même l'essence de la chose. Si la chose en tant que notion juridique est principalement définie à l'aune de son critère physique et, partant, de sa matérialité, la forme qui l'innerve renvoie tout autant à sa forme physique, matérielle qu'à sa forme psychique, intelligible. Une chose peut donc accueillir diverses formes qui, selon leur nature, ne seront pas réceptionnées de la même manière en droit. Une maison se reconnaît extérieurement par ses murs et son toit ; elle répondra donc au régime applicable aux biens immeubles ; une maison qui peut être, dans le même temps, une maison d'architecte, qui répondra donc au régime du droit d'auteur si elle est originale. La difficulté se révèle : alors que la forme, dans son sens premier, matériel, se dévoile au premier coup d'œil, la forme, dans son sens second, intelligible, ne peut se dévoiler aussi immédiatement. Toutefois, cette notion de forme est susceptible de devenir un élément de définition idoine de l'objet de propriété intellectuelle qui, de nature immatérielle³⁴³, nécessite des mécanismes et concepts qui se détachent de l'idée de matérialité. Dans cette perspective, la notion de forme, détachée de sa conception purement matérialiste, semble plus commode, plus accueillante que celle de chose, notion juridique qui reste enfermée dans ce carcan matérialiste. Il convient toutefois de vérifier qu'un tel critère remplit bien la fonction de définition qu'on se propose de lui attribuer.

Section 2. L'appréhension positive de l'objet par le critère de la forme

99. Le maniement prudent du critère de la forme. – L'appréhension transversale de l'objet de propriété intellectuelle implique la mise en évidence d'un ou de plusieurs critères communs à l'ensemble des objets de propriété intellectuelle, c'est-à-dire qui soient susceptibles de réunir en un socle commun cette diversité d'objets. Plus précisément, définir positivement l'objet de propriété intellectuelle implique la mise en évidence d'un ou de plusieurs critères de définition en mesure de l'explicitier. À ce titre, le critère de la forme peut être sollicité en ce qu'il est mis en avant par une partie de la doctrine, offrant une perspective d'appréhension transversale de l'objet de propriété intellectuelle à deux égards. Le premier angle consiste à mettre en exergue les différents *types de forme* dont les multiples droits de propriété intellectuelle permettent l'appropriation, le critère de la forme permettant alors de rationaliser les différents objets de propriété intellectuelle. Mais une démarche plus ambitieuse vise à déceler, au sein des différents objets de propriété intellectuelle, qu'un même *niveau de forme* est recherché pour déterminer le siège de la protection, le critère de la forme conduisant ici à une véritable unification des objets de propriété intellectuelle.

Cet exercice n'est pas sans présenter un risque méthodologique dans la mesure où il repose sur la généralisation, en tant que critère de définition de la propriété intellectuelle, d'une notion empruntée à une branche de celle-ci. À cet égard, il pourrait occasionner une fragilité du concept directeur recherché. Afin d'éviter que cette approche inductive ne souffre d'une analogie inappropriée avec des concepts développés pour le droit d'auteur aux autres droits de propriété intellectuelle, il convient de ne pas se limiter à certaines théories doctrinales portant sur la forme,

³⁴³ V. *supra* n° 57 et s.

qui ont été pensées essentiellement à l'aune du droit d'auteur³⁴⁴. Malgré cette mise à l'écart, la neutralisation du risque tout juste présenté semble partielle, l'étude de la notion de forme en tant que critère de définition de l'objet de propriété intellectuelle étant essentiellement nourrie de développements propres au droit d'auteur. Pour cette raison, si la transversalité du critère de la forme est possible, elle doit être maniée avec précaution. Une analyse prudente de la notion de forme conduit donc à voir dans celle-ci une source de rationalisation des objets de propriété intellectuelle (§1), voire un véritable critère de définition transversal de l'objet de propriété intellectuelle (§2).

§1. Le critère de la forme, source de rationalisation des objets de propriété intellectuelle

100. L'éviction d'une méthode concurrente fondée sur l'approche par l'objet propre à chaque propriété intellectuelle. – Il convient de souligner qu'une méthode consistant à partir de la « *notion clé* »³⁴⁵ propre à chaque droit de propriété intellectuelle aurait pu être suivie. En effet, à considérer que l'œuvre de l'esprit est la notion clé du droit d'auteur³⁴⁶, le dessin ou le modèle celle du droit des dessins et modèles, le signe celle du droit sur les signes distinctifs, et l'invention celle du droit des brevets, le niveau d'analyse atteindrait déjà un certain degré d'abstraction, et la recherche de transversalité s'en trouverait, en théorie, facilitée. Une telle approche, loin d'être dénuée d'intérêt, montre toutefois assez rapidement ses limites. D'une part, il n'est pas certain que la notion « *propre* » à un droit de propriété intellectuelle désigne véritablement tous les objets qu'il appréhende et qu'il qualifie ainsi. Si l'interrogation peut, *a priori*, être rapidement évacuée pour le dessin ou modèle ou encore pour le signe, elle ne l'est pas forcément pour l'œuvre de l'esprit et l'invention. Même si le Code de la propriété intellectuelle mentionne explicitement l'invention comme objet de la protection de son Livre VI, il n'est pas certain que tous les objets qui sont couverts par ce livre, à l'instar des topographies de semi-conducteurs, constituent nécessairement des inventions. S'agissant de l'œuvre de l'esprit, même s'il n'existe aucune certitude quant à sa définition, il est loisible de douter de cette qualification d'œuvre de l'esprit pour certains objets, pourtant listés dans le code à l'article L. 112-2³⁴⁷. Ainsi, le rattachement de chaque droit à une notion-clé risque de se heurter au manque de rigueur du législateur quant à l'unicité des catégories lorsque des objets sont inclus dans la protection alors que leur qualification au titre de

³⁴⁴ Ces théories sont présentées par X. Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS éd., 1997, p. 82 et s, qui relève, parmi les théories dites classiques, celle de Desbois se fondant sur le critère de composition, et parmi les théories plus récentes, celle du professeur Gautier fondée sur le critère de précision, et celle du professeur Lucas fondée sur l'exigence de concrétisation.

³⁴⁵ Nous utilisons cette terminologie pour nous affranchir, à ce stade, de toute qualification juridique à proprement parler telles que celles ayant trait aux notions à contenu variable.

³⁴⁶ Cette notion est d'ailleurs qualifiée de « *notion autonome du droit de l'Union européenne* » depuis CJCE, 4^e ch., 16 juil. 2009, *Infopaq A/S c. Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08.

³⁴⁷ Une grande partie de la doctrine formule de telles réserves à propos du classique panier à salade, du logiciel, ou encore de la base de données, v. en ce sens A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., spéc. n° 103 et n° 113, ou encore M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 294.

ces notions-clés est questionnable. D'autre part, adopter une telle démarche conduit à demeurer dans les limites propres à chacune de ces notions dites clés alors que certaines d'entre elles sont mises en concurrence. La recherche de transversalité en repartant des notions propres à chaque droit de propriété intellectuelle pourrait mener rapidement à une impasse, en raison de ces deux points d'achoppement opposés : le caractère impropre de chacune d'elle pour saisir l'ensemble des objets accueillis par la loi ou par la jurisprudence au sein de la protection et l'impossibilité de saisir les phénomènes de cumul ou de concurrence entre les notions par cette approche en silo. Dès lors, il semble opportun de dépasser ces catégories pour tenter de cerner leur essence commune.

101. Les types de formes envisagés par les propriétés intellectuelles. – Si le concept de forme se veut unitaire, les manifestations peuvent varier. Ainsi, le professeur Gaudrat, dont diverses contributions ont adopté cette analyse³⁴⁸, a pu mettre en exergue différents types de formes saisies par les droits de propriété intellectuelle. Il envisage des formes artistiques, des formes techniques³⁴⁹, des formes esthétiques, des formes utilitaires ou encore des formes fonctionnelles. Certaines d'entre elles peuvent faire l'objet d'un rapprochement : les formes artistiques sont équivalentes aux formes esthétiques, et les formes techniques sont semblables aux formes utilitaires. D'autres auteurs ont pu déceler une autre catégorie : celle des formes « *mercatiques* », rassemblant les dessins et modèles ainsi que les signes distinctifs³⁵⁰. L'adjectif *mercatique*, traduction de l'anglicisme *marketing*, est associé à la notion de forme pour désigner des formes permettant de communiquer avec le consommateur. Le dessin ou modèle ainsi que le signe distinctif peuvent tout à fait intégrer cette catégorie nouvellement pensée. Dans le cas du dessin ou du modèle, les courbes félines ou au contraire robustes d'une voiture, par exemple, sauront séduire différents panels de consommateurs ; dans le cas du signe distinctif, le signe figuratif a également pour rôle de séduire et, idéalement, de fidéliser le consommateur auquel est destiné le produit ou le service marqué par ledit signe. Autrement dit, la forme *mercatique* est cet « *atout de séduction* » avec lequel un acteur économique montre que le produit ou le service qu'il propose répond aux besoins des consommateurs.

102. Tentative de classification des formes envisagées par le droit de la propriété intellectuelle. – Si on s'attache à systématiser les différentes formes exposées, il est loisible d'en identifier deux catégories principales : les formes artistiques (ou esthétiques) et les formes utilitaires (ou techniques, ou parfois fonctionnelles). S'agissant des formes *mercatiques*, cette catégorie peut tout aussi bien être considérée comme une catégorie à part entière ou bien comme une catégorie résiduelle, une sous-catégorie. En faire une catégorie à part entière permettrait de mettre en avant

³⁴⁸ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », art. préc., p. 195 et s. ; *adde.* Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », art. préc.

³⁴⁹ La forme numérique étant un exemple de forme technique, v. en ce sens *loc. cit.*

³⁵⁰ Ces formes sont mises en exergue par A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », in *Le code de la propriété en 10 articles*, A. Favreau (dir.), Dalloz, 2021, p. 21 et s.

leur singularité, la présence de ces formes au sein de la matière étant régulièrement décriée, particulièrement pour les signes distinctifs.

Indéniablement, cette dichotomie rappelle celle retenue par le Code de la propriété intellectuelle entre la propriété littéraire et artistique, d'une part, et la propriété industrielle, d'autre part, qui en constituent les deux parties. Pour autant, ce couple de distinctions s'établit-il dans une relation d'équivalence ? Concrètement, la distinction entre la propriété littéraire et artistique, d'une part, et la propriété industrielle, d'autre part, signifie-t-elle forcément que la première approprie les seules formes artistiques, et la seconde les seules formes techniques ? Si, la terminologie retenue semble souscrire à cette approche binaire, ce schéma, qui aurait l'avantage de la simplicité et de la facilité³⁵¹, est loin d'être fidèle à la réalité, tant juridique qu'empirique. Plusieurs arguments en témoignent.

103. Les limites de la classification proposée. – Si, au premier abord, la distinction entre les formes artistiques et les formes techniques rappelle la *summa divisio* du Code de la propriété intellectuelle, l'étude de l'objet de propriété intellectuelle à travers le critère de la forme permet de se rendre compte que cette dernière n'est pas aussi étanche, les formes esthétiques pouvant également se retrouver dans le droit des dessins et modèles et le droit des signes distinctifs, les formes techniques étant réservées au droit des brevets. Ce constat est révélé par l'exclusion des formes fonctionnelles prévue par l'article L. 511-8 du Code précité pour le droit des dessins et modèles et par l'article L. 711-2, 5° pour le droit des signes distinctifs³⁵². Dans sa lettre, la loi sur le droit d'auteur ne connaît pas une telle exclusion, mais elle lui a été étendue par l'arrêt *Brompton Bicycle* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne³⁵³. À la question préjudicielle de savoir si le droit d'auteur exclut l'œuvre de l'esprit dont la forme est dictée par la technique, le juge de Luxembourg répond par la positive : la forme de l'œuvre de l'esprit déterminée exclusivement par la fonction ne peut être originale. Pour étayer sa solution, il établit un parallèle entre « *les composantes d'un objet qui seraient uniquement caractérisées par leur fonction technique* » et les idées et considère que « *[p]rotéger ces dernières par le droit d'auteur reviendrait [...] à offrir la possibilité de monopoliser les idées* ». « *Or, lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent* »³⁵⁴. Autrement dit, la règle d'exclusion des formes fonctionnelles émanant du droit des dessins et modèles (et du droit des signes

³⁵¹ Cela se veut par ailleurs rassurant, v. en ce sens M. Vivant, « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », *RLDI* n° 91, 1^{er} mars 2013, n° 2.

³⁵² La loi sur le droit des marques prévoit expressément cette exclusion depuis l'adoption du « *paquet marques* » en 2019 comprend le règlement (UE) 2015/2424 du 16 décembre 2015 relatif à la marque de l'Union européenne et la directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

³⁵³ CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18 : J.-Ch. Galloux, P. Kamina, obs. ss. déc. préc., « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2020. 1588 ; F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Droit d'auteur sur la forme d'un vélo : c'est plié ! », *RTD com.* 2020. 621 ; Y. Gaubiac, obs. ss. déc. préc., « La théorie de l'unité de l'art dans le droit de l'Union européenne », *Dalloz IP/IT* 2020. 626 ; Ch. Le Stanc, obs. ss. déc. préc., « Droit d'auteur et objet fonctionnel : précisions », *Propri. Indust.* n° 9, sept. 2020, repère 8 ; A. Portron, comm. ss. déc. préc., « Quand l'unité de l'art permet la reconnaissance implicite de la nature intelligible de l'œuvre en droit d'auteur européen », *JCP E* n° 41, 8 oct. 2020, 1385.

³⁵⁴ CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, déc. préc., pt. 27.

distinctifs) a pu être étendue, par analogie, au droit d'auteur. Cependant, la justification retenue n'est pas la même qu'en droit des dessins et modèles : dans l'affaire *Doceram*, le juge de l'Union a retenu que « pour apprécier si des caractéristiques de l'apparence d'un produit sont exclusivement imposées par la fonction technique de celui-ci, [...] cette fonction est le seul facteur ayant déterminé ces caractéristiques » et a exclu l'existence de dessins ou modèles alternatifs, c'est-à-dire a mis de côté le critère de la multiplicité des formes³⁵⁵. D'autres trouvent le fondement de l'arrêt *Brompton* « intéressant » en ce qu'il respecte la logique et les principes propres au droit d'auteur³⁵⁶ ; d'autres l'estiment « discutable », réfutant le parallèle opéré entre la forme fonctionnelle et les idées alors que le seul argument résidant dans le mode de preuve de l'originalité pouvait suffire³⁵⁷. En somme, même si le chemin emprunté est quelque peu différent, le résultat auquel aboutit le juge de l'Union est le même puisqu'une œuvre dont la forme est exclusivement dictée par sa fonction ne peut être protégée par un droit d'auteur. Par l'extension de cette solution au droit d'auteur, il appert que les formes techniques, fonctionnelles, sont transversalement exclues du droit d'auteur, du droit des dessins et modèles et du droit des signes distinctifs pour éviter de « contourner les critères et le régime rigoureux du droit des brevets en détournant de sa finalité l'une des autres branches du droit de la propriété intellectuelle »³⁵⁸.

104. L'appréhension du cumul de protection de ces formes. – La pluralité des formes se conjugue avec la possibilité de les cumuler. En effet, le cumul d'un droit d'auteur et d'un droit de brevet est envisageable sur un même objet physique qui se trouve être le support de plusieurs objets de propriété intellectuelle. Tel est l'exemple d'un smartphone qui inclut une interface logicielle dont le graphisme est susceptible d'être protégé par un droit d'auteur³⁵⁹, un circuit électronique intégré susceptible d'être couvert par le droit des topographies de semi-conducteurs, un logo reproduit sur l'appareil possiblement protégé par un droit de marque, ou encore le *design* du téléphone, c'est-à-dire son apparence, éventuellement protégée par un droit de dessin ou modèle. Dans le cas du smartphone, les différentes formes « coexistent au sein du même objet tout en restant autonomes »³⁶⁰, de sorte que les cumuls sont possibles sans qu'aucune règle d'exclusion n'intervienne.

En revanche, la possibilité de cumuler plusieurs droits de propriété intellectuelle sur un même objet de propriété intellectuelle est fonction de la règle d'exclusion précitée à propos des formes fonctionnelles. Alors qu'il est tout à fait envisageable que la forme esthétique soit protégée tant au titre du droit d'auteur que du droit des marques par exemple (une forme qui doit être à la fois

³⁵⁵ CJUE, 2^e ch., 8 mars 2018, *Doceram c. CeramTec*, aff. C-395/16 ; *adde.* F. Pollaud-Dulian, « Le crépuscule de la théorie de la multiplicité des formes ? », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2018, étude 7.

³⁵⁶ J.-Ch. Galloux, P. Kamina, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », obs. préc.

³⁵⁷ F. Pollaud-Dulian, « Droit d'auteur sur la forme d'un vélo : c'est plié ! », obs. préc. D'après l'auteur, il suffisait de repartir de la forme fonctionnelle qui, ne pouvant permettre d'exprimer une quelconque liberté de création, ne permettait pas davantage d'exprimer la personnalité de l'auteur. Outre le fondement juridique qu'offre le critère de l'originalité, celui-ci permettait également d'expliquer la solution en opportunité puisque déclarer qu'une forme fonctionnelle peut être originale s'analyserait en un détournement de la finalité du droit d'auteur. Au surplus, nous ajouterons que, en assimilant la forme fonctionnelle à une idée, est-ce à dire que le droit des brevets, alors seul réceptacle des formes techniques, donc fonctionnelles, protège, en réalité, des formes idéelles ?

³⁵⁸ *Loc. cit.*

³⁵⁹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 171.

³⁶⁰ M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, 1997, p. 63.

originale et distinctive), le cumul est inenvisageable si la forme est exclusivement dictée par sa fonction, et elle ne pourra être protégée qu'au titre du droit des brevets à l'exclusion de tout autre droit de propriété intellectuelle. Cette solution est corroborée par l'article L. L. 611-10, 2°, b) du Code de la propriété intellectuelle qui exclut du champ de brevetabilité les créations esthétiques. *A fortiori*, il semble même que, lorsque la forme est exclusivement déterminée par la fonction, la forme esthétique soit dans une situation de dépendance face à la forme technique, car, en pareil cas, c'est la protection offerte aux formes techniques qui va primer, en l'occurrence le droit des brevets, sans possibilité de cumul avec d'autres protections.

105. L'artifice de la classification proposée. – À l'aune de ces éléments, l'on peut s'apercevoir que, à travers la distinction entre les formes esthétiques et les formes techniques, l'appropriation des formes esthétiques n'est pas l'apanage de la propriété littéraire et artistique³⁶¹ alors que le droit des brevets est le domaine de prédilection de l'appropriation des formes techniques. En effet, la forme esthétique va pouvoir « voyager » d'un droit de propriété intellectuelle à un autre, voire cumuler les protections, sans pouvoir passer la frontière du droit des brevets ; de l'autre côté, la forme technique va rester cantonnée à la protection qui lui sied, en l'occurrence le droit des brevets. Une certaine logique semble alors émerger dans la ventilation de ces différentes formes. Mais, à peine semble-t-elle se dessiner que cette logique est déjà mise à mal par certains choix législatifs qui ont pu être faits s'agissant de la protection de certains objets. L'exemple éloquent en est le logiciel, qualifié d'œuvre de l'esprit « littéraire » par le droit de l'Union et dès lors protégé par un droit d'auteur³⁶². Dès que le législateur européen³⁶³ retint cette qualification et ouvrit les portes du droit d'auteur au logiciel, les tentatives d'explications et de justifications apparurent, si ce n'est vaines, à tout le moins malaisées. Pour la partie de la doctrine qui se voulait la plus « conciliante », les arguments mis en avant pour tenter de rationaliser et de conforter ce choix se sont rapidement heurtés à l'illogisme de la situation, tant sur le plan technique que juridique. Une autre partie de la doctrine, plus pragmatique, s'est évertuée à démontrer que le malaise ressenti pour justifier un tel choix s'expliquait tout simplement par le fait qu'il était malavisé. En effet, en reprenant les éléments qui viennent d'être développés, il a pu être constaté que si les formes artistiques pouvaient être envisagées par différents droits de propriété intellectuelle – à l'exclusion du droit des brevets – en revanche les formes techniques ne peuvent, elles, être envisagées que par le seul droit des brevets. Le paradoxe à propos du logiciel semble dès lors flagrant. Si la qualification d'œuvre littéraire a été

³⁶¹ V. *supra* n° 100 et s.

³⁶² Cette protection est parfois qualifiée de droit « spécial » du droit d'auteur ; appellation qui laisse transparaitre l'embarras décrit plus loin.

³⁶³ Il est à noter que le législateur français n'a pas repris cette qualification d'œuvre littéraire, mais elle est de droit positif compte tenu de la primauté du droit de l'Union, M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 171.

retenue, dans la mesure où le logiciel, à travers son code source³⁶⁴ et son code objet³⁶⁵, procède d'un écrit, en réalité cet écrit n'est pas le fruit de l'imaginaire de l'informaticien, mais le fruit d'une logique fonctionnelle, utilitaire³⁶⁶. Dès lors, le logiciel, bien que partageant le caractère écrit des romans d'Hemingway ou de Proust³⁶⁷, ne procéderait pas d'une forme esthétique mais plutôt d'une forme technique³⁶⁸. Nous serions donc en présence d'une forme technique appréhendée par un droit d'auteur ; or, ce droit, normalement, n'envisage que les formes dites artistiques puisqu'il est « essentiellement indifférent à toute fonction de la forme »³⁶⁹. Cet exemple parlant et loin d'être isolé³⁷⁰ montre que réfléchir à travers le critère de la forme aurait eu l'avantage de ventiler de manière plus pertinente les créations dites techniques, dont la protection devrait se tourner davantage vers le droit des brevets. D'ailleurs, l'attraction du logiciel vers sa brevetabilité en est une preuve notable³⁷¹.

106. L'analyse des types de forme complétée par l'analyse des niveaux de forme. – En conclusion, réfléchir à travers le critère de forme, en s'intéressant aux différents types de formes qu'approprient les droits de propriété intellectuelle, constitue une première étape dans la caractérisation d'une éventuelle transversalité en propriété intellectuelle puisqu'elle permet de dépasser l'analyse des seuls objets à proprement parler. Il est donc possible de constater un certain degré de transversalité, qui demeure cependant partiel, lequel permet d'ériger au moins deux catégories de formes appropriées par la propriété intellectuelle : les formes esthétiques et les formes techniques à laquelle est susceptible de s'adjoindre une troisième catégorie, si l'on décide de placer à part les formes mercatiques³⁷². Ces deux voire trois catégories, même si elles permettent d'apporter une cohérence théorique quant à leur ventilation, se heurtent cependant au droit positif qui ne réfléchit pas nécessairement de manière cohérente la propriété intellectuelle. Autrement dit, la notion de forme, lorsqu'elle est envisagée dans ces différents prolongements, bien que source d'une certaine rationalisation des objets de propriété intellectuelle, ne peut s'avérer suffisante pour fédérer le droit de la propriété intellectuelle. Il faut, pour cela, préférer à l'analyse par *types* de formes, une approche par les *niveaux* de forme requis par les multiples objets de propriété intellectuelle.

³⁶⁴ Le code source correspond à un ensemble d'instructions qui sont à la source du programme informatique et exprimées dans un langage compréhensible pour l'homme et modifiable.

³⁶⁵ Le code objet correspond à une suite binaire (suite de 0 et de 1), compréhensible par la machine et obtenu en compilant le code source, la compilation désignant le processus de conversion du code source en un code objet pour qu'il soit exécutable par la machine.

³⁶⁶ Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », in *Mél. P. Sirinelli*, Dalloz, 2022, n° 36.

³⁶⁷ Cette métaphore est reprise de M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 171.

³⁶⁸ Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », art. préc., n° 9, n° 10 et n° 17 ; Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », art. préc.

³⁶⁹ *Loc. cit.*

³⁷⁰ Les critiques sont également pléthores à propos des bases de données incluses au sein du droit d'auteur sur la base d'une assimilation erronée avec l'anthologie, v. en ce sens Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », art. préc., n° 16 et s. L'auteur regrette que la différence n'ait pas été perçue entre une anthologie qui est un agrégat d'œuvres de l'esprit et une base de données entendue comme un agrégat d'informations relevant du domaine public. Cela étant, la différence n'est peut-être pas aussi marquée dans la mesure où une base de données peut aussi inclure des « données » étant, en réalité, des œuvres de l'esprit, CPI, art. L. 112-3.

³⁷¹ V. *infra* n° 262 et s.

³⁷² V. *supra*, n° 101.

§2. Le critère de la forme envisagé par degrés d'intensité

107. Les différents niveaux de la forme, indépendamment de son type. – La présence de différents niveaux de forme s'entend d'une idée de gradation dans l'accès à cette forme. L'appréhension de ces différents niveaux permet de mettre en évidence que, quelle que soit la forme protégée par un droit de propriété intellectuelle, le niveau de forme recherché dans cette forme consistera dans la *forme intelligible* (A). Cependant, la présentation ainsi faite de la forme intelligible ne peut faire l'économie des difficultés émanant du droit positif qui complexifient son appréhension et remettent potentiellement en cause son opportunité (B).

Au demeurant, il convient de préciser que les illustrations sollicitées sont essentiellement mobilisées au sein du droit d'auteur, la notion de forme ayant été surtout étudiée à l'aune de celui-ci.

A. L'appréhension théorique du critère de la forme intelligible

108. Préalable. La forme intelligible, siège des conditions de protection de fond. – Ériger la forme intelligible en tant que potentiel critère de définition transversal de l'objet de propriété intellectuelle implique de le resituer dans l'environnement du droit de la propriété intellectuelle. À ce titre, il convient de se demander comment un tel critère s'articule avec l'existant juridique. Pour le savoir, plusieurs précisions doivent être préalablement formulées. En premier lieu, si la forme intelligible est érigée en critère de définition de l'objet de propriété intellectuelle, ce critère ne doit pas être confondu avec les conditions de protection de fond qui sont propres à chaque droit de propriété intellectuelle. Plus précisément, c'est au sein de la forme intelligible que ces conditions sont en mesure d'être recherchées. Concrètement, c'est la forme intelligible de l'œuvre de l'esprit qui permet de révéler si celle-ci est originale ; c'est la forme intelligible de l'invention qui permet de révéler si celle-ci est le fruit d'une activité inventive et susceptible d'application industrielle. Identifier la forme intelligible apparaît alors comme une exigence préalable à toute recherche d'originalité ou d'activité inventive. Là est l'exigence de « *forme* » telle que posée par la loi³⁷³ : il s'agit d'une forme qui, d'une part, ne se réduit pas à sa dimension externe, sensible et qui, d'autre part, ne s'oppose pas fondamentalement au « *fond* »³⁷⁴. Par ailleurs, affirmer que l'objet potentiel du droit de propriété intellectuelle réside dans la forme intelligible permet d'asseoir le caractère parfaitement immatériel de l'objet protégé puisque, par le truchement d'une forme sensible, c'est dans l'aspect intelligible, de nature éminemment immatérielle, qu'est recherchée la protection.

Cette précision faite, il est désormais possible de s'attacher à l'appréhension de la forme intelligible par le droit de la propriété intellectuelle. Pour pouvoir mettre en évidence la forme intelligible, il est nécessaire de décomposer la forme à travers les différents niveaux de formes existants : la forme externe et la forme interne³⁷⁵.

³⁷³ L'exigence est posée expressément pour le droit d'auteur, CPI, art. L. 112-1.

³⁷⁴ En ce sens v. *supra* n° 97.

³⁷⁵ Les développements qui vont suivre s'inspirent en grande partie des travaux déjà menés sur le sujet par le professeur Gaudrat et Monsieur Portron. À notre connaissance, le professeur Gaudrat fut le premier à s'intéresser

109. La forme externe et la forme interne : les deux niveaux de la forme d'un objet. – La forme externe est la forme apparente, extérieure et par conséquent tangible, matérielle ; la forme interne relève d'avantage du monde idéal, cette forme étant celle qui a été conceptualisée dans le cerveau, l'esprit du créateur de la forme. De la sorte, si la forme externe peut être communicable à autrui, la forme interne en revanche, prenant son origine dans l'imaginaire du cerveau humain, resterait à l'écart de toute communicabilité. La forme interne et la forme externe sont dans une relation d'interdépendance : l'une ne peut exister sans l'autre (et inversement), en tout cas sur le plan juridique. En effet, sans forme interne, il n'y a pas de production intellectuelle, et il ne peut donc y avoir d'objet protégeable ; et sans forme externe, considérée comme le véhicule de la forme interne, la forme interne est insusceptible de « *traitement juridique et d'exploitation* », faute de pouvoir l'appréhender de manière objectivée³⁷⁶ comme objet d'une protection juridique. Outre la forme interne et la forme externe, il est possible d'identifier d'autres niveaux de formes. Des niveaux de formes qui peuvent être qualifiés d'intermédiaires.

110. L'appréhension de la forme externe à travers sa forme sensible et/ou sa forme conventionnelle. – S'agissant de la forme externe, celle-ci peut se manifester à travers la forme sensible et/ou la forme conventionnelle. La forme sensible est celle qui permet à la forme externe de se révéler car elle est perceptible aux sens humains³⁷⁷. Alternativement ou cumulativement, la forme externe peut également se manifester à travers la forme conventionnelle qui « *permet l'expression et la notation d'une forme interne non dotée d'une forme sensible inhérente* »³⁷⁸. L'exemple topique d'une création dotée d'une forme conventionnelle est celui d'un livre, qui repose sur une convention établie et connue de tous, qui va consister en une notation lisible s'accompagnant de diverses règles et outils (grammaire, figures de styles ; mots, symboles)³⁷⁹. Comme cela vient d'être suggéré, la forme sensible et la forme conventionnelle peuvent cohabiter ou, au contraire, être exclusive l'une de l'autre. Par exemple, elles peuvent se cumuler pour l'œuvre architecturale à différents stades de son expression (la forme conventionnelle résidant dans les plans, et la forme sensible résidant dans la réalisation de l'œuvre), alors que la sculpture se présente directement sous sa forme sensible, la forme conventionnelle lui étant ainsi étrangère³⁸⁰. Il convient de noter que ces formes (sensible ou conventionnelle) ne permettent pas toujours de saisir la forme externe elle-même. En effet, s'agissant de la forme sensible d'une part, celle-ci s'est essentiellement définie à travers son apparence, et donc à sa perception par la vue. Il en résulte que la perception par d'autres sens, non moins sollicités mais certainement moins étudiés, a été alors

à la notion de forme, tout d'abord à l'aune de la seule propriété littéraire et artistique. Ainsi, outre les différents types de formes identifiables, il est également possible d'identifier plusieurs niveaux de forme, v. en ce sens Ph. Gaudrat, « *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit* », art. préc., p. 200 et s.

³⁷⁶ *Ibid.*, pp. 200-201.

³⁷⁷ Cela ne signifie toutefois pas que toutes les formes sensibles soient nécessairement des créations, v. en ce sens *ibid.*, p. 201.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 202.

³⁷⁹ *Loc. cit.*

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 203.

reléguée au second plan³⁸¹. S'agissant de la forme conventionnelle d'autre part, sa recherche n'est pas nécessairement la plus opportune pour rendre compte de la forme externe d'un objet ; le cas de la fragrance peut l'illustrer³⁸².

111. L'appréhension de la forme interne à travers la forme intelligible. – S'agissant de la forme interne d'un objet, celle-ci est, *a priori*, hors d'atteinte pour toute personne autre que celle qui l'a pensée. Mais en repartant de sa forme externe (qu'elle soit sensible ou conventionnelle), il sera alors possible, par le truchement de la forme sensible, de remonter à la forme interne de l'objet. La forme intelligible se définit comme une forme mentale car elle « *ne vit que dans l'esprit de l'homme* »³⁸³ qui l'a pensée, mais à laquelle il est possible de remonter car si elle infuse effectivement dans l'esprit de l'auteur, elle est recherchée dans l'esprit de l'amateur. Elle dépend donc, *a minima*, de deux personnes pour pouvoir se manifester³⁸⁴ : un concepteur et un public.

112. Les premiers apports de l'étude des niveaux de forme. – À partir des formes externe et interne, il semble d'ores et déjà possible d'identifier l'assiette du droit et l'objet de la protection. L'assiette s'identifierait à la forme externe, puisque c'est à partir de celle-ci notamment que les actes d'exploitation sont rendus possibles. Subséquemment, elle ne peut être l'objet de la protection puisque ce n'est pas à partir de la forme externe que les conditions de protection sont appréciées, mais à partir de la forme intelligible. Il en résulte que l'objet serait constitué par la forme interne qui doit être intelligible³⁸⁵. Pour s'en convaincre, il est possible de repartir de l'exemple de l'œuvre dérivée ou composite, illustré par une œuvre littéraire adaptée par la suite en une œuvre cinématographique³⁸⁶. Dans le cas d'une œuvre littéraire, œuvre première, adaptée en une œuvre cinématographique, œuvre dérivée, la forme externe initiale, c'est-à-dire l'œuvre littéraire, est suivie d'une seconde forme externe, c'est-à-dire l'œuvre cinématographique. Nous sommes donc en présence de deux formes externes. Cela étant, la permanence de la forme interne demeure, même si elle s'exprime différemment entre l'œuvre littéraire et l'œuvre cinématographique³⁸⁷. Dès lors,

³⁸¹ Notamment les formes perçues par le goût et l'odorat, v. *infra* n° 120 et s.

³⁸² Une même senteur peut en effet être obtenue par des formules chimiques différentes, v. notamment Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », in *La création. Entre droit, philosophie et religion*, A. Zollinger (dir.), PUJP, 2016, p. 28 et s. ; A. Quaedvlieg, « Droit d'auteur et parfums : le nez, l'esprit et l'industrie », *RIDA* n° 230, oct. 2011, p. 23. Dès lors, « *il n'y a rien à espérer d'une approche "chimique" de l'œuvre olfactive* » : la forme d'expression n'est pas réductible à la seule formule des proportions entre senteurs simples ; le différentiel des vitesses d'évaporation compte tout autant [...] le parfum ne se réduit pas plus à sa formule chimique que l'œuvre littéraire ne se réduit à la séquence des lettres grâce à laquelle elle fut originellement exprimée », Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., note de bas de page n° 75, p. 29 ; adde Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », art. préc., n° 48.

³⁸³ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », art. préc., p. 206.

³⁸⁴ *Loc. cit.*

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 207.

³⁸⁶ Pour le besoin du propos, il est volontairement fait fi de la circonstance où l'adaptation cinématographique intégrerait également une dimension collaborative, faisant alors « *coexister* » les qualifications d'œuvre composite et d'œuvre collaborative. V. en ce sens M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 410.

³⁸⁷ L'adaptateur bénéficie, en effet, d'une certaine liberté de sorte qu'il peut procéder à certains changements entre la version littéraire et la version cinématographique de l'œuvre, la limite à cette liberté résidant dans le respect du droit moral de l'écrivain, v. en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2007, *Les Misérables*, n° 04-15.543.

dans le cadre d'un litige, ce n'est pas tant les deux formes externes qui vont être comparées par le juge mais la forme reproduite en aval et l'essence de ce qui est protégé en amont. En d'autres termes, la permanence de la forme interne, et donc de la forme intelligible, demeure en dépit de la diversité des formes externes.

L'objet transversal de propriété intellectuelle ne peut dès lors se rechercher dans la forme externe puisqu'elle se décline en réalité en plusieurs formes externes dont la diversité correspond à celle des objets protégés ; en revanche, elle peut être recherchée dans la forme interne, et plus particulièrement dans la forme intelligible, alors susceptible d'unifier substantiellement cette diversité³⁸⁸.

113. La forme intelligible, objet transversal potentiel des propriétés intellectuelles. – Il est en effet possible de rapporter le caractère transversal de la forme intelligible à partir de tous les types de formes³⁸⁹ qu'envisagent les propriétés intellectuelles. À propos des formes dites expressives³⁹⁰, Monsieur Portron, dans sa thèse de doctorat, démontre que l'objet du droit d'auteur est la forme intelligible, qui a reçu sa traduction dans la loi par le critère de la « *forme d'expression* » posé par l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle³⁹¹. Ce postulat se vérifie également pour les formes utilitaires ou techniques parce que, comme pour les formes expressives, elles ont en commun d'être des formes issues d'un esprit³⁹². Autrement dit, parce que ce sont des formes issues du cerveau humain, tant les formes expressives que les formes utilitaires doivent revêtir une forme intelligible pour être appropriables par un droit de propriété intellectuelle.

Pour s'en convaincre, le professeur Gaudrat s'attache à apporter de la substance à cette notion de forme intelligible appliquée aux propriétés intellectuelles. Ainsi, tout en l'apparentant à une forme mentale, l'auteur ajoute que cette forme doit être une forme issue de l'imagination et non de l'intellect³⁹³. Une telle définition ventile ainsi les formes mentales exclusivement élaborées par l'intellect de celles issues de l'imagination : pour que l'appropriation par la propriété intellectuelle soit possible, il ne suffit pas que la forme soit élaborée exclusivement par l'intellect, elle doit de surcroît être de nature imaginative³⁹⁴. Il s'ensuit que les formes issues du seul intellect seront exclues de toute protection, tandis que les formes imaginatives seront appropriables ; mais cela n'empêche

L'équilibre n'est, toutefois, pas aisé à trouver comme le montre l'affaire portant sur le *Dialogue des Carmélites*, v. en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, nos 15-28.467 et 16-11.759 : E. Treppoz, comm. ss. déc. préc., « Retour sur la dénaturation contextuelle du dialogue des Carmélites », *Légipresse* 2017. 438.

³⁸⁸ A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., p. 15 et s., spéc. p. 20.

³⁸⁹ Sur les différents types de forme, v. *supra* n° 100 et s.

³⁹⁰ Cela désigne les formes envisagées par la propriété littéraire et artistique.

³⁹¹ A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français*, op. cit., n° 200 et s.

³⁹² Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », art. préc., n° 3.

³⁹³ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », art. préc., p. 213.

³⁹⁴ À première vue, la différence entre l'intellect et l'imaginaire semble extrêmement ténue. Il est néanmoins possible de déceler quelques éléments de différenciation en compulsant l'ouvrage de référence de Monsieur Lalande. Ainsi, alors que l'imagination est définie comme une faculté de combiner des groupes complexes d'images « *qui ne représentent rien de réel ni d'existant* », l'intellect s'entendrait dans un sens essentiellement gnoséologique, comme une « *faculté de connaître supérieure* », s'opposant alors à la sensation et à l'intuition. V. en ce sens A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v. « Imagination » et « Intellect ».

pas que l'intellect collabore à la conception d'une forme imaginative³⁹⁵. Enfin, le caractère imaginatif de la forme mentale, rendu nécessaire, ne se cantonne pas aux seules formes expressives : les formes utilitaires, telles que les inventions, consistent tout autant en l'imagination d'un procédé ou d'un produit³⁹⁶ ; les formes mercatiques que sont les signes distinctifs et les dessins et modèles suscitent indéniablement l'imaginaire de leurs créateurs.

114. La dimension utopique du caractère transversal de la forme intelligible. – Cette présentation « idéale » de la forme intelligible en tant qu'objet transversal et unitaire de la propriété intellectuelle ne doit pas dissimuler un critère moins opératoire en pratique. À ce titre, il apparaît que le droit positif ne privilégie pas en toutes situations le critère de la forme intelligible pour déterminer l'objet de propriété intellectuelle.

B. La difficulté d'appréhension de la forme intelligible par le droit positif

115. Le critère de la forme intelligible éprouvé. – Si la forme intelligible peut constituer le critère idoine pour définir l'objet de propriété intellectuelle, en pratique, la forme intelligible est mise en concurrence avec un autre niveau de forme, la forme sensible. Cette mise en concurrence émane tant de la loi (1) que de la jurisprudence (2).

1. La mise en concurrence des formes sensible et intelligible par la loi

116. L'objet protégeable en théorie révélé par la forme intelligible... – Pour tenter de convaincre du caractère transversal de la forme intelligible afin de l'ériger comme objet de protection commun aux droits de propriété intellectuelle, il convient de démontrer que les autres niveaux de formes, tout juste identifiés, ne peuvent s'analyser comme l'objet requérant la protection.

Quel que soit le droit de propriété intellectuelle envisagé, la protection ne porte pas sur un produit, c'est-à-dire sur une forme externe, un support. En effet, la protection envisageant des choses exclusivement immatérielles³⁹⁷, le support, la forme externe pourra faire l'objet d'une protection relevant du droit commun des biens, posée par l'article 544 du Code civil.

La protection ne porte pas davantage sur la forme interne de la chose, c'est-à-dire sur le concept, l'idée qui a présidé à l'élaboration de la chose avant toute extériorisation de celle-ci. C'est en effet une exclusion qui se veut transversale et donc commune à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle³⁹⁸.

³⁹⁵ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », art. préc., p. 216.

³⁹⁶ La forme mentale, en l'occurrence, s'associe indéniablement à l'intellect de l'inventeur, v. en ce sens *ibid.*, p. 215. En effet, le fait de trouver une solution technique à un problème technique ne relève pas du seul domaine de l'intellect, l'imaginaire y joue un rôle tout aussi prégnant.

³⁹⁷ V. *supra* n° 57 et s.

³⁹⁸ V. *infra* n° 128 et s.

S'agissant de la forme sensible, elle peut difficilement s'identifier à l'objet protégeable, et encore moins à l'objet effectivement protégé. La présence de la forme sensible est cruciale pour accéder à la forme intelligible³⁹⁹ ; pour autant, cela ne signifie pas que la forme sensible induit automatiquement l'existence de la forme intelligible. Or, si aucune forme intelligible n'est décelable, aucune protection par un droit de propriété intellectuelle ne devrait être octroyé. Dès lors, ce serait bien la forme intelligible qui permettrait de révéler l'objet protégé.

117. ...mais dévoilé par la forme sensible en pratique. – Néanmoins, un doute subsiste pour certains objets, notamment pour les dessins et modèles et autres signes distinctifs, qualifiés par Monsieur Portron de formes dites mercatiques⁴⁰⁰. En effet, le Code de la propriété intellectuelle semble se contenter de leur seule forme sensible pour les rendre éligibles à la protection : le droit octroyé à un dessin ou un modèle porte sur « *l'apparence d'un produit* »⁴⁰¹ et le droit octroyé à un signe distinctif porte essentiellement sur des formes visuelles (formalisées par des mots et/ou des images) ou encore des formes sonores. Cela étant, est-ce suffisant pour dire que ces protections portent sur des formes sensibles, tout en étant indifférentes à leur caractère intelligible ? La question peut se poser car, en dehors de ces protections spécifiques, il est tout à fait possible de retrouver au sein du Code des dispositions contenant des références à des formes sensibles, matérielles. Tel est l'exemple de l'article L. 112-2 livrant une liste exemplative d'œuvres de l'esprit⁴⁰². La référence au caractère intelligible des formes mercatiques pourrait alors se déceler dans la liberté de création laissée au créateur d'un dessin ou d'un modèle (pour éviter l'écueil de la forme fonctionnelle), mais également par la définition même de la mercatique, qui se fonde sur l'intuition et l'imagination⁴⁰³. Or, la forme intelligible implique justement qu'elle soit élaborée, en plus de l'intellect, par

³⁹⁹ J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, 2013, p. 272, citant Hegel : « *La phénoménologie de l'esprit découvre la forme comme produit de soi, mais Hegel pense la matière et la forme dans un déploiement réciproque : il n'y a pas de forme sans matière ni de matière sans forme. À la question : "l'art est-il réalité sensible ou spirituelle ?", il répond ainsi que "l'art et ses œuvres, dans la mesure où elles sont jaillies de l'esprit et produites par lui, sont eux-mêmes de nature spirituelle, quoique leur représentation implique l'apparence du sensible". La forme artistique n'est œuvre d'art concrète que lorsqu'elle devient une œuvre d'art singulière ; c'est alors seulement qu'elle permet l'apparition sensible de l'Idée à laquelle la beauté est identifiée : "Le contenu de l'art est l'idée, sa forme la configuration sensible et imaginative"* ».

⁴⁰⁰ A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., p. 20.

⁴⁰¹ CPI, art. L. 511-1. Le Parlement européen a adopté le « *paquet* » dessins et modèles contenant une directive et un règlement portant modernisation de la législation actuelle en matière de dessins et modèles. Dans le cadre de cette nouvelle mouture, il est toujours fait référence à « *l'apparence du produit* » mais la notion de produit est élargie pour y inclure les dessins et modèles animés ou dynamiques. V. dir. (UE) 2024/2823 du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2024 sur la protection juridique des dessins ou modèles, JOUE n° L du 18 nov. 2024, art. 2.3 et règlement (UE) 2024/2822 du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2024 modifiant le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires et abrogeant le règlement (CE) n° 2246/2002 de la Commission, JOUE n° L du 18 nov. 2024, art. 3.1 ; *adde.* J.-Ch. Galloux, P. Kamina, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2024. 1388 ; A. Folliard-Monguiral, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Dessins et modèles communautaires », Fasc. 3700, LexisNexis, 12 mai 2016, maj. 15 sept. 2024.

⁴⁰² V. en ce sens V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », art. préc., considérant que l'immatérialité implique une référence à la matière physique, cet article en donnant une illustration.

⁴⁰³ A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., pp. 21-22.

l'imaginaire de son concepteur⁴⁰⁴. S'agissant de leur traitement juridique, il faut cependant concéder que ces formes mercatiques sont envisagées par le Code de la propriété intellectuelle « *au seul regard de leur apparence, sans considération pour leur caractère intelligible* »⁴⁰⁵.

En d'autres termes, les formes sensible et intelligible sont mises en concurrence par le Code lui-même ; la jurisprudence semble faire de même.

2. La mise en concurrence des formes sensible et intelligible par la jurisprudence

118. La forme sensible, objet du droit d'auteur ? – Si la thèse s'attache à défendre la forme intelligible comme objet transversal des droits de propriété intellectuelle, il faut néanmoins constater que la forme intelligible semble faire l'objet d'une confusion avec la forme sensible. En effet, la jurisprudence, tant nationale qu'européenne, cette fois-ci en droit d'auteur, semble retenir la forme sensible comme « *véritable* » objet de protection. Pour s'en convaincre, la saga jurisprudentielle portant sur les fragrances et les saveurs doit être étudiée. À ce titre, l'analyse ne peut se contenter d'une approche purement nationale, le juge de l'Union européenne estimant, depuis la fin des années 2000, qu'il a toute compétence pour interpréter la notion d'œuvre de l'esprit dans son optique d'harmonisation du droit d'auteur⁴⁰⁶. La question de la protégeabilité des fragrances et des saveurs par le droit d'auteur⁴⁰⁷ est loin d'être une question nouvelle ; et le débat n'a que très peu évolué, celui-ci se concentrant toujours sur le caractère protégeable ou non de ces « *créations* ».

119. La forme sensible convoquée pour juger de la protégeabilité des fragrances et des saveurs. – Pour se prononcer sur leur protégeabilité, tant le juge national que le juge de l'Union convoquent le critère de la forme sensible⁴⁰⁸. L'identification de l'objet protégeable à partir de la forme sensible consiste à dire que l'objet doit être « *identifiable avec suffisamment de précision et*

⁴⁰⁴ Pour la différence entre l'intellect et l'imaginaire, v. *supra* n° 113.

⁴⁰⁵ A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., p. 23.

⁴⁰⁶ V. en ce sens CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17 : Ch. Caron, note ss. déc. préc., « Droit d'auteur - Une saveur n'est pas une œuvre de l'esprit », *Com. comm. élec.* n° 1, janv. 2019, comm. 1, notant que « *depuis presque dix ans, la Cour de Luxembourg s'est auto-attribuée toute seule la possibilité de dire ce qu'est ou ce que n'est pas une œuvre* » ; *adde.* M. Vivant, note ss. déc. préc., « L'Europe à la recherche des frontières : insipide saveur ? », *Propr. Intell.* n° 71, avril 2019, p. 116 et s., qui dénonce un « *étrange jacobinisme* » de la Cour de justice car, à travers le mécanisme de la notion autonome de droit de l'Union, visiblement abusivement utilisé, le juge de l'Union s'arroge une compétence en méconnaissance du principe de subsidiarité en cherchant à imposer aux États une vision qui n'est pas forcément partagée par tous.

⁴⁰⁷ L'objet potentiel de protection visé étant, tant pour l'une que pour l'autre, la forme mentale qu'elles évoquent. Il est donc cohérent de parler de fragrances et non de parfum car l'objet visé est l'odeur elle-même, et de parler de saveurs et non de recettes culinaires, v. en ce sens M. Vivant, « Droit d'auteur et sens chimiques : marché, futilité et questionnements fondamentaux » in *Mél. F. Dessemontet*, Cedidac, 2009, n° 5.

⁴⁰⁸ Cass. com., 10 déc. 2013, *SNC Lancôme Parfums et Beauté et cie c. Farque*, n° 11-19.872 : Ch. Caron, note ss. déc. préc., « Droit d'auteur - Les fragrances ne sont toujours pas des œuvres de l'esprit », *Com. comm. élec.* n° 2, fév. 2014, comm. 13 ; CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, déc. préc.

d'objectivité »⁴⁰⁹. Et d'après les juges, tant la fragrance que la saveur ne peuvent consister en une forme sensible et, partant, en une forme protégeable par un droit d'auteur. L'explication de cette solution réside dans la nature de la forme sensible : en fonction de sa nature, c'est-à-dire du mode de perception qu'elle convoque, la solution variera. Concrètement, si la forme sensible relève des sens dits mécaniques – vue, ouïe, toucher –, elle sera protégeable ; *a contrario*, la forme sensible relevant des sens dits chimiques – goût, odorat – ne sera pas protégeable.

120. La distinction implicite opérée entre les sens mécaniques et les sens chimiques. – Le point d'achoppement réside donc dans la distinction faite entre les différents sens, les différents modes de perception dont tout un chacun dispose : les sens mécaniques d'une part, les sens chimiques d'autre part⁴¹⁰. Le juge, tant national que supranational, fait reposer son raisonnement sur cette distinction, introduisant ainsi une différence de traitement entre ces deux catégories de sens : alors que la forme perceptible par les sens mécaniques serait protégeable, la forme perceptible par les sens chimiques ne le serait pas. Or, tant les fragrances que les saveurs sont des formes perceptibles exclusivement par le goût et/ou l'odorat.

121. L'absence d'identification précise et objective pour les formes perceptibles par les sens chimiques. – La raison d'une telle différence résiderait dans la difficulté d'appréhension inhérente aux formes olfactives et gustatives : toujours d'après le juge, la forme olfactive ne permettrait pas de percevoir objectivement et avec précision la forme qui prétend à la protection. Alors que les formes perceptibles par la vue et l'ouïe sont susceptibles d'une identification objective, les formes perceptibles par le goût ou l'odorat seraient nécessairement dépendantes de la subjectivité qui les définissent. Afin de tenter de comprendre cette exigence telle qu'énoncée par les juges – en l'occurrence de l'Union –, le professeur Bruguière se demande opportunément si elle ne découlerait pas, en réalité, du droit des biens. En effet, alors que les sens mécaniques, parce qu'ils induisent

⁴⁰⁹ *Ibid.*, pt. 40 ; Ch. Caron, « Droit d'auteur - Une saveur n'est pas une œuvre de l'esprit » note préc. ; T. Ghislard, obs. ss. déc. préc., « Saveur - L'identification des fragrances et des saveurs en droit de la propriété intellectuelle », *Propri. Indust.* n° 2, fév. 2019, étude 3 ; M. Vivant, « L'Europe à la recherche des frontières : insipide saveur ? », note préc. ; F. Pollaud-Dulian, note ss. déc. préc., « Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur : le goût du "Heksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice », *D.* 2018. 2464 ; J.-M. Bruguière, note ss. déc. préc., « Saveurs (et fragrances) exclues du droit d'auteur par la Cour de justice », *Propri. Intell.* n° 70, janvier 2019, p. 18 et s. Solution par la suite confirmée par CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, aff. C-683/17 ; Ch. Caron, note ss. déc. préc., « L'esthétique ne fait pas l'œuvre », *Com. com. élec.* n° 11, nov. 2019, comm. 65.

⁴¹⁰ P. Breese, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielles pour défendre les droits du créateur », *Dalloz Affaires*, n° 111, avr. 1998, p. 558. Les sens chimiques sont d'ailleurs perçus comme les « parents pauvres » des études touchant à la perception, v. en ce sens C. Bonnet, « Les sens chimiques », in *Perception et réalité – Une introduction à la psychologie des perceptions*, A. Delorme et M. Flückiger (dir.), éd. De Boeck, 2003, p. 173 ; corroboré par A. Quaedvlieg, « Droit d'auteur et parfums : le nez, l'esprit et l'industrie », art. préc., p. 27. Monsieur Edelman a également pu relever qu'à une certaine époque, la vue et l'ouïe étaient considérés comme des « sens nobles » (car faisant appel aux facultés intellectuelles) et le toucher, le goût et l'odorat comme des « sens vulgaires », B. Edelman, « Une fragrance procède d'un savoir-faire », *D.* 2006. 2470.

une idée de matérialité, de tangibilité, permettent une appréhension objective des choses⁴¹¹, les sens chimiques, reposant sur une appréhension se détachant de toute tangibilité, ne permettraient pas une appréhension objective des choses puisqu'elle dépendrait de la perception propre à chacun. Une telle explication semble recevoir une confirmation empirique, puisque, jusqu'à présent, l'ensemble des formes protégeables par le droit de la propriété intellectuelle s'entendent de formes perceptibles essentiellement par la vue ou l'ouïe⁴¹². Il en résulterait une sorte de présomption irréfragable d'imprécision pour les formes olfactives et gustatives⁴¹³.

122. Les critiques formulées. – Ce raisonnement, tenu pour l'essentiel par le juge de l'Union dans l'affaire *Levola Hengelo*, peut faire l'objet de critiques à deux égards.

D'une part, le juge conçoit que les fragrances et les saveurs sont des formes sensibles, mais des formes sensibles qui ne sont pas identifiables objectivement. Est-ce bien certain ? Si l'absence d'identification objective repose sur l'absence de tangibilité de la forme, force est de constater que les fragrances et les saveurs n'ont pas pour origine le néant. En effet, le véhicule de la fragrance, forme olfactive, est constitué par le « jus », et le véhicule de la saveur, forme gustative, est constitué par l'aliment. Il s'ensuit que le véhicule de la fragrance et le véhicule de la saveur sont tout aussi tangibles que celui d'une œuvre picturale ou d'une œuvre littéraire. Cela signifie que la fragrance et la saveur sont bien dotées d'une forme externe perceptible par sa forme sensible. La solution jurisprudentielle semble ainsi quelque peu faussée puisqu'elle s'attarde davantage sur le degré de perception que sur le mode de perception lui-même à propos des sens chimiques. En effet, si le mode de perception permet d'identifier objectivement la forme présentée, c'est le degré de perception qui met en lumière la subjectivité propre à chacun⁴¹⁴.

D'autre part, cette solution, acquise de longue date, a pu être saluée par certains auteurs⁴¹⁵ notamment parce qu'elle a le mérite de resserrer le champ d'application du droit de la propriété intellectuelle, en particulier du droit d'auteur, en excluant les fragrances et les saveurs. L'opportunité apparente de cette solution ne l'exonère pas d'une certaine incohérence⁴¹⁶ qui, au demeurant, rend caduque toute idée de filtrage de la matière. En ce sens, outre la critique formulée

⁴¹¹ J.-M. Bruguière, « Saveurs (et fragrances) exclues du droit d'auteur par la Cour de justice », note préc., pp. 20-21 ; *adde.* F. Pollaud-Dulian, « Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur : le goût du "Heksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice », note préc.

⁴¹² L'article 2§1 de la convention de Berne, en ne faisant référence qu'à des créations perceptibles par la vue ou l'ouïe, laisse effectivement penser que les créations perceptibles par tout autre sens seraient exclues de son champ d'application. C'est ce qu'a constaté l'avocat général Wathelet à l'occasion de l'affaire *Levola Hengelo*, v. en ce sens *loc. cit.*

⁴¹³ Ch. Caron, « Droit d'auteur - Les fragrances ne sont toujours pas des œuvres de l'esprit », note préc.

⁴¹⁴ A. Maffre-Baugé, « Les créations olfactives », in *L'éphémère, objet de droit*, A. Latreille et F. Petit (dir.), Mare & Martin, 2017, p. 29 et s.

⁴¹⁵ V. en ce sens B. Edelman, « Une fragrance procède d'un savoir-faire », art. préc., et F. Pollaud-Dulian, « Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur : le goût du "Heksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice », note préc.

⁴¹⁶ Une incohérence déjà dénoncée par le professeur Vivant, v. en ce sens M. Vivant, « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », art. préc., n° 2.

à propos de la forme sensible objectivement identifiable, c'est le fondement de la forme sensible lui-même qui est soumis à la critique. À ce titre, l'exemple du logiciel peut être sollicité.

123. La protection d'une forme sensible inintelligible : le cas du code objet du logiciel. –

Pour rappel, le logiciel s'entend, d'un point de vue technique, d'un code source et d'un code objet. Alors que le code source correspond à un ensemble d'instructions exprimées dans un langage compréhensible pour l'homme, en l'occurrence l'informaticien, le code objet correspond à une suite binaire, c'est-à-dire une suite de zéros et de uns, uniquement compréhensible par la machine. Autrement dit, alors que le code source est doté d'une forme non seulement sensible mais également intelligible pour l'être humain, le code objet est doté d'une forme, certes sensible – par la vue – mais inintelligible pour ce dernier. Pourtant, tant le code source que le code objet du logiciel peuvent être protégés par le droit « spécial » du droit d'auteur. C'est ce qu'il ressort des jurisprudences *BSA* et *SAS Institute* rendues par la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹⁷. Dans ces affaires, à la question de savoir si le droit d'auteur pouvait porter également sur le code objet, le juge de l'Union a répondu par la positive. Si l'on s'en tient à l'appropriation du code source, celle-ci ne pose pas de difficulté dans son principe⁴¹⁸, puisqu'il est doté d'une forme sensible qui, compréhensible par l'être humain, permet d'accéder à la forme intelligible du logiciel. En revanche, l'appropriation du code objet peut être remise en question car, même s'il est doté d'une forme sensible à travers la suite binaire, cette forme sensible ne permet pas d'accéder à la forme intelligible du logiciel puisqu'elle n'est intelligible que pour la machine, non pour l'être humain. En ce dernier cas, à moins d'une « humanisation » de la machine intelligente⁴¹⁹, la possibilité de protéger également le code objet est difficilement justifiable⁴²⁰. Est-ce la présence d'une forme sensible – la suite de zéros et de uns – qui a motivé cette décision ? Est-ce la dimension « rassurante » de l'existence d'une forme sensible qui a conduit à cette décision, peu important qu'elle soit intelligible ou non ? Le juge de l'Union, dans l'arrêt *BSA* de 2010, n'a pas eu à se poser ces questions : il s'est fondé sur l'article 10.1 de l'accord ADPIC qui prévoit explicitement que le programme d'ordinateur est protégé par le droit d'auteur, qu'il soit exprimé en code source ou en code objet⁴²¹. L'existence de cette disposition l'épargne de toute autre forme de justification, tant à l'occasion de l'affaire *BSA*

⁴¹⁷ CJUE, 3^e ch., 22 déc. 2010, *BSA*, aff. C-393/09 ; CJUE, gde. ch., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, aff. C-406/10.

⁴¹⁸ Si le principe de la protection n'est pas remis en cause, en revanche le choix de la protection peut l'être, v. *supra* n° 100 et s.

⁴¹⁹ En propriété intellectuelle, cela impliquerait de reconnaître la machine comme un auteur, ce qui n'est pas le cas. V. *infra* n° 305 et s.

⁴²⁰ V. en ce sens Ch. Caron, note ss. CJUE, 3^e ch., 22 déc. 2010, *BSA*, déc. préc., « Les interfaces graphiques des logiciels à la mode communautaire », *Comm. com. élec.* n° 5, 1^{er} mai 2011, comm. 42 : « il est toujours possible de constater une anomalie inhérente aux logiciels. En effet, le code objet est considéré comme étant une forme d'expression du logiciel, alors même qu'il ne fait que compiler le code source en langage binaire à destination de l'ordinateur. En d'autres termes, il s'agit d'une forme d'expression qui s'adresse à une chose. Pourtant, il est constant que, en droit d'auteur, la forme d'expression est celle qui est perceptible par les sens d'une personne ».

⁴²¹ CJUE, 3^e ch., 22 déc. 2010, *BSA*, déc. préc., pts. 33-35.

où la question lui a été posée pour la première fois, qu'à l'occasion de l'affaire *SAS Institute*⁴²². Il en résulte que le droit d'auteur, à tout le moins dans son champ spécifique appréhendant le logiciel, fait preuve d'une sorte de « bipolarité » en accueillant une forme, certes sensible, mais inintelligible qu'est le code objet du logiciel⁴²³ et en excluant une forme sensible et potentiellement intelligible qu'est la fragrance, ou la saveur.

124. La nécessité de réorienter le débat. – En tout état de cause, les difficultés mises en avant par le juge s'agissant de la fragrance ou de la saveur ne nous semblent pas insurmontables. En effet, aucune différence ne semble pouvoir être faite entre les sens mécaniques et les sens chimiques puisque tant les uns que les autres permettent de saisir une forme avec suffisamment de précision et d'objectivité. En revanche, la question qu'il convient de se poser est la suivante : les formes perceptibles par les sens chimiques permettent-elles d'accéder à la forme intelligible, comme le permettent les formes perceptibles par les sens mécaniques ? C'est, en réalité, ici que se situe la difficulté puisque là est l'enjeu : lorsque l'accès à la forme intelligible par le biais de la forme sensible est permis, alors la protection de l'objet est envisageable ; il restera ensuite à apprécier la ou les conditions de protection propres au droit de propriété intellectuelle sollicité, par exemple l'originalité pour le droit d'auteur.

Pour répondre à cette question, des éléments de réponse peuvent être apportés en s'intéressant à la conception d'un parfum. Ce processus, réalisé par ceux que l'on nomme les « nez », est très proche de celui de tout autre artiste : le « nez », c'est-à-dire l'auteur de la fragrance, doit réfléchir à un concept, l'interpréter et ensuite mettre en œuvre la fragrance en réfléchissant aux associations possibles pour parvenir au résultat escompté. Ce processus relève d'une activité créatrice qui s'accompagne nécessairement d'une dose de savoir-faire – comme, finalement, toute autre activité créatrice⁴²⁴. Dès lors, une fragrance peut tout à fait permettre au public qui la perçoit de reconnaître (plus ou moins bien) les différents éléments utilisés, mais aussi et surtout d'en percevoir un message qui lui évoquera certains sentiments, certaines émotions⁴²⁵ ; tout comme la contemplation d'un tableau, la lecture d'un livre ou l'écoute d'une œuvre musicale est susceptible d'évoquer pareilles

⁴²² Dans l'arrêt *SAS Institute* précité, le juge de l'Union se fonde explicitement sur la solution rendue dans l'affaire *BSA* également précitée.

⁴²³ Compte tenu de cette inintelligibilité du code objet, l'on peut comprendre la position de certains auteurs qui considèrent que la protection du logiciel revient à l'appropriation d'une forme « occulte », v. en ce sens Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », art. préc. En effet, en permettant la protection du code objet, intelligible par la seule machine, est permise la protection d'une forme inintelligible pour l'homme, et notamment pour le juge dans le cadre d'un contentieux en contrefaçon. Ainsi, même si le principe de la protection pourrait ne poser aucune difficulté, il en est autrement de sa mise en œuvre. En réalité, l'appropriation du logiciel semble révéler les limites de l'appropriation en matière de propriété intellectuelle, voire l'appropriation de manière générale.

⁴²⁴ A. Quaedvlieg, « Droit d'auteur et parfums : le nez, l'esprit et l'industrie », art. préc., pp. 15-17. L'auteur précise également qu'il ne faut pas confondre le « jus », c'est-à-dire le support de la fragrance, qui dépend du savoir-faire du nez, et la forme olfactive qui peut tout à fait constituer une expression personnelle du nez, c'est-à-dire de l'auteur, *ibid.*, p. 23.

⁴²⁵ O. Lalignant, « Des œuvres aux marchés du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *R.R.J.* 1992/1, p. 101 et s., spéc. n° 10 ; *contra.* F. Pollaud-Dulian, « Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur : le goût du "Heksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice », note préc.

sensations. Il convient de préciser que l'analyse proposée ne se heurte pas au caractère évanescent de la forme olfactive ou gustative qui n'est pas réhabilitaire quant à son identification précise et objective ; le caractère éphémère de la création n'a, en effet, jamais été un obstacle à sa protection.

125. La difficulté de la perceptibilité surmontée pour l'art conceptuel. – La difficulté fut, en revanche, plus prégnante lorsque la question de la protection des œuvres d'art conceptuel se posa. En s'évertuant à rechercher son caractère protégeable dans sa perceptibilité aux sens, le juge a quelque peu perdu de vue le véritable objet de la protection consistant dans l'intelligibilité de la création. Il est donc compréhensible que la décision des hauts juges n'ait pas convaincu une partie de la doctrine⁴²⁶. Cela ne signifie pas que la tâche aurait été plus aisée. En effet, la recherche de la forme intelligible passant par la forme sensible, les œuvres d'art conceptuel, art *conceptuel* oblige, demandent probablement plus de « *recherche* », d'analyse de la part de l'amateur⁴²⁷. Or, si la forme sensible est difficilement perceptible, l'accès à la forme intelligible n'en sera que plus ardu. Néanmoins, cet obstacle n'a pas empêché le juge d'accueillir ces œuvres contemporaines dans l'aura du droit d'auteur⁴²⁸.

Appréhender l'objet de propriété intellectuelle positivement par le critère de la forme est porteur de certains résultats. Il permet de rationaliser les différents objets de propriété intellectuelle, voire de les réunir substantiellement à travers la forme intelligible qu'ils recèlent. L'appréhension négative de l'objet de propriété intellectuelle doit désormais être envisagée pour parachever l'analyse du critère de la forme comme critère de définition transversal.

Section 3. L'appréhension négative de l'objet de la protection par la forme

126. L'identification des formes non protégeables. – En parvenant à situer l'objet transversal de propriété intellectuelle au sein de la forme intelligible, des exclusions en ressortent de manière assez évidente. En effet, la forme intelligible a l'avantage de permettre de ventiler entre la forme protégeable – qui réside dans la forme intelligible – et les formes non protégeables. Subséquemment, elle permet d'avoir une vision plus synthétique des exclusions posées de manière diverse et éparse par les droits de propriété intellectuelle. En reprenant les différents niveaux de formes susmentionnés, l'objet de propriété intellectuelle protégeable réside donc dans la forme dite « *intelligible* », dont l'accès est permis par le biais de la forme sensible. La forme dite « *externe* », c'est-à-dire celle qui est extérieure et qui permet notamment l'exploitation commerciale de l'objet, est appropriée par le droit de propriété « *corporelle* » de l'article 544 du Code civil. Par déduction, il est des formes qui, bien qu'elles existent, demeurent hors du champ de protection de la propriété

⁴²⁶ V. par exemple M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 296 ou encore A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 61.

⁴²⁷ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », art. préc., p. 207.

⁴²⁸ En ce sens, Madame Ickowicz note que les juges, pour accueillir ces œuvres contemporaines, « *consentent à repousser les limites de la forme, tout en restant attachés à cette exigence de perception* », J. Ickowicz, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, *op. cit.*, p. 270.

intellectuelle. Il s'agit, en premier lieu, de la forme interne que l'on pourrait également qualifier de forme abstraite (§1) et, en second lieu, des formes dites naturelles (§2).

127. Les formes non protégées écartées de l'étude. – Outre ces formes, il est possible d'identifier d'autres catégories de formes faisant l'objet d'une exclusion du champ de la propriété intellectuelle. Tel est le cas des formes illicites. Les formes dites « *illicites* » sont celles qui sont, en réalité, visées par la prohibition de certains objets considérés contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si l'on peut constater que ce fondement est relativement transversal⁴²⁹, il s'avère que cette exclusion ne vise pas des objets qui ne seraient pas « *dignes* » d'être protégés par un droit de propriété intellectuelle. Ces objets correspondent aux exigences posées par le ou les droits de propriété intellectuelle qui les approprient ; c'est leur contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs qui les empêchent d'être protégés. Même si cette exclusion participe à la détermination plus globale d'un champ d'inappropriabilité, elle ne permet pas de comprendre de manière transversale ce que n'est pas l'objet de propriété intellectuelle⁴³⁰.

§1. L'exclusion des formes abstraites

128. Une pluralité de formes abstraites exclues. – Au sein des diverses exclusions propres à chaque droit de propriété intellectuelle, celle des choses dites « *abstraites* » ressort de manière transversale. Les choses abstraites visent les idées, les concepts, les principes, mais également les informations, les données, les méthodes, etc. Cette liste, purement exemplative, rassemble ce qui semble relever des concepts d'idées et d'informations mais ne répond pas à un effort de systématisation. Ainsi, du point de vue terminologique, l'exclusion des objets abstraits dépasse la seule exclusion des idées et/ou des informations.

Cette exclusion peut-elle d'ailleurs s'affranchir des éventuelles différences conceptuelles entre les idées et les informations ? Du point de vue sémantique, il semble que les deux notions relèvent d'univers assez différents. L'idée désigne « *une représentation abstraite d'un être, d'un objet, d'un rapport, etc. élaborée par la pensée* ». En philosophie, l'idée est « *l'essence intelligible des choses sensibles, modèle parfait et éternel dont elles ne sont que les apparences changeantes et multiples* », ou encore « *un principe universel du devenir, qui engendre, par développement dialectique, la Nature et l'Esprit* »⁴³¹. Dans le langage courant, une idée peut renvoyer à un « *aperçu sommaire* », par exemple lorsque l'on se fait une *idée* d'une personne, d'un sujet, etc.⁴³². Historiquement⁴³³, le sens que l'on donne à l'idée n'a que très peu évolué.

⁴²⁹ Il faut toutefois noter que le droit d'auteur est relativement hostile à la prise en compte de ce paramètre, compte tenu de la règle d'indifférence du genre de l'œuvre qui atténue fortement son application. En ce sens, v. par exemple J.-M. Bruguère, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *GAPI, op. cit.*, p. 70 et s., spéc. p. 73 et s.

⁴³⁰ M. Vivant, « Ordre public et propriété intellectuelle », in *Mél. J. Foyer*, PUF, 1997, n° 18 : la notion d'ordre public est « *tributaire non pas de l'air du temps mais des choix de l'heure* », et ces choix « *n'ont pas la même raison d'être selon que la propriété intellectuelle considérée s'applique à tel ou tel objet* ».

⁴³¹ Pour l'ensemble de ces définitions, v. Larousse, *Dictionnaire érudit de la langue française*, 2009.

⁴³² *Loc. cit.*

⁴³³ V. en ce sens A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

Désignée par Platon comme « *forme idéale concevable par la pensée* »⁴³⁴, l'usage de ce mot s'est multiplié sans que son sens n'en soit altéré : fin XVI^e, l'idée désigne « *l'image de quelque chose, de quelqu'un telle que l'esprit la forme par l'imagination, ou la conserve dans le souvenir* », rejoignant bientôt les mots « *concept* » ou encore « *notion* ». L'information désigne quant à elle une indication, un renseignement ou une précision que l'on donne ou que l'on obtient sur quelqu'un ou quelque chose. En matière de presse et plus largement de médias de communication, une information désigne tout événement, tout fait, tout jugement porté à la connaissance d'un public plus ou moins large, sous forme d'images, de textes, de discours, de sons⁴³⁵.

129. Idée et information : les opposés s'attirent. – À travers ces deux définitions sommaires⁴³⁶, nous comprenons que, alors que l'idée relève de l'abstrait, l'information suggère une communicabilité qui elle-même suggère une certaine précision, une certaine exactitude, et donc une certaine concrétisation. En d'autres termes, pour pouvoir exister et être communiquée, l'information doit nécessairement être concrète et précise.

À la lumière de ces éléments de définition, sommes-nous face à une différence de nature ou à une différence de degré ? Au regard de la théorie de la forme telle que développée par le professeur Gaudrat et reprise en amont⁴³⁷, il apparaît que l'idée et l'information ont en commun d'être des « *formes* » ; ce qui les différencie est leur niveau de concrétisation. Alors que l'idée est assimilable à la forme interne, c'est-à-dire à la forme imaginative, l'information apparaît comme une forme externe, car suffisamment concrète pour pouvoir être communiquée (que ce soit avec des mots et/ou des images). Par ailleurs, de l'idée à l'information, il ne semble y avoir qu'un pas : en effet, « *une idée, dès lors qu'elle est extériorisée, peut s'apparenter à une information pour celui qui la reçoit* »⁴³⁸. Enfin, elles partagent la raison de leur exclusion de la propriété intellectuelle : une idée, une information, mais aussi un concept ou encore une théorie échappent à la protection privative « *parce que ce qu'elles expriment ne sont que les caractéristiques utiles de la réalité objective* »⁴³⁹.

Ainsi, même si la littérature juridique regorge d'écrits portants soit sur l'une, soit sur l'autre, il est tout à fait possible, dans le cadre de cette étude, de les envisager conjointement ; cela n'aura aucune incidence sur le résultat de l'analyse. À ce titre, si les manifestations de l'exclusion des formes abstraites sont réelles (A), elles connaissent certaines nuances (B).

⁴³⁴ L'utilisation du terme « *forme* » par Platon atteste l'observation faite par Monsieur Portron dans sa thèse, d'après lequel les termes « *idée* » et « *forme* » reposent en réalité sur une confusion lexicale prenant racine dans le grec ancien qui s'est ensuite « *diffusée dans la langue française par l'intermédiaire du latin* », A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français*, op. cit., n° 165 et s.

⁴³⁵ *Dictionnaire Larousse*, v. « *Information* », sens 3.

⁴³⁶ Ces définitions font en effet l'impasse sur une littérature très riche, notamment s'agissant de la notion d'information. À ce sujet, les lectures incontournables en droit sont, sans doute, P. Catala, « *Ébauche d'une théorie juridique de l'information* », in *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, p. 224 et s., J.-Ch. Galloux, « *Ébauche d'une définition juridique de l'information* », *D.* 1994. 229, ou encore E. Daragon, « *Étude sur le statut juridique de l'information* », *D.* 1998. 63.

⁴³⁷ V. *supra* n° 107 et s., spéc. n° 113.

⁴³⁸ V.-L. Benabou, « *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle* », art. préc.

⁴³⁹ Ph. Gaudrat, « *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit* », art. préc., p. 214.

A. Les manifestations de l'exclusion des formes abstraites

130. Démonstration et justification de l'exclusion. – L'exclusion des formes abstraites a acquis une envergure transversale, tant dans sa démonstration (1) que dans sa justification (2).

1. Le constat de l'exclusion

131. La démonstration du caractère commun de l'exclusion. – L'exclusion des choses relevant de l'abstraction revêt un caractère général, commun à l'ensemble de la propriété intellectuelle. Cependant, la généralité de la règle d'exclusion n'est pas un donné et requiert d'être révélée en tenant compte des éventuels particularismes propres à certains droits de propriété intellectuelle. En effet, étant donné le défaut d'unité substantielle de la matière, cette règle d'exclusion s'est étendue progressivement à chacun de ces droits. Le point de départ a été donné par le droit d'auteur en instituant un principe d'exclusion des idées ; exclusion qui, comme nous allons le voir, ne s'arrête pas aux seules idées.

132. Genèse de la règle en droit d'auteur : « les idées sont de libre parcours ». – Historiquement, la matière qui voit apparaître l'exclusion des idées de toute protection privative est le droit d'auteur. L'une des premières références que l'on peut constater remonte au XVIII^e siècle, au moment de la querelle entre libraires parisiens et provinciaux, mais également dans l'ouvrage de Condorcet intitulé *Fragments sur la liberté de la presse* de 1776⁴⁴⁰. C'est pourtant sous la plume de Pouillet que l'exclusion est théorisée⁴⁴¹. Par la suite, la règle est popularisée par Desbois à travers la maxime « les idées sont de libre parcours »⁴⁴². Bien que l'apparition de cette maxime semble être relativement contemporaine, Pouillet faisait remarquer dans son traité que le juge s'était déjà saisi de cette exclusion⁴⁴³ qui l'avait appliqué dans sa jurisprudence, faisant de cette exclusion une véritable règle dotée de normativité. Elle continue d'être appliquée aujourd'hui lorsque le cas d'espèce l'exige⁴⁴⁴ et est expressément consacrée en droit d'auteur international⁴⁴⁵.

Outre ces considérations, il convient également de préciser l'étendue de cette exclusion. En ce sens, le principe d'exclusion des idées sert de fondement pour exclure les idées *proprio motu*, mais aussi

⁴⁴⁰ M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., v. « idée ».

⁴⁴¹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 3^e éd., 1908, p. 45.

⁴⁴² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, p. 22 et s.

⁴⁴³ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, op. cit., p. 44 et p. 46, citant respectivement un jugement du Tribunal de Besançon du 10 mars 1886 et un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 13 oct. 1857.

⁴⁴⁴ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 15-28.352, confirmant l'application par les juges d'appel de la règle d'exclusion des idées en droit d'auteur : J. Larrieu, comm. ss. déc. préc., « Du parasite dans le son et lumière », *Propri. Indust.* n° 6, juin 2018, comm. 42 ; Ph. Mouron, obs. ss. déc. préc., « Le concept de la cathédrale d'images au regard du droit d'auteur », *Dalloz IP/IT*, 2018. 425.

⁴⁴⁵ Accord sur les ADPIC, reproduit à l'annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC du 15 avr. 1994, art. 9-2 : « la protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ».

les concepts, les thèmes, les genres⁴⁴⁶, etc., autrement dit, tout ce qui relève de *l'abstraction*. En somme, l'exclusion des idées s'entend dans un sens large, c'est-à-dire en termes d'abstraction⁴⁴⁷.

133. L'exclusion des choses abstraites en droit des brevets. – Par la suite, la règle d'exclusion des idées a également été appliquée au droit des brevets. Certains auteurs s'accordent en effet pour dire que la règle d'exclusion des idées, d'abord propre au droit d'auteur, a été transposée au droit des brevets par le truchement de la jurisprudence⁴⁴⁸. La règle d'exclusion des idées a ainsi, semble-t-il, été transposée pour la première fois en droit des brevets en 1954, à l'occasion de l'affaire dite de la *toile d'amiante*⁴⁴⁹, à l'issue de laquelle le juge a estimé que l'idée d'améliorer l'acoustique d'une salle grâce à des panneaux en toile d'amiante constituait une indication trop générale ne pouvant donner prise à un brevet⁴⁵⁰. Elle n'a, ensuite, pas cessé d'être appliquée par la jurisprudence, par exemple à propos de revendications associées à une demande de brevet, jugées trop larges et vagues et ne dévoilant dès lors qu'un concept⁴⁵¹. Très récemment, il a également été jugé que même si l'invention prétendant à la protection recèle une « *idée innovante* », il n'est pas suffisant d'invoquer cette circonstance pour prouver le caractère brevetable de ladite invention⁴⁵². Cette application par analogie de la règle d'exclusion « *générale* » des idées en droit des brevets permet également d'englober les exclusions légales plus spécifiques des principes, méthodes, et autres théories⁴⁵³.

134. L'exclusion des choses abstraites au sein du droit sur les topographies de semi-conducteurs. – En marge du droit des brevets, l'exclusion semble également valoir pour les topographies de semi-conducteur. En effet, ce régime de protection, institué au niveau communautaire par une directive du 16 décembre 1986⁴⁵⁴, prévoit expressément en son article 8 que « *la protection accordée à la topographie d'un produit semi-conducteur conformément à l'article 2 ne s'applique qu'à la topographie proprement dite, à l'exclusion de tout concept, procédé, système, technique ou information codée incorporés dans cette topographie* ». Le texte est limpide : à travers l'exclusion des concepts, procédés, sont également exclues les idées, en somme toute forme abstraite. Le droit français est moins clair, l'article L. 622-1, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle disposant que « *la topographie finale*

⁴⁴⁶ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 56 et n° 148 à propos, respectivement, d'un « *genre de créations* » et d'un genre musical.

⁴⁴⁷ A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 241.

⁴⁴⁸ V. par exemple J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 227.

⁴⁴⁹ Cass. com., 31 mars 1954, *SA Française du Ferodo c. Marc*, *Ann. propr. ind.* 1954. 266 : M. Clément-Fontaine, « L'exclusion des idées », *in GAPI*, *op. cit.*, p. 57 et s.

⁴⁵⁰ J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 3^e éd., 2018, n° 34.

⁴⁵¹ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 25 nov. 2008, cité par J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 227.

⁴⁵² CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 1^{er} juil. 2022, n° 21/01976, confirmant TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 18 déc. 2020, n° 18/08302.

⁴⁵³ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 225 ; *adde.* F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, 2^e éd., 2022, n° 177 : la raison de leur exclusion est que les principes, méthodes et autres théories relèvent de la science et non de l'industrie car ces éléments sont des éléments de connaissance pure, des conceptions abstraites, dépourvus de caractère technique et insusceptibles de produire un résultat matériel.

⁴⁵⁴ Directive n° 87/54/CEE du 16 déc. 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs, JOCE n° L 24 du 27 janv. 1987.

ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur traduisant un effort intellectuel du créateur peut, à moins qu'elle ne soit courante, faire l'objet d'un dépôt conférant la protection prévue par le présent chapitre ». Il en résulte que la topographie dite « courante » ne peut intégrer le champ de la protection. Cette expression ne fournit pas véritablement d'indications sur la teneur de ladite règle ; l'on peut seulement être (presque) sûr qu'une « topographie parfaitement banale sera "courante" »⁴⁵⁵. Face à cette lacune législative, il conviendra nécessairement au juge d'interpréter la loi afin de la combler. Or, la directive prise au niveau européen étant manifestement plus complète que la loi française qui l'a transposée⁴⁵⁶, il convient alors de se reporter à son contenu, le juge national devant interpréter la loi française à la lumière de la législation européenne.

135. L'exclusion des choses abstraites en droit des marques. – La règle d'exclusion continue de faire son chemin en propriété industrielle. S'agissant du droit des marques, l'exclusion des choses abstraites ne ressort pas de la loi mais davantage de la jurisprudence ; plus exactement, c'est grâce à la « discrétion » de la loi que le juge, en l'occurrence communautaire, a pu en déduire que cette règle d'exclusion s'appliquait aussi au sein de ce droit. L'arrêt de référence est l'arrêt *Dyson* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) en 2007⁴⁵⁷. Dans cette affaire, l'entreprise Dyson, connue notamment pour ses aspirateurs, a formé une demande d'enregistrement devant l'Office anglais des marques consistant en l'enregistrement d'un signe constitué du compartiment de collecte transparent fixé à l'aspirateur. Or, dans la demande, la représentation du signe n'avait qu'un but illustratif, précision fournie par le demandeur lui-même, celui-ci n'ayant pas l'intention de limiter son monopole à un compartiment de collecte spécifique. Le litige ayant été porté devant le juge anglais, celui-ci a saisi le juge du Luxembourg dans le cadre d'une question préjudicielle. Avant toute réponse à la question préjudicielle posée, portant entre autres sur la preuve du caractère distinctif⁴⁵⁸, la Cour de justice s'est intéressée à l'existence du signe en lui-même. À cet égard, et en se fondant sur l'article 2 de la directive n°89/104/CEE⁴⁵⁹, la Cour estime que le demandeur, en revendiquant « toutes les formes imaginables d'un boîtier collecteur transparent faisant partie de la surface externe d'un aspirateur »⁴⁶⁰, revendique en réalité un concept abstrait⁴⁶¹. Or, un concept ou un genre ne pouvant s'analyser en un signe valable, la demande formulée par l'entreprise Dyson en l'espèce ne

⁴⁵⁵ M. Vivant (dir.), « Conditions de fond de la protection : une exigence », *Lamy droit du numérique*, LexisNexis, maj avr. 2022, n° 328.

⁴⁵⁶ M. Vivant (dir.), « L'esprit et l'objet de la protection », *Lamy droit du numérique*, *op. cit.*, n° 324.

⁴⁵⁷ CJCE, 3^e ch., 25 janv. 2007, *Dyson Ltd c. Registrar of Trade Marks*, aff. C-321/03.

⁴⁵⁸ Cette réponse n'a d'ailleurs pas été donnée compte tenu de la solution à laquelle la Cour aboutit, A. Folliard-Monguiral, comm. ss. CJCE, 3^e ch., 25 janv. 2007, *Dyson Ltd c. Registrar of Trade Marks*, aff. C-321/03, « CJCE, arrêt Dyson ou les concepts dans le sac », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2007, comm. 21, n° 1.

⁴⁵⁹ Directive n° 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

⁴⁶⁰ CJCE, 3^e ch., 25 janv. 2007, *Dyson Ltd c. Registrar of Trade Marks*, déc. préc., pts. 19-21.

⁴⁶¹ *Ibid.*, pts. 19-20 ; A. Folliard-Monguiral, « CJCE, arrêt Dyson ou les concepts dans le sac », comm. préc., n° 2 ; dans le même sens, S. Dusollier, « Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », in *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, C. Geiger (dir.), Edward Elgar Publishing, 2012, p. 12.

peut aboutir⁴⁶². En d'autres termes, la Cour de justice, dans cet arrêt, déduit l'exclusion des idées en droit des marques de la loi, plus précisément de la « *discretion* » de la loi sur ce point, en l'occurrence l'article 2 de la directive 89/104/CEE applicable au moment du litige. Depuis cette affaire, des changements législatifs sont intervenus, et l'adoption du « *paquet marques* »⁴⁶³ est venu remplacer la directive 89/104/CEE applicable à l'époque. C'est ainsi que l'ancien article 2 de ladite directive a vu sa rédaction être modifiée par le nouvel article 3 de la directive 2015/2436, ce dernier ayant modifié la rédaction de l'article L. 711-1 de notre Code de la propriété intellectuelle. En substance, la différence essentielle entre les deux rédactions réside dans la suppression de l'exigence de représentation graphique. Or, ce changement de législation n'exerce aucune influence sur la jurisprudence *Dyson*.

136. L'exclusion des choses abstraites en droit des dessins et modèles. – La règle d'exclusion touche tout autant le droit des dessins et modèles. Comme pour le droit des marques, si l'exclusion des choses abstraites ne découle pas explicitement de la loi, elle peut néanmoins en être déduite. En effet, en prévoyant que « *peut être protégée à titre de dessin ou modèle l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux* »⁴⁶⁴, la loi, en réalité, exclut du champ de la protection les choses dénuées d'une telle apparence ; tel est le cas des formes abstraites. Pour s'en convaincre, le juge, notamment de l'Union, n'hésite plus à se fonder sur cette exigence pour déclarer et rappeler que, de cette exigence d'apparence du produit, découle une exclusion pure et simple des idées. Tel est le cas de l'affaire *Erich Kastenberg* de 2013 dans laquelle le tribunal de l'Union a déclaré que *le droit des dessins ou modèles protège l'apparence d'un produit ou d'une partie d'un produit, mais pas expressément les idées ayant prévalu lors de sa conception* »⁴⁶⁵. La doctrine, se fondant également sur cette exigence d'apparence, est unanime pour en déduire que les idées et, plus largement, toute abstraction doit demeurer exclue de la protection conférée par le droit des dessins et modèles⁴⁶⁶. En somme, l'exclusion des idées apparaît comme le corollaire de l'exigence d'apparence du produit.

Même si ce principe d'exclusion suscite un certain consensus, il est nécessaire de mettre en lumière les raisons de son existence.

⁴⁶² G. Bonet, J. Sabbah, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Synthèse – Marques. Signes protégeables », LexisNexis, 14 juin 2021, n° 9.

⁴⁶³ Ce « *paquet marques* » comprend le règlement (UE) 2015/2424 du 16 décembre 2015 relatif à la marque de l'Union européenne et la directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

⁴⁶⁴ CPI, art. L. 511-1, al. 1^{er}.

⁴⁶⁵ Trib. UE, 6^e ch., 6 juin 2013, *Erich Kastenberg c. OHMI et Qwatchme A/S*, aff. T-68/11, pt. 72 : L. Marino, comm. ss. déc. préc., « Le caractère individuel chevauche la nouveauté », *Propr. Indust.* n° 9, sept. 2013, comm. 61 ; F. Greffe, P. Greffe, *Traité des dessins et des modèles*, LexisNexis, 10^e éd., 2019, n° 48.

⁴⁶⁶ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 682 : « *ne sont pas protégeables les idées de dessin ou modèle, ni les styles ou les genres* » ; *adde.* J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1321 ; S. Dusollier, « Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », art. préc., p. 11.

2. Les justifications de l'exclusion

137. Les raisons de l'exclusion. – Si la règle d'exclusion des formes abstraites a véritablement acquis une envergure transversale, il semble opportun d'en saisir les raisons. Celles-ci ont déjà été partiellement envisagées, et elles sont susceptibles d'être complétées par d'autres considérations. À ce titre, trois justifications peuvent être avancées : une justification socio-culturelle, une justification économique et une justification pragmatique.

Du point de vue socio-culturel, si le « *libre parcours* » des idées, des concepts, des informations, des genres, des principes, etc., est affirmé et garanti, c'est en premier lieu pour garantir une circulation sans entrave du savoir et de la connaissance. Il est en effet impérieux que tout ce qui participe à l'enrichissement intellectuel reste en dehors de toute emprise privative, de tout courant appropriationniste.

Du point de vue économique, ces éléments doivent pouvoir librement circuler, afin de garantir la libre concurrence entre les opérateurs économiques. En effet, c'est grâce à la circulation des idées, des informations que la concurrence est stimulée et que l'innovation est encouragée. Il existe bien évidemment des limites à cette libre concurrence qui peuvent se déclencher lorsque les conditions de concurrence apparaissent déloyales (dans le cadre du droit commun, ou « *petit* » droit de la concurrence) ou encore abusives (dans le cadre du « *grand* » droit de la concurrence).

Enfin, d'un point de vue pragmatique, il n'apparaît pas opportun d'octroyer une protection à ces éléments compte tenu de l'étendue de la protection qui serait alors conférée. En effet, dans la mesure où les choses abstraites ne sont pas saisissables dans leurs contours, accorder une protection privative sur ces objets serait synonyme d'un trop grand pouvoir entre les mains d'une ou de quelques personnes. Cette justification trouve une résonance à l'aune des justifications précédentes : protéger les formes abstraites aurait nécessairement des conséquences néfastes, tant d'un point de vue sociétal que d'un point de vue économique.

Ainsi, si l'exclusion des formes abstraites du champ de la propriété intellectuelle est manifeste, il ne faut pas occulter les nuances à leur exclusion au sein de certains droits de propriété intellectuelle.

B. Les résistances à l'exclusion des formes abstraites

138. La fragilité évaluée de l'exclusion des formes abstraites. – Si l'exclusion des choses abstraites dispose d'un ancrage solide en propriété intellectuelle, cet ancrage est également le fruit de diverses remises en cause du principe même de l'exclusion. Il a en effet été proposé à plusieurs reprises, que ce soit par le législateur ou par la doctrine, de couvrir les formes abstraites d'une protection spécifique à raison de leur valeur économique, telles que les créations réservées⁴⁶⁷. Si ces propositions n'ont pas été suivies d'effet, la mise en place de certaines protections effectives, en revanche, peut faire douter de la vigueur des règles d'exclusion des formes abstraites et,

⁴⁶⁷ Ch. Le Stanc, « 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 », art. préc.

subséquemment, obscurcir les frontières du droit de la propriété intellectuelle. En ce sens, certaines nuances à l'exclusion des formes abstraites heurtent frontalement la matière (1), tandis que d'autres la heurtent plus subtilement (2).

1. Les résistances directes à l'exclusion des formes abstraites

139. Le maintien de la règle d'exclusion des idées et des informations. – La présence de certaines protections au sein des droits de propriété intellectuelle peut être perçue comme une nuance à l'exclusion des idées et des informations et participer à la porosité des frontières de la propriété intellectuelle. En droit d'auteur, l'avènement de l'art conceptuel a suscité de sérieuses difficultés en termes d'appropriation puisque l'art conceptuel privilégie l'idée sur la forme. En droit des brevets, l'appropriation des méthodes commerciales questionne également l'exclusion des idées et des informations compte tenu de leur caractère abstrait. Au sein du droit des signes distinctifs, la présence des indications géographiques est régulièrement décriée en ce qu'elle porterait sur un certain type d'information, en l'occurrence une information de nature géographique.

Même si l'interrogation que suscitent ces protections est légitime, il apparaît que le risque d'appropriation d'une idée ou d'une information peut être nuancé. En effet, l'accueil des œuvres d'art conceptuel en droit d'auteur ne remet pas fondamentalement en cause la règle d'exclusion (a), les méthodes commerciales, malgré leur relation équivoque avec le droit des brevets, demeurent hors du champ de brevetabilité (b), et la protection d'une information de nature géographique par le droit portant sur les indications géographiques ne s'entend pas nécessairement d'une appropriation (c).

a. La protection de l'art conceptuel en droit d'auteur

140. L'appréhension de l'art conceptuel. – Le premier mouvement de remise en cause de la règle de non-protection des idées est initié par le développement de l'art dit « *conceptuel* ». L'art conceptuel se définit comme un « *art privilégiant l'idée* »⁴⁶⁸. En effet, il repose sur « *l'affirmation de la primauté de l'idée sur la réalisation* »⁴⁶⁹. L'on comprend dès lors dans quelle mesure cette nouvelle forme d'art pouvait bousculer l'acquis, c'est-à-dire cette dichotomie entre l'idée et la forme. Et l'occasion n'a pas été manquée, les affaires les plus célèbres en la matière ayant suscité la discussion, tant parmi les juges que parmi la doctrine⁴⁷⁰, la difficulté se situant au niveau de la mise en application de ce principe. En matière d'art conceptuel qui, comme sa formulation l'indique, fait primer l'idée sur la forme, comment faire la part entre une idée et une forme afin de laisser de côté l'idée pour n'approprier que la forme ?

⁴⁶⁸ *Dictionnaires Le Robert*, v. « art conceptuel ».

⁴⁶⁹ Centre Pompidou, dossier « Art conceptuel », accessible sur <https://mediation.centrepompidou.fr/education/ressources/ENS-ArtConcept/ENS-ArtConcept.htm> (consulté le 11/11/2024).

⁴⁷⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 61.

141. L'affaire *Paradis* : idée versus forme. – La première affaire ayant fait le plus couler d'encre est l'affaire *Paradis* : la création du même nom de Jakob Gautel, artiste contemporain, consistait en l'inscription du mot « *Paradis* », en lettres d'or au-dessus de la porte des toilettes d'un ancien dortoir de l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard. Par la suite, cette création fût l'objet d'une série de photographies par la photographe Bettina Rheims. Plus précisément, il s'agissait de deux photographies mettant en scène Ève, en référence au personnage biblique féminin, sous l'inscription « *Paradis* », cette série de photographies étant intitulée « *La Nouvelle Ève* ». L'artiste Gautel reprochant à la photographe des actes de contrefaçon, sa demande ne pouvait être accueillie que si était reconnue, au préalable, une protection par un droit d'auteur. Au terme d'une véritable saga jurisprudentielle, les Hauts juges ont admis la protection par un droit d'auteur, retenant que « *l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ; que de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale* »⁴⁷¹. La méthode retenue par la Cour fut saluée par une partie de la doctrine, préférant se référer à une exigence de réalisation plutôt qu'à l'exigence « *classique* » de forme⁴⁷², lui permettant ainsi de préserver – à tout le moins en apparence – la règle d'exclusion des idées.

142. L'affaire du *Pont Neuf* : l'idée demeure hors appropriation. – La seconde affaire qui finit, selon nous, d'asseoir l'autorité de cette règle d'exclusion est l'affaire du *Pont Neuf*, monument ayant été emballé par l'artiste Christo. Dans une première affaire, sa création s'est vue reconnaître la qualité d'œuvre et a donc été protégée par un droit d'auteur contre un photographe qui l'avait photographiée sans son autorisation. En revanche, dans une affaire ultérieure où il était reproché à un individu d'avoir emballé des arbres, les juges ont dénié toute protection⁴⁷³, rappelant que ce n'est pas son idée d'emballer un monument qui est protégée⁴⁷⁴, mais sa création telle qu'il l'a formalisée, c'est-à-dire en emballant un monument précis, avec des matériaux particuliers, etc.

143. Brève rétrospective sur l'art conceptuel en droit d'auteur. – Il est évident que l'art conceptuel a éprouvé le droit d'auteur dans ses principes, en les amenant à se « *travestir* » pour intégrer cette forme d'art dans le champ du droit d'auteur⁴⁷⁵. Il semble ainsi que la « *fracture entre le*

⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, n° 06-19.021 : M. Clément-Fontaine, « L'exclusion des idées », art. préc., p. 58 et s.

⁴⁷² E. Treppoz, « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *D.* 2009. 266.

⁴⁷³ V. en ce sens J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles, op. cit.*, n° 33, qui retrace successivement ces deux affaires.

⁴⁷⁴ L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n° 87.

⁴⁷⁵ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 296, estimant ainsi à propos de la notion d'originalité qu'« *on la trouvera parce qu'il faut la trouver* » ; M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre. Des mythologies aux mythes informatiques », *D.* 2010. 776, n° 17, parlant « *d'un forçage ou d'une réécriture radicale parce que l'on veut que la création soit protégée* ».

droit d'auteur et le monde de l'art »⁴⁷⁶ soit consommée, surtout si l'on considère, comme ce fut le cas pour le logiciel ou l'annuaire, « qu'économiquement il [paraît] insatisfaisant de ne pas [leur] apporter l'appui du droit »⁴⁷⁷. Or, les affaires précédemment exposées ont montré qu'il est quand même possible de protéger des œuvres d'art contemporain, « en utilisant les principes les plus classiques du droit d'auteur »⁴⁷⁸, attestant de ce fait une certaine capacité d'adaptation face aux nouvelles formes d'art. Ainsi, la « fracture » telle qu'elle vient d'être présentée doit être relativisée puisqu'en réalité, il n'appartient pas à l'artiste de qualifier juridiquement ce qu'il (pense avoir) créé. Précisément, rien n'empêche l'artiste de qualifier sa création d'œuvre, d'œuvre d'art⁴⁷⁹, pour des raisons qui ne regardent que lui et son imaginaire ; mais quoi qu'il arrive, cette qualification ne liera pas le juge qui, lui seul, et à partir de motifs les plus neutres possibles, pourra dire si la création en cause est une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. L'appréciation se fera donc nécessairement au cas par cas⁴⁸⁰, sans glisser sur le débat purement artistique de ce qu'est une œuvre d'art⁴⁸¹.

144. L'art de l'invisible : l'ultime défi ? – Mais qu'en est-t-il d'une forme d'art toute récente⁴⁸², l'art dit « invisible », reposant sur le pur imaginaire de l'artiste ? C'est dans le courant de l'été 2021 que cette problématique a été posée. Salvatore Garau, artiste italien ayant fait ses armes à l'Académie des Beaux-Arts de Florence, expose et vend une statue invisible, inexistante, intitulée « Io Sono », pour la modique somme de 14 820 euros. L'artiste Tom Miller, ayant lui aussi par le passé « créé » une statue invisible intitulée « Nothing », accuse Garau de plagiat et le somme de le gratifier, sous peine d'engager des poursuites⁴⁸³. La boîte de Pandore semble ainsi avoir été ouverte, mettant à nouveau le droit d'auteur dans l'embarras : « un droit d'auteur peut-il exister lorsqu'il n'a pas d'objet ? La sculpture dont il s'agissait était-elle une "œuvre" ? Et "originale" ? »⁴⁸⁴. En tout état de cause, ces interrogations, pour légitimes qu'elles soient, ne devraient pas causer autant de dégâts que prévu, les artistes ayant visiblement « conscience » que, selon l'art qu'ils pratiquent, ceux-ci devront alors forcément renoncer à une protection privative, puisqu'elle est en totale contradiction avec la libre circulation des idées et de tout ce qui s'y rapporte, à savoir le vide, l'invisible ou encore le silence⁴⁸⁵. En dehors de l'art conceptuel, l'hypothèse des méthodes commerciales réinterrogent également l'exclusion des formes abstraites.

⁴⁷⁶ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 56.

⁴⁷⁷ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 296.

⁴⁷⁸ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 154.

⁴⁷⁹ V. en ce sens B. Edelman, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *D.* 2000. 98, n° 2, qui retrace le litige entre Duchamp et Pinoncelly qui, en urinant et en cassant l'urinoir, voulait « achever l'œuvre de Duchamp » par ce « geste créateur ».

⁴⁸⁰ C'est ainsi que certains monochromes par exemple ne seront « pas forcément protégés par le droit d'auteur, faute d'originalité », v. en ce sens Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 154.

⁴⁸¹ M. Clément-Fontaine, « L'exclusion des idées », art. préc., p. 62.

⁴⁸² En réalité, elle a été initiée par Yves Klein à la fin des années 1950.

⁴⁸³ L. Dulieu, « Plagiat d'œuvre invisible : une œuvre inexistante est-elle protégée ? », *France Culture*, 11 juil. 2021, accessible sur <https://www.radiofrance.fr/franceculture/plagiat-d-oeuvre-invisible-une-oeuvre-inexistante-est-elle-protgee-2772882> (consulté le 11/11/2024).

⁴⁸⁴ Ch. Le Stanc, « Droit d'auteur – Rien ou presque... », art. préc.

⁴⁸⁵ L. Dulieu, « Plagiat d'œuvre invisible : une œuvre inexistante est-elle protégée ? », art. préc.

b. La protégeabilité des méthodes commerciales en droit des brevets

145. L'exclusion de principe des méthodes commerciales du champ de brevetabilité. – En droit des brevets, la règle d'exclusion des choses abstraites est troublée par la question de la brevetabilité des méthodes commerciales. Par principe, les méthodes commerciales font l'objet d'une exclusion à travers l'article L. 611-10, 2^o, c) du Code de la propriété intellectuelle. La méthode commerciale, si on l'assimile à la *business method* américaine, peut se définir comme « toute méthode utilisée dans les contacts directs entre une entreprise et ses clients ainsi que toute méthode permettant à une entreprise de fonctionner, tant en interne que dans les rapports avec ses fournisseurs ou avec les différentes administrations »⁴⁸⁶. Cette exclusion, censée être de principe, a pu faire l'objet de méprises et de remous, tant en Europe qu'aux États-Unis.

146. Le traitement des méthodes commerciales en droit américain des brevets. – S'agissant tout d'abord de la position américaine, l'essor d'Internet a engendré un nouvel engouement autour des méthodes commerciales. Depuis lors, l'USPTO, l'Office américain de délivrance des brevets, a largement accordé des brevets sur les méthodes commerciales. Cet accueil a cependant eu lieu sous la surveillance étroite du juge américain, qui n'a pas hésité à revenir sur des brevets octroyés sur des méthodes commerciales. En effet, même s'il a pu être déduit de la loi⁴⁸⁷ que « tout ce qui est en-dessous du soleil qui est fait par l'homme » est brevetable⁴⁸⁸, c'est sans compter sur l'appréciation qu'en a fait, et que continue d'en faire le juge américain⁴⁸⁹. Ainsi, s'agissant de cette disposition, son champ d'application n'est pas sans limites, le juge considérant les idées abstraites non brevetables⁴⁹⁰ et, par conséquent, exclues du champ de brevetabilité. Consacrée à titre d'exception à la brevetabilité, l'exclusion des idées continue d'être appliquée en tant que précédent par la jurisprudence américaine⁴⁹¹. À l'aune de ces explications, l'application de l'exclusion des idées à titre d'exception à propos des méthodes commerciales peut, toutefois, paraître d'une efficacité relative : même si le juge américain a fait de l'exclusion des idées un acquis jurisprudentiel, son application ne semble

⁴⁸⁶ J. Combeau (rapporteur du groupe français), « Brevetabilité des méthodes commerciales », AIPPI, accessible sur https://www.aippi.fr/upload/Melbourne%202001%20Q155%20156%20157%20158%20159/gr158france_fr.pdf (consulté le 11/11/2024).

⁴⁸⁷ 35 U.S.C. §101 (1952) : « Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor », accessible sur <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/uscode/uscode1952-00403/uscode1952-004035010/uscode1952-004035010.pdf> (consulté le 11/11/2024).

⁴⁸⁸ Senate Report n° 1979, 82d Cong., 2d Sess. (1952), accessible sur https://ipmall.law.unh.edu/sites/default/files/hosted_resources/lipa/patents/Senate_Report_No_1979.pdf (consulté le 11/11/2024) : « A person may have “invented” a machine or a manufacture, which may include anything under the sun that is made by man ».

⁴⁸⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

⁴⁹⁰ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980) : « This is not to suggest that § 101 has no limits, or that it embraces every discovery. The laws of nature, physical phenomena, and abstract ideas have been held not patentable ».

⁴⁹¹ *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. (2010) : P.-E. Lenoir, « La pratique administrative du droit des brevets. Comparaison du système de protection des logiciels et méthodes commerciales par le brevet en Europe et aux États-Unis : retour sur l'affaire *Bilski vs. Kappos* », *RLDI* n° 77, 1^{er} déc. 2011.

pas l'empêcher d'admettre la brevetabilité *de principe* des méthodes commerciales⁴⁹². Mais c'est sans compter sur l'affaire *Alice Corp*⁴⁹³ qui, pour une autre frange de la doctrine, aurait pour conséquence d'enterrer définitivement toute brevetabilité des méthodes commerciales outre-Atlantique. Dans cet arrêt, il a été jugé que l'implémentation d'une méthode de médiation sur un ordinateur ne pouvait s'analyser en une méthode brevetable à défaut de tangibilité de celle-ci et d'une véritable contribution humaine transformant l'idée abstraite en une chose appropriable⁴⁹⁴. Il reste à savoir si l'USPTO suivra finalement le mouvement en cessant d'octroyer des brevets sur des méthodes commerciales qui, de toute évidence, seront annulés⁴⁹⁵.

147. Le traitement des méthodes commerciales en droit européen et français des brevets. –

La pratique européenne des brevets, gérée par l'Office européen des brevets (OEB), mérite également que l'on s'y intéresse. S'agissant de la brevetabilité des méthodes commerciales, leur exclusion du champ de brevetabilité est censément de principe, mais certaines évolutions ont pu faire craindre un changement de position de l'OEB.

À l'origine, la convention de Munich⁴⁹⁶ prévoit, en son article 52, 2), c), l'exclusion des « *plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques* ». Si la question ne semble donc pas devoir se poser, l'affaire *Hitachi*⁴⁹⁷ a pu faire craindre un possible retournement de situation : dans cette affaire, le raisonnement adopté par la chambre des recours, consistant à s'intéresser aux caractéristiques techniques au seul stade de l'examen de l'activité inventive et non à la qualification d'invention⁴⁹⁸, paraît avoir ouvert une porte à la brevetabilité des méthodes commerciales et, par voie de conséquence, aux choses abstraites. En droit des brevets, classiquement, l'appréciation de la brevetabilité d'une invention implique, d'une part, de caractériser une invention et, d'autre part, de s'assurer que cette invention remplisse les conditions de brevetabilité que sont la nouveauté, l'application industrielle et l'activité inventive de l'invention, le tout au regard des revendications apparaissant dans la demande de brevet. La chambre des recours de l'OEB, dans l'affaire *Hitachi*, estime que les caractéristiques techniques d'une invention pouvant être « *dissimulées* » au milieu des caractéristiques non techniques, ces caractéristiques seraient plus aisées à identifier dans le cadre de l'appréciation de l'activité inventive, critère qui porte justement sur les caractéristiques techniques de l'invention. De cette manière, même en présence d'un mélange de caractéristiques techniques et non techniques, il sera possible

⁴⁹² C'est notamment l'avis de J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 244 et s., spéc. n° 244.

⁴⁹³ *Alice Corp v. CLS Bank International*, 573 U.S. (2014).

⁴⁹⁴ M. Dhenne, « L'arrêt Alice de la Cour suprême des Etats-Unis : l'adieu au pays des merveilles ? », *Propri. Indust.* n° 5, mai 2016, étude 9, spéc. n° 18 et s.

⁴⁹⁵ *Loc. cit.* L'auteur met en avant le fait que, depuis cette décision, les annulations de brevets portant sur des méthodes commerciales sont considérables.

⁴⁹⁶ Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 oct. 1973.

⁴⁹⁷ OEB, ch. rec., 21 avr. 2004, *Hitachi*, aff. T-258/03 : J.-Ch. Galloux, obs. ss. déc. préc., « La brevetabilité des inventions dans le domaine des sciences de l'information et de la communication », *RTD com.* 2006. 341 ; *adde.* M. Dhenne, *Technique et droit des brevets. L'invention en droit des brevets*, LexisNexis, 2016, n° 589, mentionnant une jurisprudence plus ancienne de la chambre des recours de l'OEB : OEB, ch. rec., 8 sept. 2000, aff. T-931/95.

⁴⁹⁸ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 245.

d'identifier juridiquement une invention⁴⁹⁹. Or, un tel changement n'est pas souhaitable pour une partie significative de la doctrine puisque le champ de brevetabilité n'en serait que plus élargi et, réciproquement, le domaine public diminué⁵⁰⁰. Cette évolution reviendrait-elle à mettre en cause l'exclusion de principe des méthodes commerciales en réfutant leur nature abstraite ? La réponse peut être affirmative puisque cette approche « réduit à néant la portée d'une exclusion de brevetabilité »⁵⁰¹ : il suffit en effet d'invoquer des caractéristiques techniques dans les revendications pour que l'exclusion légale soit elle-même écartée⁵⁰². Or, ce tour de passe-passe juridique est illusoire dans la mesure où il ne permet pas de revenir sur la nature abstraite d'une méthode commerciale – à titre de comparaison, le juge américain est présent pour le rappeler. La position française est, à ce sujet, plus orthodoxe : hormis quelques cas isolés ayant admis la brevetabilité d'une méthode⁵⁰³, leur exclusion de principe est acquise et elle ne semble pas être remise en question.

148. La stabilité de la matière face au risque d'appropriation privative. – À l'aune de ces diverses analyses, il apparaît que même si la règle d'exclusion des choses abstraites a pu faire l'objet de remises en cause par certains courants jurisprudentiels ou doctrinaux, celles-ci peuvent être grandement relativisées compte tenu de la réaction des droits de propriété intellectuelle touchés par ces remous.

Cela étant, l'intégration de certaines protections en cette matière peut remettre frontalement en cause l'exclusion des formes abstraites. Le droit portant sur les indications géographiques en fournit une illustration.

c. La présence des indications géographiques au sein du droit de la propriété intellectuelle

149. L'indication géographique, une information appropriée ? – Ce mécanisme de protection semble bien permettre la réservation d'une information, ou plus exactement un certain type d'information, en l'occurrence une information de nature géographique. Or, cette affirmation peut être nuancée à deux égards : à l'aune des conditions d'octroi d'une telle protection, d'une part, et à l'aune de la mise en œuvre de cette protection, d'autre part.

Concernant les conditions entourant la naissance de cette protection, il faut savoir que la protection d'une indication géographique répond à de précises conditions tenant dans l'homologation par l'Institut national de propriété industrielle (INPI) d'un cahier des charges⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ OEB, ch. rec., 21 avr. 2004, déc. préc., pt. 3.6.

⁵⁰⁰ M. Vivant (dir.), « Des exigences quant au principe de brevetabilité », *Lamy droit du numérique*, op. cit., n° 128.

⁵⁰¹ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 245.

⁵⁰² V. à propos de deux décisions ayant suivi cette méthode et ne recherchant le caractère technique qu'à l'aune de l'activité inventive, L. Thibon, « Les avatars d'un brevet de Business Method en France et en Europe », *Propr. Indust.* n° 11, nov. 2008, étude 25.

⁵⁰³ V. à propos de brevets délivrés aux balbutiements de la loi de 1791, J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 244. Mais cela n'entache en rien la position actuelle et pérenne de la jurisprudence française, refusant la brevetabilité des méthodes commerciales en raison de leur caractère abstrait, *ibid.*, n° 246.

⁵⁰⁴ CPI, art. L. 721-2 et L. 721-3.

décrivant « en détails les caractéristiques du produit, la méthode de production, le lien entre le produit et son origine géographique »⁵⁰⁵. L'information géographique revendiquée devra donc être justifiée par rapport au produit pour lequel l'on souhaite que l'origine soit reconnue et protégée. De plus, il s'avère que certaines exclusions ont cours en la matière : sont ainsi exclus de la protection les noms géographiques génériques, c'est-à-dire les noms qui, par l'effet du temps, ont perdu leur signification première et sont devenus synonymes du produit qu'ils désignaient, comme le Camembert ou encore la Moutarde de Dijon⁵⁰⁶. La raison de leur exclusion est la même que celle sollicitée pour les informations et les idées : ayant fait leur entrée « dans le vocabulaire courant, ils sont nécessaires et doivent de ce fait rester à la disposition de tous »⁵⁰⁷.

La nuance est encore plus évidente en ce qui concerne la mise en œuvre de la protection de l'indication géographique : la protection conférée à l'indication géographique n'est, en réalité, pas un droit de propriété mais un simple droit d'usage⁵⁰⁹, qui plus est contrôlé administrativement : est en effet requis une habilitation des opérateurs revendiquant l'indication géographique, un contrôle des conditions de production et un contrôle des produits eux-mêmes⁵¹⁰. Le but de ces contrôles, en plus d'assurer la « *typicité du produit* », est de justifier la protection que l'appellation d'origine confère⁵¹¹. En somme, face à l'obtention d'une protection conditionnée et sa mise en œuvre fortement encadrée, il semble difficile de parler d'appropriation de l'information sans nuance aucune.

Ces sources de remises en cause directe de la règle d'exclusion des formes abstraites, bien qu'existantes, sont relativisées et n'entachent pas sa vigueur. Il en est de même des remises en causes qualifiées d'indirectes.

2. Les résistances indirectes à l'exclusion des formes abstraites : le cas des créations informationnelles

150. Les passions du droit d'auteur et de l'information. – Le droit d'auteur est un régime de protection qui « *flirte* » de manière assez ostensible avec l'information, celle-ci pouvant être « *sur*

⁵⁰⁵ D. Marie-Vivien, *La protection des indications géographiques*, ed. Quæ, 2012, p. 14.

⁵⁰⁶ C. Le Goffic, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Appellations d'origine et indications géographiques en droit français », Fasc. 8100, LexisNexis, 8 avr. 2018, n° 26.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, n° 27.

⁵⁰⁸ Nous visons la protection octroyée à l'indication, qui se différencie de la protection *sur* l'indication géographique. Cette distinction a été proposée par le professeur Audier et est reprise dans de récentes thèses, v. en ce sens D. Marie-Vivien, *La protection des indications géographiques*, *op. cit.*, p. 206 et D. Franjus-Guigues, *Nature et protection juridiques des indications géographiques. L'avènement d'un droit à l'épreuve de sa mise en œuvre*, th. Univ. Aix-Marseille, 2012, p. 310.

⁵⁰⁹ D. Marie-Vivien, *La protection des indications géographiques*, *op. cit.*, p. 205 et s ; ceci est renforcé par l'impossibilité de déposer une indication géographique à titre de marque, puisque celle-ci serait nécessairement descriptive et donc déceptive, frappant dès lors la marque de nullité, J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1587.

⁵¹⁰ C. rur., art. L. 641-5 et s. pour l'appellation d'origine, et art. L. 641-11 pour l'indication géographique ; ces contrôles font l'objet d'une présentation relativement complète par C. Le Goffic, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Appellations d'origine et indications géographiques en droit français », fasc. préc., n° 98 et s.

⁵¹¹ *Ibid.*, n° 96.

l'œuvre ou autour de l'œuvre»⁵¹². Cette affirmation implique une dualité de situations : d'une part, l'œuvre, parce qu'elle peut renfermer de l'information, peut alors être exploitée à raison de cette information qu'elle recèle et, d'autre part, l'œuvre peut être utilisée afin d'accomplir un objectif informationnel. De cette parade nuptiale entre l'information et le droit d'auteur ont émergé deux phénomènes : celui des œuvres informationnelles et celui de l'usage informationnel des œuvres. Ce second cas ne sera néanmoins pas envisagé dans le cadre de cette étude car l'usage informationnel a, comme son nom l'indique, pour finalité de délivrer une information, en général synthétisée et aisément perceptible, comme le permet le référencement, à travers l'exemple très concret des « *murs d'images* »⁵¹³. Ne seront donc envisagées que le cas des œuvres dites informationnelles. La protection de ces œuvres ne porte pas à proprement parler sur les informations prises isolément⁵¹⁴. En revanche, les œuvres informationnelles questionnent l'exclusion des informations au regard de la quantité d'informations qu'elles peuvent comporter. En effet, pour pouvoir mettre au point une base de données, ou encore pour publier régulièrement des articles de presse, il est nécessaire de réaliser certains investissements visant notamment le rassemblement de ces informations, pour alimenter la base ou nourrir les publications de presse. Au regard de ces éléments, ce n'est pas tant l'information elle-même au sein d'un objet protégé qui peut remettre en cause l'exclusion des informations, mais davantage la quantité d'informations que recèle cet objet. Il s'agit donc d'une approche quantitative de l'information qui réinterroge la règle d'exclusion des informations, une approche quantitative qui transparait dans le droit *sui generis* des bases de données (a) et le droit voisin des éditeurs de presse (b).

a. Le droit *sui generis* des bases de données

151. Présentation du droit *sui generis* des bases de données. – La protection conférée au titre du droit *sui generis* des bases de données est une protection spéciale, mise en place par la directive

⁵¹² V.-L. Benabou, C. Zolynski, « Extraits du rapport présenté au CSPLA le 11 octobre 2018 », *Légipresse*, 2018, 652, n° 4.

⁵¹³ Le service Google Images est un exemple parlant pour illustrer l'activité de référencement à travers ce que l'on appelle les « *murs d'images* ». L'une des difficultés posées par ce service était que les titulaires des œuvres, et notamment des œuvres d'art plastique et graphique faisant l'objet d'un tel référencement, ne recevaient aucune rétribution pour voir leurs œuvres affichées et reproduites dans de petites vignettes. C'est désormais chose faite grâce à la loi n° 2016-925 du 7 juil. 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, préc., dite loi « *liberté de création* », qui a mis en place un régime propre aux murs d'images : ce régime consiste en un service de gestion collective obligatoire entre les titulaires de droit d'auteur et les services de référencement. Autrement dit, il est désormais nécessaire pour les services de référencement d'obtenir l'autorisation du titulaire de droit d'auteur et de le rétribuer financièrement en échange de cette autorisation. Pour une présentation plus détaillée, v. par exemple CSPLA, *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, 11 oct. 2018, p. 106, ou encore Ch. Caron, « Loi "liberté de création" et propriété intellectuelle (2/5) : les droits patrimoniaux », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2017, comm. 1, spéc. n° 1.

⁵¹⁴ A. Bensamoun, J. Groffe, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L.112-2) », Fasc. 1134, LexisNexis, 2 mai 2019, maj. 15 sept. 2024, n° 61.

du 11 mars 1996⁵¹⁵ et transposée en droit interne⁵¹⁶ aux articles L. 341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, contenus dans un nouvel Titre IV intitulé « *Des droits des producteurs de bases de données* » au sein du Livre III portant sur les « *Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données* ». Sous réserve d'une condition d'investissement substantiel émanant du producteur de la base⁵¹⁷, le droit octroyé interdit « *l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle de la base de données* »⁵¹⁸. Plus précisément, le producteur de la base peut s'opposer à un acte d'extraction ou à un acte de réutilisation du contenu de la base ; l'acte d'extraction ou de réutilisation tombera sous le coup de cette protection lorsqu'il porte sur la totalité ou sur une partie « *qualitativement ou quantitativement substantielle* » du contenu de la base ; enfin, l'acte d'extraction ou de réutilisation, même s'il ne porte pas sur une partie non substantielle, sera également illicite s'il est considéré comme anormal⁵¹⁹.

152. Les problématiques soulevées par le droit *sui generis*. – À l'heure de l'adoption de la directive « *bases de données* » et de sa transposition en droit interne, une grande partie de la doctrine s'est inquiétée de la mise en place d'une telle protection⁵²⁰. Outre la protection de la base par le droit d'auteur prévue par l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, le droit *sui generis* est une protection qui n'est pas un droit d'auteur⁵²¹ mais qui est intégré dans l'archipel de la propriété intellectuelle, et dont la raison d'être semble être fondée sur l'investissement réalisé pour rassembler quantité(s) de données contenues dans la base. Ces éléments font légitimement craindre que cette protection aboutisse, de manière incidente, à l'appropriation des informations, voire qu'elle ne renverse complètement la perspective⁵²². Plus spécifiquement, ces inquiétudes ont pu être éprouvées à propos de l'appréhension de l'investissement en tant que condition de protection, de ce que recourent les notions d'extraction et de réutilisation⁵²³, ou encore de ce que l'on entend par « *partie substantielle de la base* ».

⁵¹⁵ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

⁵¹⁶ Loi n° 98-536 du 1^{er} juil. 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JORF du 2 juil. 1998.

⁵¹⁷ CPI, art. L. 341-1, al. 1^{er} : « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.* »

⁵¹⁸ CPI, art. L. 342-1 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1355.

⁵¹⁹ M. Vivant (dir.), « La teneur de la règle : premières vues », *Lamy droit du numérique*, *op. cit.*, n° 256.

⁵²⁰ V. par exemple F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011, n° 61 ; M. Vivant, « An 2000 : L'information appropriée ? », art. préc., n° 3.

⁵²¹ Un « *droit voisin du droit d'auteur qui ne dit pas son nom* » d'après A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2001, n° 595 ; B. Edelman, « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000. 89, spéc. n° 18.

⁵²² M. Vivant, « An 2000 : L'information appropriée ? », *in* *Mél. J.-J. Burst*, Litec, 1997, n° 13.

⁵²³ Pour de plus amples explications sur les notions d'extraction et de réutilisation, v. M. Vivant (dir.), « Extraction et réutilisation », *Lamy droit du numérique*, *op. cit.*, n° 260.

153. L'année 2004, année décisive pour le droit *sui generis* des bases de données. – L'année 2004, par la série d'arrêts qui a été rendue par la CJCE, a été le premier frein à l'appropriation de l'information⁵²⁴. En effet, en resserrant successivement le critère de l'investissement, il en est notamment ressorti un recentrage du champ d'appropriation qui a permis de relativiser le lien qui a pu être fait entre ce droit *sui generis* et la privatisation de l'information. De surcroît, une condition de mise en œuvre de la protection a été ajoutée par l'arrêt *Online Latvia* : désormais, les actes d'extraction et de réutilisation du contenu d'une base ne peuvent être interdits par le producteur qu'à condition que ces actes « *aient pour effet de priver cette personne de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement* »⁵²⁵. La création de cette condition laisse d'ailleurs penser que ce régime risque d'être marginalisé⁵²⁶.

Outre cette déconvenue, le droit *sui generis* est concurrencé aussi bien par la concurrence déloyale que par le droit d'auteur « *spécial* » du logiciel⁵²⁷ : la voie de l'action en concurrence déloyale est en effet préférée pour ne pas risquer un rejet pour absence d'investissement substantiel sur la base ; quant au droit d'auteur sur le logiciel, il est préféré au droit *sui generis* lorsqu'il est difficile de dissocier la base de données de sa partie logicielle⁵²⁸.

Enfin, les instances européennes, désireuses de construire une économie européenne fondée sur la donnée, réfléchiraient à un « *retour en arrière* » en annulant purement et simplement la directive « *bases de données* », cette dernière apparaissant comme un obstacle au développement d'une telle économie⁵²⁹. Le processus semble avoir été enclenché par la proposition de règlement sur les données de 2022 dit « *Data Act* »⁵³⁰, prévoyant, dans un article 35 controversé, de clarifier le droit *sui generis*. Le processus semble se poursuivre avec l'adoption du *Data Act* en décembre 2023⁵³¹ qui dispose dans un article 43 que « *[L]e droit sui generis prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE ne s'applique pas lorsque des données sont obtenues à partir d'un produit connecté ou d'un service connexe relevant du champ d'application du présent règlement ou générées par un tel produit ou service, en particulier en ce qui concerne ses articles 4 et 5* ». Cette disposition envisage une neutralisation du droit *sui generis* dans les cas qu'elle énumère, donnant ainsi au texte un cadre d'intervention limité. La neutralisation du droit n'est donc

⁵²⁴ V. *infra* n° 177.

⁵²⁵ CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, aff. C-762/19, pt. 37 : les actes d'extraction et de réutilisation du contenu d'une base ne pourront être interdits par le producteur qu'à condition que ces actes « *aient pour effet de priver cette personne de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement* ».

⁵²⁶ J. Larrieu, comm. ss. CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, aff. C-762/19, « Bases de données : le droit *sui generis* en péril ? », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2022, comm. 5.

⁵²⁷ S. Chatry, « La légitimité du droit *sui generis* du producteur de bases de données », *Légipresse*, 2019. 115.

⁵²⁸ La distinction est en effet difficile à réaliser en pratique, en raison de l'existence d'un *continuum* entre la base et le logiciel, v. en ce sens *loc. cit.*

⁵²⁹ V. en ce sens A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1355, qui citent la résolution du Parlement européen, 19 janv. 2016, « Vers un acte sur le marché unique numérique », (2015/2147(INI)), spéc. n° 108.

⁵³⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données) du 23 fév. 2022, COM(2022) 68 final.

⁵³¹ Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil, du 13 déc. 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828.

pas totale, celui-ci trouvant à s'appliquer aux bases de données dont les données ne relèvent pas du champ d'application du règlement⁵³². Cette relativisation n'empêche pas la doctrine de craindre une remise en cause de cette protection. En effet, si cette disposition, dans le cadre de la proposition de *Data Act*, avait été présentée par la Commission comme une clarification du droit en vigueur ayant pour conséquence « *de masquer la contrariété entre l'objectif de libérer certaines données et la protection permise par le droit sui generis* »⁵³³, une évolution du droit *sui generis* est quand même envisageable⁵³⁴. Toutefois, le droit *sui generis* devrait se maintenir en raison de l'efficacité de ce droit et de la nature juridique de l'article 43 précité. S'agissant de son efficacité, à l'occasion de l'affaire *Leboncoin*, la Cour de cassation a récemment retenu l'atteinte au droit *sui generis* du producteur⁵³⁵. En effet, la haute juridiction a confirmé la décision des juges du fond qui avaient préalablement constaté une prorogation de la durée de la protection par la réalisation de nouveaux investissements, avant de caractériser que la condition d'investissement substantiel était remplie et que des actes d'extraction des données avaient été réalisés de la part du défendeur à l'instance. S'agissant de la nature juridique de l'article 43, anciennement article 35 dans le cadre de la proposition de règlement, un doute avait déjà été émis quant à sa nature interprétative ou normative, compte tenu de sa rédaction quelque peu ambiguë⁵³⁶. Si elle est considérée comme une disposition de nature interprétative, cela signifierait qu'elle ne fait que clarifier l'état du droit sans le faire évoluer⁵³⁷.

154. Les craintes apaisées d'une réservation de l'information. – En somme, même si les inquiétudes liées à une potentielle réservation de l'agrégat d'informations par le droit *sui generis* des bases de données sont légitimes, celles-ci peuvent être apaisées dans la mesure où la pratique de ces dernières décennies a révélé le caractère finalement « *inoffensif* » de ce droit face à la règle d'exclusion des informations. Il semble en être de même pour le droit voisin des éditeurs de presse.

b. Les droits voisins des éditeurs de presse

155. La genèse de la protection. – Le droit voisin des éditeurs de presse, adopté par la directive DAMUN du 17 avril 2019⁵³⁸ et transposé par anticipation en droit français par la loi du 24 juillet 2019⁵³⁹, est une protection destinée aux éditeurs de presse ainsi qu'aux agences de presse⁵⁴⁰ portant sur les publications de presse. Cet objet est défini à l'article L. 218-1, I, du Code de la propriété

⁵³² *Ibid.*, cons. 112.

⁵³³ CSPLA, *Rapport de la mission sur la réforme européenne du droit sui generis des bases de données*, 12 juil. 2022, p. 34.

⁵³⁴ V. Giovannini, *Données massives et droit de la concurrence*, Bruylant, 2024, n° 201.

⁵³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-16.307 : A. Mendoza-Caminade, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, obs. ss. déc. préc., « Droit du numérique », *D.* 2023. 2150 ; Ch. Alleaume, obs. ss. déc. préc., « Propriété littéraire et artistique », *Légipresse* 2022. 707.

⁵³⁶ CSPLA, *Rapport de la mission sur la réforme européenne du droit sui generis des bases de données*, *op. cit.*, p. 6.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 34 et s.

⁵³⁸ Dir. (UE) 2019/790, préc., art. 15.

⁵³⁹ Loi n° 2019-775 du 24 juil. 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, *JORF* n° 0172 du 26 juil. 2019.

⁵⁴⁰ Au contraire de la directive qui ne vise que les éditeurs de presse, la loi française vise également les agences de presse.

intellectuelle comme « *une collection composée principalement d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets protégés, notamment des photographies ou des vidéogrammes, et qui constitue une unité au sein d'une publication périodique ou régulièrement actualisée portant un titre unique, dans le but de fournir au public des informations sur l'actualité ou d'autres sujets publiés, sur tout support, à l'initiative, sous la responsabilité éditoriale et sous le contrôle des éditeurs de presse ou d'une agence de presse* ». Cette définition intègre également les photographies et les vidéogrammes pour « *conforter la place des agences de presse* » au sein de ce droit voisin⁵⁴¹. L'objectif affiché de cette protection est de permettre une meilleure répartition des richesses en évitant que la valeur générée par les services de l'information ne soit captée par les seuls agrégateurs d'information, au premier rang desquels est visée l'entreprise Google. Pour atteindre cet objectif, ce droit voisin porte sur les investissements réalisés par les éditeurs de presse. En effet, les investissements peuvent être colossaux, car ils ne portent pas uniquement sur la publication des titres de presse ; ils sont réalisés également pour créer et développer une « *marque éditoriale* » qui implique d'investir dans le recrutement et la formation de nouveaux journalistes, d'assumer financièrement l'entier processus de production ou encore d'assurer le marketing autour du titre de presse⁵⁴². Une protection est donc accordée aux éditeurs de presse qui doivent assumer de lourds investissements étant donné qu'ils sont responsables de la santé financière du titre de presse.

156. L'objet de la protection : la publication de presse. – Ainsi que cela a été relevé, l'objet de ce droit voisin est la publication de presse. Désignée comme une « *collection* » d'œuvres littéraires journalistiques et éventuellement d'autres objets protégés dont la finalité est d'informer le public, la publication de presse ainsi protégée réinterroge, à première vue, l'exclusion des informations. Plus précisément, il est possible de se demander si la protection de la publication de presse, qui s'entend d'un ensemble, d'un agrégat d'objets informationnels, peut aboutir incidemment à une protection de cet agrégat d'informations. Certains éléments d'analyse confirment la légitimité de la question. Cependant, il est des raisons de croire que la remise en cause de l'exclusion des informations par le droit voisin des éditeurs de presse demeure hypothétique.

157. L'objet de la protection, source d'une remise en cause éventuelle de l'exclusion des informations. – Plusieurs indices laissent penser que la protection de la publication de presse par ce droit voisin nuance la règle d'exclusion des informations.

Tout d'abord, cette remise en cause peut être révélée par la définition de la publication de presse. La publication de presse fait l'objet d'une définition dans le cadre du droit voisin, mais elle a aussi été définie à l'occasion de l'adoption de la loi du 1^{er} août 1986 comme « *tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant*

⁵⁴¹ N. Mallet-Poujol, *J.-Cl. Civil Annexes*, « Droit voisin des éditeurs et agences de presse », Fasc. 1495, LexisNexis, 1^{er} déc. 2021, n° 12.

⁵⁴² L. Franceschini, *Rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, CSPLA, juil. 2016, pp. 5-6 ; L. Franceschini, *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, CSPLA, 13 fév. 2018, pp. 13-14 ; A. Lebois, « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse », *Légipresse* 2019. 127.

à intervalles réguliers »⁵⁴³. En comparant cette définition avec celle de l'article 218-1, I, précité, il est possible de constater que la définition émanant de la loi du 1^{er} août 1986 s'attache « au vecteur d'information », à savoir la diffusion par voie écrite, tandis que la définition de l'article 218-1, I, renvoie davantage au contenu de la publication⁵⁴⁴, puisqu'elle vise explicitement la composition de la publication de presse. Par ailleurs, certains auteurs estiment, à propos de la définition émanant de la législation sur le droit voisin, qu'utiliser le terme « collection » est « maladroit » en ce que cela peut suggérer les anthologies et les compilations qui sont protégées par le droit d'auteur classique⁵⁴⁵ et faire basculer la publication de presse dans l'orbite du droit « commun » du droit d'auteur.

Ensuite, l'octroi de la protection ne dépend d'aucune condition de fond portant sur la caractérisation de son objet. En effet, en dehors de la condition tenant à la responsabilité éditoriale et au contrôle de l'éditeur ou de l'agence de presse, aucune condition « discriminante » tenant à l'objet de la protection n'est requise telle que l'originalité d'une œuvre de l'esprit ou même l'investissement substantiel d'une base de données⁵⁴⁶. Il en ressort un champ d'application relativement vaste puisque toutes les publications de presse sont concernées par la protection, sans que le droit n'opère de discrimination entre celles-ci. De surcroît, il a également pu être relevé qu'en portant sur un domaine de protection différent des autres droits voisins – qui se rapportent au domaine du son ou de l'audiovisuel –, le droit voisin des éditeurs de presse ruine l'unité déjà « relative » de la catégorie des droits voisins du droit d'auteur, les éditeurs de presse étant des titulaires différents des titulaires « classiques » des droits voisins⁵⁴⁷.

Enfin, le droit voisin des éditeurs de presse traduit une incohérence qui a pu être relevée en doctrine. Alors que ce droit cherche à garantir la liberté de la presse, son pluralisme et le droit à l'information du public⁵⁴⁸, il vise, en réalité, « à renforcer le pouvoir de contrôle des éditeurs sur la diffusion des publications »⁵⁴⁹. L'objectif de pluralisme et d'accès à l'information est donc altéré par le principe même de la protection ; l'altération s'accroît si l'existence de ce droit voisin augmente la dépendance économique des différents médias vis-à-vis d'agrégateurs économiquement puissants, tels que Google⁵⁵⁰.

Au regard de ces éléments, la remise en question de l'exclusion des informations par le droit voisin des éditeurs de presse se pose avec acuité. Mais pour le moment, elle semble être purement hypothétique.

⁵⁴³ Loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, JORF du 2 août 1986, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

⁵⁴⁴ N. Mallet-Poujol, *J.-Cl. Civil Annexes*, « Droit voisin des éditeurs et agences de presse », fasc. préc., n° 12.

⁵⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, « Un nouveau venu, le droit voisin des éditeurs de presse », *RTD com.* 2019. 661.

⁵⁴⁶ *Loc. cit.*

⁵⁴⁷ T. Azzi, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *Juris art etc.* n° 47, 2017. 26.

⁵⁴⁸ Dir. (UE) 2019/790, préc., cons. 54.

⁵⁴⁹ T. Azzi, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », art. préc.

⁵⁵⁰ A. Lebois, « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse », art. préc.

158. L'objet de la protection, source d'une remise en cause théorique de l'exclusion des informations. – La crainte formulée peut être apaisée dans la mesure où le droit octroyé est exclusivement tourné vers la protection de l'investissement. Il en ressort un droit « *progressivement racorni* »⁵⁵¹ et qui peine à se montrer efficace en pratique.

Bien que ce droit voisin ait pour objet la publication de presse, son objectif n'est pas tant de protéger cet agrégat d'informations que l'investissement qui a été réalisé, non seulement pour la publication elle-même, mais aussi pour tout ce qui gravite autour. En adoptant ce droit, le législateur, tant européen que national, a cherché à « *lui donner un pouvoir quasiment identique à celui du titulaire de marque sur sa publication de presse* » de sorte que, à chaque fois que la publication est reprise, « *y compris quand on ne reprend pas même un contenu, un montant [est] acquitté du fait de la notoriété associée au travail de l'éditeur de presse* »⁵⁵².

Au demeurant, l'étendue limitée du droit voisin des éditeurs de presse permet d'estomper la crainte exprimée. Matériellement, l'article L. 218-1, I, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle exclut les publications de presse scientifiques et universitaires de son bénéfice et l'article L. 218-2 le limite aux seules utilisations numériques, c'est-à-dire aux seules publications de presse communiquées ou reprises par voie numérique. Des exceptions sont également posées à l'article L. 211-3-1, empêchant le titulaire d'interdire les actes d'hyperlien et l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits d'une publication de presse. S'agissant de la seconde exception, le texte précise, toutefois, qu'elle ne peut affecter l'efficacité du droit voisin, une efficacité qui « *est notamment affectée lorsque l'utilisation de très courts extraits se substitue à la publication de presse elle-même ou dispense le lecteur de s'y référer* ». Temporellement, l'article L. 211-4, V, prévoit une durée de deux ans ; une durée qui, conjuguée au champ d'application matériel restreint, ne permettrait pas de considérer qu'il s'agit là d'un véritable droit voisin⁵⁵³.

Compte tenu de ces limites, la protection se révèle peu efficace en pratique, ainsi que le révèle la saga *Google*. Le moteur de recherche Google, avec toutes les fonctionnalités qu'il offre, constitue un outil de référencement de choix pour le secteur de la presse. Cela étant, ce schéma « *gagnant-gagnant* » est à relativiser, car les utilisateurs du moteur de recherche Google Actualités bénéficient, grâce à ce service, d'un aperçu rapide de l'ensemble de l'actualité. En effet, les articles et autres publications de presse étant référencés et parfois accompagnés de vignettes, ils ne sont pas forcément incités à cliquer sur les articles renvoyant au site du titre de presse. Dès lors, le « *clic* » ne profite pas nécessairement à tous⁵⁵⁴ et, en l'occurrence, pas aux éditeurs de presse. Face à cette répartition des richesses considérée comme inéquitable par les éditeurs de presse, certains pays ont tenté de mettre en place une protection tendant à rééquilibrer tant ce partage que les négociations

⁵⁵¹ V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », *JCP G* n° 26, juil. 2019, act. 693.

⁵⁵² V.-L. Benabou, M. Feuillée, B. Tabaka, Ph. Masseron, S. Bouchetob, M. Réault, « Anticiper la mise en œuvre du droit voisin des éditeurs : articulation des droits, mise en œuvre d'une approche collective, modalités de répartition... », *Légipresse* 2020. 85.

⁵⁵³ T. Azzi, « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *Dalloz IP/IT* 2019. 297.

⁵⁵⁴ V.-L. Benabou, J. Rochfeld. *À qui profite le clic*, Odile Jacob, 2015.

entre ces acteurs et Google. Tel a été le cas de l'Allemagne qui, par une loi du 7 mai 2013, a adopté un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse, et de l'Espagne qui, par une loi du 1^{er} janvier 2015, a mis en place une exception au droit d'auteur consistant en une reprise d'extraits de presse compensée par le versement d'une rémunération équitable⁵⁵⁵. L'entreprise, consciente de sa puissance économique et, surtout, de la dépendance économique des acteurs de la presse, n'a pas hésité à en profiter en refusant de négocier avec les éditeurs fraîchement dotés de cette protection. Le schéma s'est répété au lendemain de l'adoption de la directive DAMUN : Google a refusé de négocier avec les éditeurs de presse et a contourné l'esprit de la loi en recourant aux exceptions prévues et en référençant les titres des articles uniquement sous forme d'hyperliens. En France, les éditeurs de presse ont alors tenté de recourir au droit de la concurrence. Une succession de décisions ont été rendues par l'Autorité de la concurrence, non seulement pour contraindre et inciter l'entreprise à prendre part aux négociations, par le biais d'injonctions, de sanctions pécuniaires et de prises d'engagements⁵⁵⁶, mais aussi pour lui faire prendre conscience que ses activités ne peuvent prospérer en méconnaissance totale des protections juridiques existantes⁵⁵⁷.

159. L'appréhension de l'information par le truchement des œuvres informationnelles. – Finalement, même si la question se pose utilement, il s'avère que la crainte d'une appropriation de l'information à travers ces protections peut être atténuée, le droit d'auteur étant, en réalité, capable de contenir ce risque. Le propos vaut tant pour les protections remettant en cause frontalement la règle d'exclusion des formes abstraites que celles qui la remettent en cause plus subtilement, telles que les formes naturelles.

§2. L'exclusion relative des formes naturelles

160. Les relations ambiguës entre la propriété intellectuelle et la Nature. – Parce que l'objet de propriété intellectuelle implique nécessairement une « *transformation de la nature* », toute forme issue d'un état naturel sans intervention humaine ne peut donner prise à un droit de propriété intellectuelle. Il en va ainsi des découvertes (A) et, de manière plus timorée, du monde du vivant (B).

⁵⁵⁵ A. Lebois, « Google et le droit voisin des éditeurs de presse », *D.* 2019. 2053, n° 3.

⁵⁵⁶ Aut. conc., 9 avr. 2020, n° 20-MC-01, confirmé par CA Paris, pôle 5, 7^e ch., 8 oct. 2020, n° 20/08071 ; Aut. conc., 12 juil. 2021, n° 21-D-17 ; Aut. conc., 21 juin 2022, n° 22-D-13 ; Aut. conc., 15 mars 2024, n° 24-D-03.

⁵⁵⁷ Dans la décision du 15 mars 2024 précitée, l'Autorité a, outre la sanction infligée à Google en raison du non-respect de certains de ses engagements, constaté un autre manquement à la suite du lancement de son service d'intelligence artificielle générative, ce dernier n'ayant pas demandé aux titulaires de droits leur autorisation pour l'utilisation de leurs contenus dans le cadre de son entraînement et de son alimentation. V. en ce sens V. Varet, comm. ss. Aut. conc., 15 mars 2024, déc. préc., « IA et droit voisin des éditeurs de presse : brèves observations sur la décision de l'Autorité de la concurrence n° 24-D-03 du 15 mars 2024 concernant Google », *Légipresse* 2024. 301.

A. L'exclusion logique des découvertes

161. Une exclusion originaire du droit des brevets. – L'exclusion des formes naturelles est explicite en droit des brevets ; elle se « matérialise » par l'exclusion des découvertes. Cette exclusion établit un rapport d'opposition entre la découverte et l'invention – objet brevetable : alors que la découverte consiste en « la mise en lumière de ce qui préexiste », l'invention « concrétise l'activité créatrice de l'homme »⁵⁵⁸. Cette distinction, qui renvoie à la distinction plus globale entre la science et l'industrie⁵⁵⁹, ne doit pas jeter un voile sur les relations qu'entretiennent la découverte et l'invention. En effet, la relation ne peut être réduite à une simple relation d'opposition. Concrètement, si la découverte est hors champ de protection, celle-ci peut tout à fait être le socle, le « support » de l'invention⁵⁶⁰ ; ce qui est brevetable est le produit ou le procédé permettant de reproduire l'élément découvert⁵⁶¹. Il s'ensuit que la distinction entre découverte et invention n'est pas la véritable limite à la brevetabilité ; elle réside en réalité dans « l'existence ou l'absence d'applications techniques de la création proposée »⁵⁶². La jurisprudence, tant interne⁵⁶³ qu'euro-péenne⁵⁶⁴, s'inscrit dans ce sillage sans s'en écarter. En d'autres mots, est exclue du champ de la protection la découverte « en tant que telle », ou encore la « simple découverte »⁵⁶⁵.

L'exclusion se révèle également en matière d'obtentions végétales. Si la lettre de la loi impose que la variété végétale protégeable soit « créée »⁵⁶⁶, elle permettrait auparavant que celle-ci soit également « découverte »⁵⁶⁷. Est-ce à dire qu'une variété végétale simplement découverte était protégeable sous l'empire de l'ancienne loi ? Rien n'est moins sûr, car une variété végétale même découverte nécessite d'être retravaillée, rendant ainsi peu probable qu'elle soit protégée en elle-même⁵⁶⁸.

162. Une exclusion discrètement retrouvée dans les autres droits de propriété intellectuelle.

– Ce propos, qui se veut propre au droit des brevets, pourrait être étendu à d'autres droits de

⁵⁵⁸ M. Vivant (dir.), *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, 2003, n° 36.

⁵⁵⁹ A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies Techniques, 1975, n° 102 ; ou entre la science et la technique, M. Vivant (dir.), *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.*, n° 36 ; *adde.* J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 218.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, n° 222 ; M. Vivant (dir.), *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.*, n° 37.3.

⁵⁶¹ *Loc. cit.*

⁵⁶² J. Schmidt-Szalewski, « L'adaptation du droit des brevets aux nouvelles technologies », *Propri. Indust.* n° 2, mai 2002, chron. 3 ; *adde.* J. Schmidt-Szalewski, « La notion d'invention face aux développements technologiques », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. Frison-Roche, A. Abello (dir.), LGDJ 2005, p. 243 et s.

⁵⁶³ V. par exemple CA Paris, 21 juin 1922, *Ann. propr. ind.* 1922. 346, refusant d'octroyer un brevet sur un champignon nouveau.

⁵⁶⁴ OEB, div. opp., 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute*, JOOEB 1995, 388 ; M. Vivant, comm. ss. déc. préc., « Sur l'exigence d'invention », in *GAPI*, *op. cit.*, p. 487 et s. Dans cette affaire, il a été considéré, à propos de la Relaxine, fragment d'ADN codant pour une protéine humaine (la Relaxine H2), que ce procédé mis au point se différencie bien de la découverte dans la mesure où il permet d'obtenir une substance au départ trouvée dans la nature. L'invention a donc bien été réalisée à partir de la découverte.

⁵⁶⁵ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 218.

⁵⁶⁶ CPI, art. L. 623-2, modifié par la loi n° 2011-1843 du 8 déc. 2011 relative aux certificats d'obtention végétale, JORF n° 0286 du 10 déc. 2011.

⁵⁶⁷ CPI, anc. art. L. 623-1, créé par la loi n° 92-597 du 1^{er} juil. 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, préc.

⁵⁶⁸ M. Vivant (dir.), *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.*, n° 37.3.

propriété intellectuelle. En effet, l'exigence d'une transformation de la Nature étant transversale, il peut en ressortir un corollaire tout aussi transversal d'exclusion des éléments issus de la Nature. Seulement, cette exclusion n'est pas explicitée et doit être mise en lumière.

En droit d'auteur, l'exclusion se situe à plusieurs niveaux. Tout d'abord, aucun droit d'auteur ne peut protéger des formes issues de la Nature. Cela signifie que des bruits d'oiseaux, un éclair formé par la foudre, ou encore le simple fait de cueillir des fleurs, ne peuvent être protégés par un droit d'auteur dans la mesure où ce ne sont pas des créations, et encore moins des créations originales⁵⁶⁹. Dans le prolongement de cette idée, l'on peut considérer que les photographies immortalisant des paysages ou des personnes résultant de ce seul processus automatisé, sans activité véritablement créatrice de la part de son auteur, ne pourraient donner prise à un droit d'auteur. En effet, dans la mesure où il ne s'agit que de la reproduction d'une image déjà livrée par la Nature, il est peu probable que la protection soit accordée. Pour s'en convaincre, on peut prendre l'exemple d'un photographe animalier, « *découvrant* » une toute nouvelle espèce d'animal. Sans dénigrer le travail du photographe (un travail de patience et d'insistance), il ne pourrait aucunement prétendre à un droit d'auteur ou à un quelconque droit de propriété intellectuelle sur l'espèce nouvellement découverte par ses soins.

Le droit des marques, à sa manière, semble également exclure de son domaine les formes relevant de la Nature. En effet, l'exclusion des signes descriptifs et des signes génériques vise en partie les signes nominatifs et/ou figuratifs désignant ou provenant des éléments naturels. Tel pourrait être le cas du signe nominatif « *roses rouges* », accompagné de roses rouges, pour désigner une activité de fleuriste.

Il ressort de ces quelques éléments que le droit de la propriété intellectuelle n'approprie pas les découvertes en tant que telles ; mais parmi ces formes naturelles, l'exclusion des formes vivantes n'est pas aussi évidente.

B. L'exclusion incertaine des formes vivantes

163. Propriété intellectuelle et monde du vivant. – D'un point de vue biologique, le vivant est constitué de tout ce qui occupe la surface de la Terre : les végétaux, les animaux, et les êtres humains. En propriété intellectuelle, à première vue, ce sont essentiellement les êtres humains et les animaux qui font l'objet de diverses exclusions ; le monde végétal relève principalement du droit sur les obtentions végétales. Il existe pléthore d'exclusions dans le seul droit des brevets, et nous pourrions constater que leur effectivité pratique est loin d'être garantie.

⁵⁶⁹ Si le droit d'auteur est hostile à la protection de formes issues de la Nature, ce n'est pas le cas des droits voisins, notamment du droit voisin octroyé au producteur de phonogramme : l'objet de la protection, le phonogramme, peut tout à fait inclure un élément non protégé par un droit de propriété intellectuelle, sans que cela ne constitue un obstacle à sa protection, v. en ce sens Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 643, citant CA Paris, 6 oct. 1979 à propos de chants d'oiseaux fixés dans un phonogramme.

164. Droit des brevets et monde du vivant. – Il ressort de la loi, de la jurisprudence, et également de la doctrine, que le droit des brevets entretient des relations particulières avec le monde du vivant. Il ressort des textes, tant européens que nationaux, que de nombreuses exclusions relatives au domaine du vivant sont mentionnées⁵⁷⁰. La première impression suggère que le champ de brevetabilité est fortement cantonné face à toutes ces exclusions. Cela étant, une analyse plus poussée révèle plusieurs difficultés. D'une part, ces exclusions, relativement spécifiques dans leur formulation, touchent en réalité à des domaines très proches, autrement dit des domaines qui relèvent tous du vivant. Les différentes catégories d'exceptions ne sont pas réellement étanches, ce qui peut faire douter de l'intérêt d'une telle énumération limitative. D'autre part, il ressort de la jurisprudence que le champ d'application de ces exclusions est fortement limité. Cette liste relativement longue d'exclusions peut donc donner l'impression, voire l'illusion, d'un encadrement important en matière de brevetabilité du vivant, alors que la réalité semble tout autre. Pour comprendre cette réalité, il faut remettre ses éléments dans leur contexte. La rivalité économique entre le Vieux Continent et le Nouveau Monde – Europe et Amérique, plus spécifiquement États-Unis – se joue également en matière de propriété intellectuelle, et notamment sur le terrain de la brevetabilité. Or, les deux territoires, aux évolutions propres, adoptent des conceptions assez différentes pour construire leur système juridique. En droit des brevets, le système américain repose sur une conception utilitariste qui a pour conséquence que la loi sur les brevets ne prévoit aucune exclusion, et le juge n'a aucun pouvoir de création prétorien en la matière, à moins que l'exclusion ne soit fondée sur une disposition de ladite loi⁵⁷¹. La seule exclusion connue du système américain des brevets est celle des « *lois, produits et phénomènes de la Nature* », rattachée à l'article 101 du titre 35 de l'USC – la loi sur les brevets – ; exclusion qui peut être rapprochée de la nôtre qui porte sur les découvertes. Le système européen, inspiré des pays de droit écrit, prévoit spécifiquement les objets exclus du champ de brevetabilité ; certains en sont exclus parce qu'ils ne constituent pas des inventions⁵⁷², d'autres sont des inventions mais en sont exclus de manière exceptionnelle, à savoir des inventions portant sur le vivant⁵⁷³. Il faut toutefois se garder de cette vision purement manichéenne, car des rapprochements peuvent être faits : l'OEBC a tendance à se rapprocher de la conception utilitariste propre aux États-Unis, conception qui a d'ailleurs inspiré la directive de 1998 sur les inventions biotechnologiques⁵⁷⁴.

Or, le monde du vivant, comme son nom le laisse deviner, est un domaine éminemment complexe et périlleux à aborder, y compris en termes de brevetabilité : il implique en effet toutes sortes de considérations, qu'elles soient éthiques, morales, sociétales, ou encore environnementales. La propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit des brevets, doit-elle adopter une position

⁵⁷⁰ CBE, art. 53 et CPI, art. L. 611-19.

⁵⁷¹ F. Pollaud-Dulian, « L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des États-Unis », *D.* 2013. 2594.

⁵⁷² CBE, art. 52-2 et CPI, art. L. 611-10.

⁵⁷³ CBE, art. 53 et CPI, art. L. 611-16 à L. 611-19 ; F. Pollaud-Dulian, « L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des États-Unis », art. préc.

⁵⁷⁴ Dir. 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juil. 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOUE n° L 213/13 du 30 juil. 1998.

neutre face à ces considérations ou bien doit-elle les intégrer pour définir son champ de brevetabilité ? Sur ce point, les deux continents semblent se rapprocher. Aux États-Unis, depuis la jurisprudence *Chakrabarty*⁵⁷⁵, une bactérie nouvellement produite peut être brevetée, peu important son caractère vivant. Cette solution adoptée par la Cour Suprême réside dans l'impossibilité du juge à se prononcer sur les choses exclues du champ de brevetabilité, faute de précision légale ; c'est le cas du vivant. Il revient en effet au législateur, en l'occurrence au Congrès, de légiférer sur une matière aussi sensible mêlant les considérations susmentionnées⁵⁷⁶. Et le silence de la loi américaine étant toujours d'actualité, le vivant est largement accueilli dans le champ de brevetabilité ; la seule limite est donc la découverte.

Face à cette pratique, le concurrent européen n'a d'autre choix que de faire en sorte que son système lui permette de suivre cette tendance, tout en tenant compte des voix s'élevant contre la brevetabilité du vivant. Pour ce faire, la parade semble avoir été trouvée avec le système d'exceptions à la brevetabilité : tout en affichant une exclusion de façade de certaines inventions portant sur le vivant, leur application concrète est si réduite, si aménagée, qu'il en ressort une brevetabilité « *de fait* » du vivant. Sans dire qu'il s'agit d'une brevetabilité « *de principe* » – encore que le retour au principe se fait lorsqu'on est sorti de l'exception –, l'OEB, dans l'interprétation de ces exceptions, adopte une position assez libérale qui fait que ces exceptions sont rarement mises en œuvre. De surcroît, il est des exceptions qui ont été adoptées pour justement prendre en compte l'émoi suscité par certaines affaires, notamment celle de la souris oncogène de Harvard⁵⁷⁷. À la suite de cette affaire, l'exclusion des procédés de modification de l'identité génétique des animaux, ou encore l'exclusion des inventions portant sur les races animales ont été adoptées⁵⁷⁸. Pour autant, cela n'a pas empêché de breveter des inventions portant sur des animaux transgéniques *per se*, dès lors qu'ils ne sont pas revendiqués sous la forme d'une race animale⁵⁷⁹. De plus, ces exclusions sont extrêmement délicates à manier, car elles impliquent de mettre en équilibre la souffrance de l'animal et l'utilité de l'invention pour l'humanité. Or, des difficultés légitimes se font ressentir lorsqu'il s'agit de « *mesurer* » la souffrance animale : celle-ci doit s'apprécier à la date de demande du brevet, ce qui implique une appréciation nécessairement prospective. À cette date, il se peut que les souffrances animales ne soient encore que potentielles. Il semble donc nécessaire de se tourner vers l'autre repère, à savoir l'utilité de l'invention : il « *suffirait* » que la recherche menée par le titulaire le soit « *pour la bonne cause* » pour que ce dernier puisse légitimement croire que son

⁵⁷⁵ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

⁵⁷⁶ M.-A. Hermitte, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, éd. Quae, 2016, pp. 68-69.

⁵⁷⁷ Il s'agissait d'une souris transgénique prédisposée à développer le cancer par l'introduction dans son génome d'un gène susceptible de causer un cancer. Le brevet, accordé aux États-Unis, portait tant sur le procédé d'obtention de la souris oncogène que sur l'animal génétiquement modifié, ainsi que sur sa descendance qui portait l'oncogène, v. en ce sens J. Schmidt-Szalewski, « La notion d'invention face aux développements technologiques », art. préc., p. 249.

⁵⁷⁸ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, respectivement n° 283 et s. et n° 275 et s.

⁵⁷⁹ V. par exemple OEB, ch. rec., 3 oct. 1990, aff. T 19/90 ; solution reprise par le juge français, par exemple TGI Paris, 3^e ch., 1^{ère} sect., 14 fév. 2012, n° 08/17882, mentionné par J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 276.

invention « *apporterait un bénéfice médical substantiel* »⁵⁸⁰. En d'autres termes, ce sera très souvent l'intérêt scientifique qui primera, puisqu'il a pour finalité la sauvegarde de l'humanité, justifiant ainsi la souffrance animale⁵⁸¹. Quoi qu'il en soit, ces exceptions n'ont pas pour but de bannir l'utilisation des animaux à des fins expérimentales, ni d'affirmer que « *la brevetabilité des êtres vivants soit en son principe contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »⁵⁸².

165. Conclusion du Chapitre II. – L'étude de la forme en tant que critère de définition potentiel de l'objet de propriété intellectuelle fournit des résultats prometteurs en ce sens, tant dans une appréhension positive que dans une appréhension négative dudit objet.

De manière positive, l'étude de la forme permet indéniablement de rationaliser la diversité d'objets actuellement protégés en mettant en avant différentes catégories de formes, telles que les formes artistiques, les formes techniques, ou encore les formes mercatiques. L'analyse peut même être approfondie en dépassant ces catégories et en voyant dans la forme dite « *intelligible* » l'essence même de tout objet de propriété intellectuelle.

De manière négative, l'étude de la forme permet de synthétiser les différentes exclusions prévues par chaque droit de propriété intellectuelle, et même d'en révéler la transversalité ; tel est le cas de l'exclusion des idées et des informations s'agissant des formes dites abstraites, ou encore des découvertes s'agissant des formes dites « *naturelles* ». Les remises en cause de ces règles générales d'exclusion identifiées n'entachent pas le résultat auquel l'analyse aboutit. Ainsi, le critère de forme offre une première unification des objets de propriété intellectuelle qui, même si elle doit être appréhendée avec prudence, mérite d'être mise en avant.

166. Conclusion du Titre I. – La définition de l'objet de propriété intellectuelle peut se satisfaire de certains critères. D'une part, tout objet de propriété intellectuelle est immanquablement défini par sa nature immatérielle et la valeur économique qui l'innerve. D'autre part, l'hétérogénéité des objets de propriété intellectuelle peut être rationalisée à travers le critère de la forme.

L'immatérialité et la valeur économique propre à tout objet de propriété intellectuelle, bien que permettant de saisir l'essence de l'objet de propriété intellectuelle, ne permet pas de le différencier des autres objets partageant les mêmes traits.

Dans cette optique, l'étude de la forme en tant que critère potentiellement discriminant a révélé toutes ses potentialités en ce sens : la forme permet de mettre en cohérence les différents objets, voire de saisir sa substance au travers de sa forme intelligible ; elle permet aussi d'appréhender négativement l'objet en synthétisant les différentes exclusions consacrées. Mais l'appréhension transversale de l'objet de propriété intellectuelle à travers sa forme intelligible doit

⁵⁸⁰ *Ibid.*, n° 284.

⁵⁸¹ M.-A. Hermitte, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁸² J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 284.

être nuancée étant donné que son étude, menée essentiellement en droit d'auteur, souffre ainsi de la rareté d'études semblables menées en propriété industrielle.

En conclusion, si l'objet de propriété intellectuelle peut se définir, en l'état, à travers sa nature immatérielle et sa valeur économique, le critère de la forme joue un rôle complémentaire essentiel. Cet exercice de définition mené pour tenter de saisir l'objet de propriété intellectuelle doit désormais s'accompagner de l'exercice de qualification.

Titre II. La recherche d'une qualification transversale de l'objet de propriété intellectuelle

167. L'introuvable qualification de l'objet de propriété intellectuelle ? – Après avoir tenté de cerner intrinsèquement l'objet de propriété intellectuelle, il convient de le situer dans l'environnement juridique en procédant à sa qualification. Une qualification juridique s'entend d'une opération de qualification pour rattacher un fait, un acte juridique à une catégorie juridique existante. Or, pour pouvoir reconnaître clairement une catégorie juridique, il faut déterminer des « *critères de liaison* » unissant les différentes situations couvertes par une même qualification, et des « *critères de dissociation* » permettant d'opposer les catégories existantes⁵⁸³. L'exercice de qualification de l'objet de propriété intellectuelle n'est pas aisé, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, à chaque droit de propriété intellectuelle correspond un objet et, subséquent, une qualification qui lui est propre (l'œuvre de l'esprit pour le droit d'auteur, l'invention pour le droit des brevets, etc.). En revanche, en droit positif, il n'existe aucune qualification unitaire pour accueillir cette diversité d'objets. D'autre part, l'on tente de dépasser cette pluralité en les rattachant à la catégorie des biens⁵⁸⁴, notamment aux biens incorporels. Ainsi, les objets de propriété intellectuelle, qu'ils soient œuvres, inventions, etc., sont aux côtés du fonds de commerce ou encore des valeurs mobilières. Cependant, ce rattachement ne leur permet pas de se démarquer de ces autres biens et révèle, au surplus, une inadaptation des sous-catégories proposées par la catégorie des biens meubles. Il est donc nécessaire de rechercher une autre qualification qui serait à même de saisir *juridiquement* l'objet de propriété intellectuelle dans toutes ses réalités.

168. Création intellectuelle et investissement : les amants interdits ? – En tenant compte des évolutions ayant marqué le droit de la propriété intellectuelle, deux tendances semblent se dessiner : d'un côté, la qualification de création intellectuelle est, de manière récurrente, mise en avant pour désigner l'objet de propriété intellectuelle en tant que création issue de l'esprit humain ; de l'autre côté, la qualification d'investissement est, de manière innovante, proposée pour prendre acte de la logique d'investissement innervant la matière. Bien que ces qualifications soient régulièrement avancées en doctrine, rien ne garantit qu'elles soient de véritables qualifications juridiques. Pour le savoir, il convient de questionner ces qualifications en se demandant si l'une ou l'autre – ou les deux – est en mesure de couvrir la diversité d'objets accueillis par le droit de la propriété intellectuelle, ce qui implique d'identifier des critères de liaison, c'est-à-dire des critères communs susceptibles de rassembler ces différents objets sous une même qualification. Mais, à la différence de l'exercice de définition de l'objet de propriété intellectuelle, l'exercice de qualification implique de saisir l'essence de la notion qualifiante. Il s'agit donc de saisir, et toujours à l'aide de l'approche transversale entre les différents objets de propriété intellectuelle, la substance de la création

⁵⁸³ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, n° 182.

⁵⁸⁴ V. *infra* n° 251.

intellectuelle et de l'investissement afin de savoir si ces notions peuvent *juridiquement* qualifier lesdits objets.

Classiquement, ces deux notions sont opposées : alors que la création tend vers le personnalisme qui place au centre du système juridique le créateur personne physique, l'investissement s'inscrit dans une logique économique qui privilégie les investisseurs entendus largement, c'est-à-dire les exploitants, les producteurs, ou encore les employeurs, qu'ils soient personnes physiques ou morales. L'opposition entre ces deux notions est telle que la prévalence de l'une nuirait nécessairement à l'autre, et réciproquement. En réalité, les relations sont – ou devraient être – moins antinomiques qu'il n'y paraît. Cependant, les obstacles notionnels sont tels qu'il est difficile de les dépasser. Il est donc nécessaire de choisir entre l'une ou l'autre de ces qualifications. À ce titre, privilégier la qualification d'investissement n'apparaît pas souhaitable en ce qu'elle se révèle inadéquate pour saisir l'objet de propriété intellectuelle (Chapitre I). La qualification de création intellectuelle ne le serait pas davantage, à moins d'une adaptation de son essence (Chapitre II).

Chapitre I. L'inadéquation de la qualification d'investissement

169. L'appréhension de l'objet de propriété intellectuelle à travers l'investissement. – L'étude de l'investissement en propriété intellectuelle est un sujet qui suscite un gain d'intérêt ; la doctrine récente y accorde d'ailleurs une attention toute particulière⁵⁸⁵, compte tenu des liens existants entre ces deux domaines. Cependant, ces relations sont ambivalentes, tant les implications de l'investissement en propriété intellectuelle peuvent être diverses : elles permettent d'apporter une dose de réalisme au droit de la propriété intellectuelle, mais instiguent aussi une forme de déshumanisation. Cela se vérifie dans l'ensemble de la matière, et plus particulièrement au sein de la propriété littéraire et artistique qui est de tradition personnaliste⁵⁸⁶. Il suffit de prendre pour exemple le cas des créations générées par intelligence artificielle : les personnes réclamant leur protection ne recherchent pas la défense de leur art ou de leur inventivité, mais avant tout la protection des investissements réalisés dans l'intelligence artificielle capable de créer. C'est ainsi que, très justement, certains auteurs parlent de « *réflexe quasi pavlovien des investisseurs dans une économie basée désormais avant tout sur les actifs immatériels* » qui formulent de telles demandes⁵⁸⁷. En d'autres termes, l'investissement serait l'objet idoine du droit de la propriété intellectuelle. Cela étant, avant de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse avancée, il convient d'interroger « *la place de la protection de l'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle* »⁵⁸⁸ afin de déterminer si l'investissement constitue une catégorie juridique propre à unifier les droits de propriété intellectuelle. En ce sens, il apparaît nécessaire de rechercher les manifestations concrètes de l'investissement en propriété intellectuelle, dont il apparaît qu'elles sont équivoques (Section 1) et d'en mesurer les implications qui s'avèrent inopportunes pour le maintien de certains principes directeurs de la matière (Section 2).

Section 1. L'attraction des droits de propriété intellectuelle vers la qualification d'investissement

170. Les relations inextricables de l'investissement et du droit de la propriété intellectuelle. – Les relations entre l'investissement et le droit de la propriété intellectuelle sont loin d'être aisées à saisir. Il est possible de relever, au sein du droit de la propriété intellectuelle, de multiples manifestations de l'investissement qui se répandent dans plusieurs directions ; si certaines sont explicites, la grande majorité sont implicites en ce qu'elles sont déduites de textes, de règles que

⁵⁸⁵ A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, th. Univ. de Lille, 2021 ; C. Le Goffic (dir.), *Investissement et propriété intellectuelle*, Dalloz, 2023.

⁵⁸⁶ C'est ce qui explique que certains développements portent essentiellement sur la propriété littéraire et artistique : il s'agit de relever la convergence de l'esprit du droit d'auteur vers la logique des droits de propriété industrielle.

⁵⁸⁷ Ch. Geiger, comm. ss. U.S. Copyright Office, Review Board, 14 fév. 2022, aff. ID 1-3ZPC6C3, « De l'Intelligence Artificielle comme auteur ? », *Propri. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 80 et s., spéc. p. 83-84.

⁵⁸⁸ *Loc. cit.*

L'on pense fondées sur une *logique* d'investissement, cette dernière apparaissant davantage comme une *ratio legis* que comme une catégorie juridique définie. Les occurrences identifiables de l'investissement en propriété intellectuelle dépassent par ailleurs le seul objet de propriété intellectuelle en ce que cette *logique* d'investissement se propage de manière tentaculaire et incontrôlée en la matière. Dans d'autres champs du droit, l'importance prise par l'investissement est telle qu'elle fait, désormais, du droit de la propriété intellectuelle un investissement à proprement parler.

Ainsi l'exercice de qualification de l'objet de propriété intellectuelle s'accommode mal de la notion d'investissement. Cela se perçoit dans le caractère désordonné de ses manifestations au sein de la matière (§1), tandis que le droit des investissements semble, quant à lui, accueillir la matière en son sein, sans pour autant lui conférer une cohérence interne (§2).

§1. Des manifestations désordonnées de l'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle

171. L'investissement : épiphénomène ou phénomène du droit de la propriété intellectuelle ? – Les manifestations de l'investissement en droit de la propriété intellectuelle sont, certes, plurales mais difficilement identifiables. Certaines sont explicitées, d'autres sont inférées. L'on pense pouvoir en déduire une *logique* d'investissement cohérente et ordonnée innervant le droit de la propriété intellectuelle dans son ensemble, de manière transversale. Or, les diverses manifestations de l'investissement en propriété intellectuelle sont distillées ici et là, manquent d'harmonie et de cohérence et donnent à l'investissement des airs d'épiphénomène.

Ainsi, la notion d'investissement pour qualifier la propriété intellectuelle apparaît à travers la dispersion du phénomène au sein du droit de la propriété intellectuelle (A) et dans le développement d'une *logique* d'investissement comme justification des droits de propriété intellectuelle (B).

A. La dispersion du critère d'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle

172. De l'investissement en droit de la propriété intellectuelle... – La cohérence d'un mouvement s'analyse dans sa constance et dans sa réalité. En droit de la propriété intellectuelle, il est tout à la fois réel et remarquable que la logique d'investissement produise des implications concrètes. Elle justifie, par exemple, la mise en place de protections privatives tournées vers la préservation de l'investissement, tels que les droits voisins du droit d'auteur, ou encore le droit *sui generis* sur la base de données. Le législateur européen fait régulièrement référence à cette logique d'investissement pour tenir compte de ce paramètre crucial pour les acteurs économiques⁵⁸⁹. Toutefois, ce constat est insuffisant pour caractériser une qualification juridique. Pour y parvenir, il conviendrait en effet de démontrer que les manifestations récurrentes de la notion

⁵⁸⁹ V. *infra* n° 200.

d'investissement qui interviennent dans la propriété intellectuelle s'inscrivent dans une logique unitaire, sous-tendant l'ensemble de la matière. Or, quantitativement, les renvois à la notion d'investissement sont peu nombreux au sein du droit de la propriété intellectuelle. Ces références sont en outre qualitativement discutables dans la mesure où la teneur des investissements retenus est hétérogène. Ainsi, on constate une dispersion de ses manifestations (1) qui sont, en outre, vagues s'agissant de la nature de l'investissement en question (2).

1. Les manifestations dispersées de l'investissement

173. Les références explicites à l'investissement en droit français. – Du point de vue légal, en droit interne, certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle utilisent le terme d'investissement. Ce sont des dispositions qui portent, pêle-mêle, sur la rémunération due au titre du droit voisin des éditeurs de presse⁵⁹⁰, sur l'organisation des organismes de gestion collective⁵⁹¹ et la gestion des droits qui leurs sont confiés⁵⁹², sur le droit *sui generis* du producteur d'une base de données⁵⁹³ et sur le calcul de la réparation due au titre de la contrefaçon sur le plan civil⁵⁹⁴. Plus précisément, l'investissement est pris en compte pour déterminer la rémunération de certains titulaires, notamment des droits voisins des éditeurs de presse. L'investissement est également examiné en matière de contrefaçon pour déterminer le montant de la réparation due au titulaire victime, en intégrant dans le calcul les économies d'investissement intellectuels, matériels ou promotionnels retirés par le contrefacteur de l'atteinte au droit. L'investissement permet encore de conditionner l'octroi de la protection due au titre du droit *sui generis* sur la base de données. Ces occurrences révèlent qu'il n'y a pas de cohérence d'ensemble dans l'usage du terme « *investissement* », qui emprunte des chemins différents, à savoir la rémunération, la réparation, ou encore l'octroi de la protection.

174. Les références prétoriennes. – Du point de vue jurisprudentiel, il est possible de relever quelques arrêts qui se réfèrent à la notion d'investissement. Toutefois, la jurisprudence de l'Union européenne n'aborde pas la notion d'investissement dans un sens unitaire. L'investissement, en tant que critère de protection dans le cadre du droit *sui generis* sur les bases de données, a successivement fait l'objet de précisions dans la série d'arrêts rendus en 2004⁵⁹⁵ et dans l'arrêt *Online Latvia*⁵⁹⁶. L'investissement est envisagé à titre de fonction en droit des marques. Cette fonction,

⁵⁹⁰ CPI, art. L. 218-4, al. 2.

⁵⁹¹ CPI, art. L. 323-6, al. 4, 3^o.

⁵⁹² CPI, L. 324-9, al. 1^{er}, 1^o et L. 324-11.

⁵⁹³ CPI, art. L. 341-1 et L. 342-5.

⁵⁹⁴ CPI, art. L. 331-1-3, al. 1^{er}, 3^o ; art. L. 521-7, al. 1^{er}, 3^o ; art. L. 615-7, al. 1^{er}, 3^o ; art. L. 623-28, al. 1^{er}, 3^o ; art. L. 716-4-10, al. 1^{er}, 3^o et art. L. 722-6, al. 1^{er}, 3^o.

⁵⁹⁵ CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. OPAP*, aff. C-444/02 ; CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus AB*, aff. C-46/02 ; CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*, aff. C-338/02 ; CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *British Horseracing Board (BHB) c. William Hill Organisation*, aff. C-203/02.

⁵⁹⁶ CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, déc. préc. V. également *infra* n^o 176 et s.

identifiée par l'arrêt *L'Oréal c. Bellure*⁵⁹⁷, a été quelque peu précisée par l'arrêt *Interflora*, permettant au titulaire d'« acquérir ou [de] conserver une réputation susceptible d'attirer ou de fidéliser des consommateurs »⁵⁹⁸. Cependant, cette fonction d'investissement demeure assez nébuleuse tant dans sa mise en œuvre que dans son esprit compte tenu, notamment, des liens étroits qu'elle entretient avec la fonction de publicité de la marque⁵⁹⁹ et de son application sporadique en pratique⁶⁰⁰. La réforme récente du droit des marques n'aborde pas davantage cette notion d'investissement⁶⁰¹. Enfin, il peut arriver que l'investissement soit mentionné en tant que finalité de la protection privative. Dans l'arrêt *Cofemel*, le juge de l'Union a précisé que le droit des dessins et modèles, au contraire du droit d'auteur, « est destinée à s'appliquer [...] pour permettre de rentabiliser les investissements nécessaires à la création et à la production de ces objets »⁶⁰².

Dans les arrêts rendus par la Cour de cassation en droit interne, en faisant abstraction des références aux investissements dans les moyens du demandeur au pourvoi (que ce soient ceux auxquels la Cour de cassation répond ou ceux reproduits en annexe)⁶⁰³, des références aux investissements dans le cadre d'une action en concurrence déloyale et parasitaire, les références explicites à l'investissement dans le cadre d'un litige de propriété intellectuelle dans la motivation des arrêts sont très rares. Les quelques renvois à la notion d'investissement décelés sont essentiellement opérés à l'occasion de la caractérisation du droit *sui generis* sur les bases de données⁶⁰⁴. Cette rareté d'occurrences a une explication rationnelle : compte tenu du peu de références à la notion d'investissement dans la loi, la haute juridiction n'a pas davantage de raison(s) de s'y référer.

Pour aller plus loin, le peu d'occurrences dans la loi traduit une absence de conceptualisation de la notion d'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle. À l'exclusion du cas spécifique du droit *sui generis* des bases de données, l'investissement n'est pas perçu comme une notion, une qualification, un critère, ou encore une condition idoine en la matière. Il en ressort une notion abstraite.

⁵⁹⁷ CJCE, 18 juin 2009, *L'Oréal SA c. Bellure NV*, aff. C-487/07.

⁵⁹⁸ CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, aff. C-323/09, pt. 60 : J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, obs. ss. déc. préc., « Droit du numérique », *D.* 2012. 2343 ; S. Durrande, obs. ss. déc. préc., « Droit des marques », *D.* 2012. 1362 ; C Manara, comm. ss. déc. préc., « Publicité sur des moteurs de recherche : contrefaçon ou parasitisme », *D.* 2011. 2332 ; J.-P. Clavier, note ss. déc. préc., « La CJUE tente de préciser la fonction d'investissement de la marque », *LEPI* n° 10, 15 nov. 2011, p. 6.

⁵⁹⁹ Dans l'arrêt *Interflora* précité, le juge de l'Union a relevé cette possible confusion entre les deux fonctions, CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, déc. préc., pt. 61.

⁶⁰⁰ Y. Basire, *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, LexisNexis, 2014, n° 227 ; M. Vivant, « Marque et fonction sociale de la marque. Ou quand la réalité passe par le rêve ? », in *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle – Journées Y. Reboul*, C. Geiger, J. Schmidt-Szalewski (dir.), LexisNexis/LITEC, 2010, p. 145 et s., spéc. p. 153 et s.

⁶⁰¹ J.-M. Bruguière, « Rapport de synthèse », in *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 10.

⁶⁰² CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, déc. préc., pt. 50.

⁶⁰³ À titre d'exemples, peuvent être relevés : Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-16.806 ; Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-14.549 ; ou encore Cass. com., 23 juin 2015, n° 13-25.082.

⁶⁰⁴ V. par exemple : Cass. com. 10 fév. 2015, n° 12-26.023 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 2015, n° 14-14.501 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, déc. préc.

2. Le flou de la notion d'investissement au sein de la propriété intellectuelle

175. Être et avoir. – Compte tenu de l'importance grandissante de la référence à l'investissement en propriété intellectuelle, certaines voix s'élèvent pour faire de celui-ci l'objet transversal et, partant, unitaire de propriété intellectuelle⁶⁰⁵. Étudier la faisabilité de cette hypothèse implique d'appréhender l'investissement *per se*. Or l'investissement correspond aux deux faces d'une même pièce en ce qu'il implique l'action d'investir mais également le résultat escompté de cette action. Dès lors, l'objet de propriété intellectuelle va-t-il porter sur l'action d'investir ou sur le résultat escompté, ou encore sur les deux ? Comment imaginer que le droit de la propriété intellectuelle soit fonction de la seule valeur investie ? N'est-ce pas plutôt le résultat produit grâce à l'investissement qui est déterminant ? Dans ce cas, d'autres difficultés surgissent alors : quel type de résultat faut-il prendre en compte ? Le retour sur investissement lui-même ou, plus subtilement, la création conçue – notamment – grâce à l'investissement ? La difficulté se situe également sur la nature de l'investissement à prendre en compte. En effet, une distinction peut être faite entre l'investissement intellectuel et l'investissement financier ou matériel, même si, la plupart du temps, les deux types d'investissement coïncident⁶⁰⁶.

En somme, deux sortes d'investissement peuvent être distingués : un investissement qui renvoie à l'action d'investir en intégrant progressivement dans l'analyse les investissements financiers, matériels ; l'approche de l'investissement se veut ici objective (a) ; un investissement qui renvoie également au fait de s'investir lorsqu'il est fait référence à l'investissement dit intellectuel ; l'approche de l'investissement s'avère alors subjective (b).

a. L'approche objective de l'investissement

176. L'investissement quantifiable objet de propriété intellectuelle ? – L'investissement s'entend, tout d'abord, de l'action d'investir, c'est-à-dire engager une ressource, une valeur qui sera, la plupart du temps, quantifiable en argent. À ce titre, l'investissement a quelque chose de certain et d'actuel⁶⁰⁷. Ce fait d'investir est « finalisé »⁶⁰⁸, car l'investissement implique également un résultat qui est espéré, consistant en un retour sur investissement : concrètement, l'investisseur espère récupérer, en plus de son investissement, un profit. La deuxième face de cette même pièce est empreinte d'aléa, rendant ainsi l'investissement risqué par définition – le risque étant généralement de perdre la mise de départ. De ces premiers éléments, nous pouvons déduire que l'investissement

⁶⁰⁵ Telle est la thèse défendue par A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, et A. Dépinoy, « Panorama des occurrences de l'investissement en droit de la propriété intellectuelle : ici, ailleurs, hier, aujourd'hui et demain », in *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 31 et s.

⁶⁰⁶ A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 128 : « de nos jours, la plupart des objets de propriété intellectuelle sont le fruit d'une combinaison d'investissements intellectuel et financier » ; *adde*. Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n° 10, 2001, p. 70 et s., spéc. p. 105 et s., qui présente de manière complète les différentes manières dont ces deux investissements peuvent être mis en œuvre.

⁶⁰⁷ A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 11.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, n° 10.

est « *diachronique* »⁶⁰⁹, car il implique une action – l'action d'investir – et un résultat – le retour sur investissement ; la première phase étant certaine alors que la seconde est soumise à l'aléa. Par ailleurs, l'investissement, intimement lié aux sciences économiques, est arrimé à l'idée de lucre. Cela signifie que l'investissement est, avant tout, tant dans l'action d'investir que dans le résultat escompté, financier ou, plus sûrement, « *évaluable en argent* »⁶¹⁰.

Au regard de ces éléments, une jeune doctrine s'est efforcée d'en dégager une définition. C'est ainsi que Monsieur Grundeler propose sobrement de définir l'investissement comme « *un acte juridique par lequel une personne engage une valeur dont elle attend une rémunération liée aux profits tirés de l'exploitation* »⁶¹¹. Madame Dépinoy, en ajoutant explicitement la circonstance de l'aléa, propose de définir l'investissement comme « *une situation de fait d'engagement de valeurs dans un objet déterminé, afin d'en obtenir en retour 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* »⁶¹².

En renvoyant à l'action d'investir⁶¹³, les définitions existantes de la notion d'investissement renvoient à l'*avoir*, cette catégorie de la réalité humaine qui s'est déployée avec l'essor du capitalisme moderne, modèle économique qui, lorsqu'il est fondé sur le libéralisme économique, légitime l'enrichissement individuel et s'émancipe des considérations morales ou spirituelles⁶¹⁴. Ce sens contient les différents types d'investissement qui sont quantifiables, tels que les investissements financiers ou encore matériels. Il est alors possible de se demander si l'objet de propriété intellectuelle peut être envisagé à travers les seuls investissements quantifiables qu'il nécessite. L'analyse révèle que la réception de l'investissement en droit de la propriété intellectuelle est imparfaite et pernicieuse.

177. Le déterminisme relatif de l'investissement. – Certes, l'investissement est sollicité pour fonder certaines protections, voire pour conditionner l'octroi de certaines protections. En ce sens, il est acquis que les droits voisins octroyés aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et aux éditeurs de presse ont pour principale raison l'existence d'investissements financiers, matériels importants⁶¹⁵. Il est également incontestable que la reconnaissance du droit *sui generis* sur les bases de données repose sur la preuve d'un investissement qui doit présenter des qualités particulières. En revanche, dans les autres droits de propriété intellectuelle, la caractérisation d'un

⁶⁰⁹ *Ibid.*, nos 15-17 ; C. Tilloy, « Investissement et droit des propriétés intellectuelles », in *Le concept d'investissement*, H. Causse, M. Sinkondo (dir.), Bruylant, 2011, n° 2.

⁶¹⁰ A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 12.

⁶¹¹ De cette définition ressortent deux critères : la réalisation d'un apport et l'incertitude de la rémunération attendue, G. Grundeler, *L'investissement (étude juridique)*, PUAM, 2017, n° 398.

⁶¹² A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 24.

⁶¹³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « Investissement ».

⁶¹⁴ M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. I. Kalinowski, 4^e éd., Flammarion, 2017 : la religion protestante, ne faisant pas de l'enrichissement personnel un péché, constitue une terre d'accueil pour le capitalisme moderne, cet enrichissement étant perçu comme la manifestation d'une *vocation* pour celui qui en est capable, et non nécessairement comme un désir de convoitise sans limites.

⁶¹⁵ G. Vercken, « La prise en compte de la notion d'investissements en droits voisins », in *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 67 et s. ; J.-M. Bruguière, « Rapport de synthèse », in *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 179 et s., spéc. n° 13.

objet de propriété intellectuelle protégé ne repose aucunement sur l'identification d'un quelconque investissement : ainsi, la distinctivité d'un signe⁶¹⁶, l'originalité d'une œuvre de l'esprit, la brevetabilité d'une invention, ou encore la protection d'une topographie de semi-conducteur⁶¹⁷ ne dépendent pas des investissements réalisés autour de ces objets, même si la logique d'investissement imprègne déjà certaines de ces protections⁶¹⁸. *A fortiori*, le droit *sui generis* lui-même, dont l'octroi se fonde sur une condition d'investissement, n'intègre pas dans cette condition tous types d'investissements. Grâce à la jurisprudence de l'Union, le critère de l'investissement a en effet été précisé, d'abord par la série d'arrêts rendus en 2004⁶¹⁹, puis par l'arrêt *Online Latvia* en 2021⁶²⁰. Parmi les arrêts de 2004, l'arrêt *British Horseracing Board* est celui qui apporte des précisions quant à la condition d'investissement et à l'étendue des droits conférés⁶²¹. Il a, tout d'abord, recentré la notion d'investissement en affirmant que le bénéfice de cette protection est réservé aux bases de données dont « l'obtention, la vérification ou la présentation [du] contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif »⁶²². Il s'agit de protéger « l'investissement, rien que l'investissement [...] mais pas n'importe quel investissement »⁶²³. Ensuite, il l'a recentré en établissant un lien direct entre l'investissement et l'étendue des droits octroyés au producteur en estimant que « la notion de partie substantielle, évaluée de façon qualitative, du contenu de la base de données se réfère à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée »⁶²⁴. Autrement dit, la partie substantielle ne s'évalue pas par rapport au contenu dans son ensemble, mais par rapport à l'importance de l'investissement que cette partie a nécessité⁶²⁵. Le recentrage de la notion d'investissement a donc corrélativement restreint le champ d'appropriation par le droit *sui generis*, dans la mesure où ce n'est pas n'importe quel investissement qui peut faire naître un tel droit ; l'étendue de la protection est aussi restreinte, étant donné que « le pouvoir d'interdire du producteur est strictement fonction de l'investissement pertinent fait »⁶²⁶. Outre ces

⁶¹⁶ *Ibid.*, n° 10 ; *contra*. Y. Basire, « La notion d'investissement en droit des marques », in *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 87 et s.

⁶¹⁷ M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 85.

⁶¹⁸ À propos du droit des brevets, Ph. Gaudrat, M. Vivant, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004, n° 1 et J.-M. Bruguière, « Rapport de synthèse », art. préc., n° 11 ; à propos du droit sur les topographies de semi-conducteurs, M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 85.

⁶¹⁹ CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. OPAP*, déc. préc. ; CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*, déc. préc. ; CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *British Horseracing Board (BHB) c. William Hill Organisation*, déc. préc.

⁶²⁰ CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, déc. préc. : P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « La CJUE restreint fortement la portée du droit *sui generis* », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2022, comm. 1 ; J. Larrieu, « Bases de données : le droit *sui generis* en péril ? », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2022, comm. 5 ; *contra*. J.-M. Bruguière, comm. ss. déc. préc., « Droit des producteurs de bases de données », *Propr. Intell.* n° 23, avr. 2022, p. 40 et s.

⁶²¹ Ch. Caron, « Importantes décisions de la Cour de justice sur les bases de données », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2005, comm. 2.

⁶²² CJCE, 9 nov. 2004, *British Horseracing Board (BHB) c. William Hill Organisation*, déc. préc., pt. 29.

⁶²³ M. Vivant, « L'investissement, rien que l'investissement », *RLDI* n° 3, mars 2005, n° 2.

⁶²⁴ CJCE, 9 nov. 2004, *British Horseracing Board (BHB) c. William Hill Organisation*, déc. préc., pt. 71.

⁶²⁵ M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, p. 361 et s., spéc. n° 14.2.

⁶²⁶ *Loc. cit.*

précisions, l'arrêt *Online Latvia* a ajouté une nouvelle condition à la mise en œuvre du droit *sui generis*. Désormais, les actes d'extraction et de réutilisation du contenu d'une base ne peuvent être interdits par le producteur que si ces actes ont pour effet de le priver de revenus « censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement »⁶²⁷. En somme, même si l'investissement est le critère idoine pour reconnaître un droit *sui generis*, les limites qui l'entourent nuancent grandement le principe d'une protection de l'investissement.

178. Le rattachement discutable à la propriété intellectuelle des protections essentiellement fondées sur un investissement. – Les protections actuellement fondées sur la reconnaissance d'un investissement, à savoir les droits voisins dits « économiques » et le droit *sui generis* sur la base de données, ne bénéficient pas d'une pleine intégration au sein du droit de la propriété intellectuelle. S'agissant des droits voisins, un éloignement progressif de cette idée de voisinage peut être constaté. Le voisin « direct » du droit d'auteur est le droit voisin octroyé à l'artiste-interprète, dans la mesure où ce droit porte sur une interprétation, c'est-à-dire sur un objet relevant du domaine de l'artistique⁶²⁸. L'écart se creuse quelque peu entre le droit voisin du producteur de phonogramme ou de vidéogramme et le droit voisin de l'artiste-interprète et, par extension, vis-à-vis de l'auteur. Ce producteur met à disposition des acteurs de la création, à savoir les auteurs et les artistes-interprètes, les moyens matériels et financiers nécessaires pour créer, ainsi que pour exploiter. L'attribution d'un droit voisin est donc essentiellement économique, puisque l'activité de création n'est pas menée par le producteur, ce dernier étant chargé de l'exploitation économique de l'œuvre. Pour autant, cela n'empêche pas de justifier le voisinage avec le droit d'auteur, dans la mesure où le producteur reste dans le domaine du son ou de l'audiovisuel. L'écart continue de se creuser maintenant que les éditeurs de presse bénéficient également d'un droit voisin. Au regard de l'objet de ce droit qu'est la publication de presse, le lien avec le droit d'auteur n'est pas totalement rompu, dès lors que la publication de presse peut comprendre des œuvres littéraires journalistiques, c'est-à-dire des œuvres de l'esprit protégées par un droit d'auteur, ou toutes autres œuvres ou objets protégés⁶²⁹. En tout état de cause, le lien est de plus en plus ténu étant donné que la création de ce droit est justifiée, avant tout, par l'importance des investissements réalisés dans le secteur de la presse et par la concurrence féroce qui existe entre les éditeurs eux-mêmes, mais aussi – et surtout – entre les éditeurs et les agrégateurs d'informations, apparaissant ainsi comme un droit « voisin... des droits voisins »⁶³⁰. Dès lors, se dessine une (dé)gradation en termes de voisinage qui fait, peu à peu, perdre de vue le lien avec le droit d'auteur. S'agissant du droit *sui generis*, la physionomie de son régime de protection peut rappeler la protection conférée au titre du parasitisme dans le cadre d'une

⁶²⁷ CJUE, 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, déc. préc., pt. 37.

⁶²⁸ Il semblerait même que la prééminence du droit d'auteur sur ce droit voisin, instaurée notamment par l'article L. 211-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « [L]es droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs », serait, en réalité, une hiérarchie « accidentelle » qui n'a rien d'« essentielle », v. en ce sens O. Salomon, *Interprétation artistique et propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2023, n° 1180 et s.

⁶²⁹ CPI, art. L. 218-1.

⁶³⁰ T. Azzi, « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », art. préc.

action de droit commun⁶³¹, sans s'analyser comme un véritable droit d'auteur et l'intégration de ces protections au sein du Code de la propriété intellectuelle ne semble rien changer quant aux doutes émis à propos de leur nature juridique.

Qualifier transversalement l'objet de propriété intellectuelle par l'investissement entendu de manière subjective serait, certes, plus commode, mais pas davantage souhaitable.

b. L'approche subjective d'un investissement intellectuel

179. L'investissement intellectuel objet de propriété intellectuelle ? – L'investissement ne désigne pas seulement le fait d'investir ; il désigne tout autant le *fait de s'investir*. Ici, c'est *l'être* qui entre en action, en mettant à disposition du temps, de l'énergie, des efforts qui, au contraire du fait d'investir, sont difficilement quantifiables. En droit de la propriété intellectuelle, cet investissement, perçu de manière subjective, reçoit une illustration à travers la notion d'investissement intellectuel. Cette notion est avant tout une construction doctrinale, qui se fonde sur la notion d'apport intellectuel⁶³² dont la première référence remonte à l'arrêt *Babolat c. Pachot*⁶³³ rendu à propos de la protection du logiciel par le droit d'auteur. C'est particulièrement en ce domaine que le juge invoque parfois la notion d'apport intellectuel, d'effort intellectuel et expressément la notion d'investissement intellectuel⁶³⁴. L'expression « *apport intellectuel* » a pu être invoquée en jurisprudence pour reconnaître la protection d'une base de données au titre du droit *sui generis*. L'arrêt a été vivement critiqué au motif que la référence à l'apport intellectuel du producteur pour octroyer cette protection traduisait une confusion malheureuse entre l'originalité, condition propre au droit d'auteur, et l'investissement substantiel, condition propre au droit *sui generis*⁶³⁵.

S'agissant des autres droits de propriété intellectuelle, à l'exception du droit sur les topographies de semi-conducteurs dont la protection dépend de la preuve d'un effort intellectuel⁶³⁶, les références à l'investissement intellectuel, à l'apport intellectuel ou encore à l'effort intellectuel sont rares voire inexistantes, que ce soit dans la loi ou dans la jurisprudence⁶³⁷. Ici encore, l'absence de références

⁶³¹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 221.

⁶³² L'apport intellectuel et l'investissement intellectuel peuvent, en effet, être traités comme des synonymes, A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 40.

⁶³³ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c. Pachot*, n° 83-10.477.

⁶³⁴ Cass. civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24.145 : J.-M. Bruguière, *comm. ss. déc. préc.*, « Titularité des droits », *Propr. Intell.* n° 51, avr. 2014, p. 153 et s. ; P. Sirinelli, *comm. ss. déc. préc.*, « Chronique de jurisprudence – Accès à la protection », *RIDA* n° 244, avr. 2015, p. 217 et s., spéc. p. 219 et s. ; L. Costes, *note ss. déc. préc.*, « Originalité d'une interview diffusée sur internet », *RLDI* n° 102, 1^{er} mars 2014 ; *adde.* A. Dépinoy, « Panorama des occurrences de l'investissement en droit de la propriété intellectuelle : ici, ailleurs, hier, aujourd'hui et demain », *art. préc.*, p. 37.

⁶³⁵ Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427 : Ch. Caron, *comm. ss. déc. préc.*, « Bases de données : droit sui generis, droit d'auteur ou parasitisme ? », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2010, *comm.* 84 ; C. Castets-Renard, *comm. ss. déc. préc.*, « L'annuaire France Télécom protégé par le droit sui generis des bases de données », *RLDI* n° 62, 1^{er} juil. 2010 ; N. Bouche, *comm. ss. déc. préc.*, « Conditions du droit sui generis du producteur de base de données », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2010, *comm.* 43.

⁶³⁶ CPI, art. L. 622-1, al. 1^{er}.

⁶³⁷ Toutefois, il peut être relevé une décision de l'ancien Tribunal de grande instance de Paris qui s'est référée à l'effort intellectuel pour caractériser l'originalité d'un dessin ou modèle, TGI Paris, 13 juin 1986, mentionné par J. Aze^{ma}, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1329.

explicites à l'investissement intellectuel dans les autres des droits de propriété intellectuelle, ou son usage malaisé dans ceux qui la rencontrent, contribuent à l'écartier comme notion fédératrice de la matière.

180. Une notion plastique. – Cependant, la notion d'investissement intellectuel peut être entendue de manière suffisamment large et malléable. Cette malléabilité provient de l'appréhension économique de l'investissement intellectuel. Avant d'apparaître en droit, la notion avait déjà été étudiée en économie. Elle désigne la connaissance comme ressource de l'entreprise, « *capitalisée sous la forme d'un potentiel technologique ou social* »⁶³⁸. À travers l'investissement intellectuel, le savoir est considéré comme le « *véritable investissement des temps modernes* »⁶³⁹, et la recherche, notamment universitaire, en est l'illustration incontournable⁶⁴⁰. Une précision est formulée : à travers l'épithète « *intellectuel* », c'est un « *investissement dans l'intelligence* » qui est visé, de sorte que la notion doit se détacher de l'acception très large, voire générique du mot « *intellectuel* » faisant référence à tout ce qui peut être d'ordre mental⁶⁴¹. Ce détour par l'économie permet de mieux saisir la plasticité de la notion. En portant sur *l'intelligence dans l'investissement*, elle serait susceptible d'accueillir les différentes réalités que recouvrent certaines conditions de protection propres à chaque droit de propriété intellectuelle, à savoir l'originalité, la distinctivité, l'activité inventive, ou encore le caractère propre. En effet, la notion d'investissement intellectuel est tout à fait en mesure d'accueillir toutes les manifestations de la création, mais aussi du travail, l'intelligence étant un « *outil* » qui permet de construire, de fabriquer, d'inventer, d'imaginer ou encore de créer⁶⁴². Elle permet donc de ne pas s'encombrer ni avec la notion difficilement praticable de création, ni avec la notion trop extensive de travail. En somme, la notion d'investissement intellectuel serait suffisamment commune et flexible pour appréhender cette diversité de réalités constituée par les différents objets de propriété intellectuelle.

181. Une plasticité qui tord les frontières de la matière. – Cependant, cette plasticité constitue également une limite. En ce sens, la crainte essentielle réside dans le risque d'abaissement global du seuil d'exigence requis au sein des différents droits de propriété intellectuelle. Cette crainte formulée a déjà reçu une application concrète en droit d'auteur avec ce que l'on nomme l'objectivation de la condition d'originalité. Dans sa définition, la condition d'originalité est passée

⁶³⁸ P. Caspar, « L'investissement intellectuel », *REI* n° 43, 1988, p. 110.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 107.

⁶⁴⁰ A. Page, « L'investissement intellectuel », *Revue Tiers-Monde* n° 9-10, 1962, p. 89 et s. ; P. Caspar, « L'investissement intellectuel », art. préc., p. 113.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 112.

⁶⁴² *Loc. cit.* Cette diversité d'intelligences susceptibles d'être accueillies par la notion d'investissement intellectuel évoque la théorie des intelligences multiples mise au point par Howard Gardner en 1983 distinguant sept types d'intelligences, telles que l'intelligence linguistique, l'intelligence musicale, ou encore l'intelligence logico-mathématique, et qu'il a complété en 1993 avec une huitième intelligence, l'intelligence naturaliste. V. en ce sens H. Gardner, *Les intelligences multiples*, trad. Ph. Evans-Clark, M. Muracciole, N. Weinwurz, éd. Retz, 2008.

de l’empreinte de la personnalité à l’apport intellectuel propre à son auteur⁶⁴³, un changement qui a rendu la condition d’originalité plus praticable pour accueillir les œuvres « *de petite monnaie* » et les œuvres dites « *informatives* », telles que les bases de données et les logiciels. Un tel risque d’abaissement du seuil d’exigence est, d’ailleurs, intimement lié à la définition originellement économique de l’investissement⁶⁴⁴. Celle-ci déteint sur la notion d’investissement intellectuel, permettant que l’exigence en termes d’efforts humains soit réduite à une approche quantitative et non qualitative, et d’accueillir ainsi davantage d’objets dans le périmètre de la protection.

B. Le développement d’une logique d’investissement comme *ratio legis* de la propriété intellectuelle

182. L’économisation de la propriété intellectuelle. – Les manifestations relevées de l’investissement ne permettent pas d’entrevoir une véritable dynamique de l’investissement en droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, ces références se complètent opportunément de « *signes* », de renvois implicites à l’investissement, de sorte que ce dernier semble indirectement constituer un principe directeur de ce domaine. En droit de la propriété intellectuelle, la prise en compte progressive de l’investissement procède de « *l’économisation* » de la matière. Or, l’économisation du droit ne s’entend pas de la seule attraction vers la logique de protection de l’investissement ; elle vise également la prise en compte de l’analyse économique dans l’élaboration de la règle de droit, telle que pensée, outre-Atlantique, par Coase et Posner, ainsi que l’approche de droit économique propre à l’école de Nice, courant initié par la pensée du doyen Farjat⁶⁴⁵. Même si elles peuvent se nourrir les unes des autres, ces tendances ne doivent pas être confondues, et la tâche est d’autant plus ardue que le droit de la propriété intellectuelle est traversé par ces différentes tendances. Il est donc commode de rattacher ce phénomène d’économisation du droit de la propriété intellectuelle à la prise en compte grandissante de l’investissement en la matière. Pour preuve, la doctrine s’accorde majoritairement à dire que l’adoption des protections les plus récentes a été justifiée par une *logique* d’investissement, des droits voisins⁶⁴⁶ au droit sur les topographies de semi-conducteurs⁶⁴⁷, en passant par l’intégration du logiciel⁶⁴⁸ et de la base de données⁶⁴⁹ au sein de la propriété littéraire et artistique. D’ailleurs, le rattachement de la propriété littéraire et artistique à la logique économique, à la logique d’investissement, semble total depuis l’adoption des accords

⁶⁴³ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 108 et s., spéc. n° 129.

⁶⁴⁴ V. *supra* n° 176.

⁶⁴⁵ J. Lapousterle, « Le droit d’auteur, droit économique », in *La réforme du droit d’auteur dans la société de l’information*, A. Bensamoun (dir.), éd. Mare & Martin, 2018, p. 53 et s.

⁶⁴⁶ Loi n° 85-660 du 3 juil. 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, JORF du 4 juil. 1985 ; Loi n° 2019-775 du 24 juil. 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, préc., créant un Chapitre VIII au sein du Titre unique du Livre II consacré aux droits voisins du droit d’auteur dans la Première partie du Code de la propriété intellectuelle, art. L. 218-1 et s.

⁶⁴⁷ M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁴⁸ Dir. 91/250/CEE, préc. ; protection consolidée par la dir. 2009/24/CE, préc.

⁶⁴⁹ Dir. 96/9/CE, préc.

ADPIC en 1994, qui placent la propriété littéraire et artistique, et plus globalement l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, dans l'orbite du commerce international. Les accords ADPIC sont un texte multilatéral qui permet de rééquilibrer les forces négociantes entre les pays développés, exportateurs de technologies dotés d'une puissance de persuasion, voire de coercition économique, et les pays en voie de développement, importateurs de technologies, plus ou moins conscients de leur influence économique croissante⁶⁵⁰. Néanmoins, l'adhésion aux accords ADPIC dépendant de la volonté des États, certains pays importateurs de technologies demeurent sans système de propriété intellectuelle dans leur législation nationale. Pour éviter que l'absence de règles en matière de propriété intellectuelle dans ces pays ne représente une « *fuite des technologies* » pour les pays exportateurs sans moyen de faire respecter leurs droits de propriété intellectuelle, certains d'entre eux, notamment les États-Unis, ont décidé de contourner le multilatéralisme en recourant – de nouveau – aux accords bilatéraux, particulièrement en matière de brevets. Cela a permis un regain d'intérêt des accords bilatéraux, car ils peuvent contenir des clauses de propriété intellectuelle allant plus loin que le minimum conventionnel qu'imposent les accords ADPIC⁶⁵¹ en obligeant certains pays importateurs, dont la puissance économique est encore à construire, à se conformer aux plus hauts standards internationaux, à adhérer aux accords internationaux de propriété intellectuelle les plus récents, ou encore à accepter des restrictions portant sur les licences obligatoires⁶⁵². Le recours aux accords bilatéraux instigie alors un « *rapport de force asymétrique* » à la faveur des pays exportateurs de technologies⁶⁵³.

183. L'investissement comme *ratio legis* du législateur européen. – En droit de l'Union européenne, la mise en place de certains droits de propriété intellectuelle par l'adoption de directives se fonde de manière plus ou moins explicite sur l'investissement : certes, les références sont dissimulées dans les considérants des différentes directives adoptées⁶⁵⁴ mais elles n'en sont pas moins présentes. C'est ainsi que la directive DAMUN, adoptée en 2019, sème des références à l'investissement qui doit être globalement stimulé⁶⁵⁵. Pour ce faire, il est octroyé aux éditeurs de presse, par exemple, un droit voisin pour sécuriser l'amortissement de leurs investissements⁶⁵⁶. Ainsi, lorsque le législateur de l'Union fait référence à l'investissement, c'est à plusieurs niveaux : il s'agit, tout d'abord, de prendre acte de l'importance des investissements réalisés dans le secteur

⁶⁵⁰ J.-F. Morin, « Le droit international des brevets. Entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales* n°4, déc. 2003, p. 543.

⁶⁵¹ J. Azeïma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 876.

⁶⁵² J.-F. Morin, *Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie*, UNISFERA, 2003, pp. 3-4.

⁶⁵³ J.-F. Morin, « Le droit international des brevets. Entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », art. préc., p. 545.

⁶⁵⁴ Dir. 87/54/CEE du 16 déc. 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs, JOCE n° L 24/36 du 27 janv. 1987, cons. 2 ; dir. 98/44/CE, préc., cons. 2 et 3 ; dir. 2001/29/CE, préc., cons. 4 et 10 ; dir. 2004/48/CE, préc., cons. 1, 3 et 9 ; dir. (UE) 2019/790, préc., cons. 2, 40, 54, 58 et 60.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, cons. 2.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, cons. 54.

concerné⁶⁵⁷ pour, ensuite, justifier et légitimer la protection octroyée en garantissant que ladite protection permettra un retour sur investissement et incitera par la même occasion les acteurs économiques à investir. Présentée ainsi, la logique de l'investissement se veut parfaitement vertueuse en ce que sa promotion permettrait de contenter l'ensemble des parties intéressées. Sur le plan juridique, cependant, il convient de relativiser ces références à l'investissement : même si elles fournissent des indications précieuses quant à l'esprit du texte adopté, et guident parfois le juge qui l'applique, il ne faut pas occulter qu'elles demeurent contenues dans des considérants de directives, qui n'ont pas la force contraignante des articles⁶⁵⁸ et dont la normativité est au mieux potentielle⁶⁵⁹.

184. L'investissement comme *ratio legis* incomplète. – S'agissant de l'objet de propriété intellectuelle, toutes sortes d'investissements sont mis en œuvre dans la conception de l'objet de propriété intellectuelle, qu'ils soient intellectuels ou matériels, à tel point que l'objet de propriété intellectuelle et l'investissement sont moins dissociables qu'il n'y paraît⁶⁶⁰. Cependant, malgré l'usage de plus en plus fréquent du terme investissement, notamment en doctrine⁶⁶¹, son importance ne doit pas être exagérée. Si ces quelques éléments marquent une véritable intégration de la logique d'investissement au sein du droit de la propriété intellectuelle, cette tendance ne contribue pas à « unifier » la matière autour d'un principe directeur qui lui est propre, car le droit de la propriété intellectuelle n'est pas un simple outil de rendement de l'investissement, l'objet de propriété intellectuelle le résultat d'un investissement, et l'investisseur l'unique sujet de droit⁶⁶². Si l'on se réfère à la définition et surtout à la finalité de l'investissement, la logique voudrait que le résultat s'entende, et s'entende uniquement, comme du retour sur investissement⁶⁶³. Si cette logique est conforme à l'esprit de l'investissement⁶⁶⁴, elle l'est, selon nous, moins à l'esprit du droit de la propriété intellectuelle. À tout le moins, l'esprit de la matière ne peut se résumer à la seule logique d'investissement : si le législateur européen intègre de plus en plus l'investissement dans la *ratio legis* du texte, ce n'est pas de manière exclusive. Les différents textes européens n'ont pas pour seul

⁶⁵⁷ Par exemple en matière de produits semi-conducteurs, ainsi que le révèle la dir. 87/54/CEE, préc., cons. 2, en matière d'inventions biotechnologique, ainsi que le révèle la dir. 98/44/CE, cons. 2 et 3, ou encore dans le secteur de la presse, ainsi que le relève la dir. (UE) 2019/790, cons. 54, 58 et 60.

⁶⁵⁸ H. Gaudemet-Tallon, comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, n° 13-21.827, « Divorce international : des précisions quant à la détermination de la loi applicable », *Rev. crit. DIP* n° 4, 2015, p. 940 et s., spéc. p. 947.

⁶⁵⁹ Ceci est déjà une source d'insécurité juridique. Sur la nature juridique des considérants, v. notamment S. Lemaire, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008. 2157, spéc. n° 18 et s.

⁶⁶⁰ Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 83.

⁶⁶¹ A. Dépinoy, « Panorama des occurrences de l'investissement en droit de la propriété intellectuelle : ici, ailleurs, hier, aujourd'hui et demain », art. préc., p. 35.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 37.

⁶⁶³ A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 130, à propos du droit des brevets. Les droits d'auteur dits « économiques » tendent également vers cette logique, ces protections étant attribuées aux « producteurs », c'est-à-dire aux investisseurs dans le but de leur assurer un retour sur investissement.

⁶⁶⁴ À la réflexion, cette logique trouve rapidement sa limite, puisque l'idée de risque, inhérente à l'investissement, disparaît grâce à ces protections. Or, c'est bien là le but recherché par les investisseurs : sécuriser leurs investissements.

objectif de garantir la protection d'un investissement. Ils ont aussi pour but de promouvoir, en droit d'auteur par exemple, la création, l'innovation et la diversité culturelle⁶⁶⁵, ou encore, en droit des marques, de permettre « *un développement harmonieux des activités économiques* » propice à une meilleure réactivité des acteurs économiques⁶⁶⁶ et de faciliter l'enregistrement et la gestion des marques au niveau de l'Union⁶⁶⁷.

Si le droit de la propriété intellectuelle reflète imparfaitement la qualification d'investissement, tel n'est pas le cas du droit des investissements qui saisit, sans autre forme de discussion, les droits de propriété intellectuelle.

§2. Les droits de propriété intellectuelle saisis par le droit international de l'investissement

185. Le droit de la propriété intellectuelle saisi en tant qu'investissement. – En dehors des occurrences de l'investissement en droit de la propriété intellectuelle, une tendance tout à fait différente est apparue en droit international : un droit des investissements s'est progressivement construit, englobant notamment les actifs immatériels⁶⁶⁸, et comprenant les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes. Ainsi, par l'adoption de divers traités internationaux, tels que des accords bilatéraux ou encore des traités de libre-échange⁶⁶⁹, la propriété intellectuelle peut désormais faire l'objet d'une protection en tant qu'investissement. Des négociations avaient été entamées entre l'Union européenne et les États-Unis afin de conclure une convention, le *TTIP*, ou « *partenariat transatlantique de commerce et d'investissement* », un accord commercial visant notamment à faciliter les exportations, les importations et les investissements entre les deux territoires. Celles-ci ont toutefois été interrompues après l'élection de Donald Trump. Et elles ne semblent pas avoir été reprises sous la présidence de Joe Biden.

186. Distinction entre existence et exercice du droit. – Cette nouvelle forme de protection, qui soulève légitimement des questions, ainsi que des inquiétudes, a fait l'objet d'un exposé complet par Monsieur Dubuisson, notamment quant à la portée de cette protection. Cet auteur a pu relever que la protection varie selon l'angle adopté : la protection du droit de propriété intellectuelle en tant qu'investissement ne sera pas envisageable « *au stade de [s]a reconnaissance* », mais possible « *dans le cadre de [son] exercice* »⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Dir. (UE) 2019/790, préc., cons. 2.

⁶⁶⁶ Règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, JOUE n° L 154/1 du 16 juin 2017, cons. 3.

⁶⁶⁷ Dir. (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOUE n° L 336/1 du 23 déc. 2015, cons. 8 et 9.

⁶⁶⁸ Ch. Geiger, « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », *Propr. Intell.* n° 71, avril 2019, p. 123.

⁶⁶⁹ F. Dubuisson, « Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », in *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 362.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 370.

Au stade de la reconnaissance de la protection, l'auteur relève, à travers l'arrêt *Anheuser-Busch*⁶⁷¹, que dans la mesure où, pour être protégé, le bien doit être actuel, la simple demande d'enregistrement d'une marque ne confère aucune protection à son potentiel titulaire⁶⁷². Cela signifie que la protection du droit de propriété intellectuelle en tant qu'investissement est inenvisageable tant que celui-ci n'existe pas de manière certaine et effective. Le retour aux mécanismes propres à la matière n'est donc jamais loin, puisque la protection d'un droit de propriété intellectuelle en tant qu'investissement ne sera possible que si, au préalable, les conditions de protection qui lui sont propres sont remplies⁶⁷³.

Au stade de l'exercice de la protection, la solution est donnée par l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*⁶⁷⁴ : dans le cadre d'une campagne de sensibilisation, différents pays, parmi lesquels l'Uruguay, avaient adopté une réglementation spécifique à propos de la présentation figurant sur les paquets de cigarettes. Le fabricant, considérant qu'une telle réglementation portait atteinte à ses investissements réalisés pour obtenir et développer sa marque⁶⁷⁵, a alors saisi l'instance arbitrale, le tribunal CIRDI, sur le fondement d'un traité de protection des investissements⁶⁷⁶. L'instance arbitrale a rendu sa sentence⁶⁷⁷ dans laquelle elle a estimé qu'en tant qu'investissements, les marques détenues par l'entreprise Philip Morris « *n'offrent que des droits relatifs, qui n'empêchent aucunement que des limitations leur soient imposées par l'État* »⁶⁷⁸. Cela signifie que ce traité de protection des investissements, octroyant une protection aux droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissements, n'offre pas de droits plus étendus que ceux offerts par la propriété intellectuelle⁶⁷⁹.

187. Les droits de propriété intellectuelle réduits à des investissements. – Cette nouvelle forme de protection induit indéniablement certains risques mis en avant par la doctrine, tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique. D'un point de vue théorique, une telle protection bouleverse la logique de départ propre à la propriété intellectuelle, celle-ci s'apparentant à un « *simple mécanisme d'amortissement d'un investissement* »⁶⁸⁰. D'un point de vue pratique, le risque est celui d'une discordance juridictionnelle : en effet, l'internationalisation des matières « *propriété intellectuelle* » et « *investissement* » conduit, paradoxalement, à une « *fragmentation du droit international* »,

⁶⁷¹ CEDH, 11 oct. 2005, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n° 73049/01.

⁶⁷² Malgré une petite nuance en appel (CEDH, gde. ch., 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n° 73049/01), qui admet que la protection reconnue à une demande d'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle (qualifiée de bien) est extrêmement minime, de sorte que la protection n'est pas définitivement acquise, v. en ce sens F. Dubuisson, « Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », art. préc., p. 372.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 373.

⁶⁷⁴ CIRDI, *Philip Morris Brand c. République orientale d'Uruguay*, aff. N° ARB/10/7.

⁶⁷⁵ F. Dubuisson, « Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », art. préc., p. 379.

⁶⁷⁶ Ce traité prévoit la compétence arbitrale, *ibid.*, p. 376.

⁶⁷⁷ CIRDI, 8 juil. 2016, *Philip Morris Brand c. République orientale d'Uruguay*, déc. préc.

⁶⁷⁸ F. Dubuisson, « Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », art. préc., p. 380.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 381.

⁶⁸⁰ Ch. Geiger, « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », art. préc., pp. 127-128.

celle-ci s'illustrant par un « *éclatement juridictionnel* », dans la mesure où la diversité des sources propres à chaque matière fait appel à des instances juridictionnelles différentes. Dès lors, il se pourrait bien que différentes instances (arbitrales, judiciaires) soient saisies d'une même problématique (comme ce fut le cas dans l'affaire *Philip Morris*), le risque subséquent étant que les décisions prises soient « *contradictaires ou incohérentes* »⁶⁸¹. En somme, le rattachement des droits de propriété intellectuelle au droit des investissements n'ajoute rien à la cohérence de la matière, mais induit tout au contraire, des risques de discordance liés à la diversité des juridictions qui en sont saisies.

188. Les limites inhérentes à la référence à l'investissement en propriété intellectuelle. –

Que l'investissement soit envisagé quantitativement ou qualitativement, il n'est pas présenté comme un critère explicite de l'octroi de la protection, hormis pour des prérogatives qui sont à la marge de la propriété intellectuelle, tel que le parasitisme économique. Même s'il peut être requis de manière indirecte en certains cas⁶⁸², les quelques références à la notion d'investissement portant sur la détermination de l'objet de propriété intellectuelle ne doivent pas être exagérées. Dès lors, la logique d'investissement qui, certes, innerve la matière, tenant sa source dans l'économisation du droit, ne peut conduire à voir dans le droit de propriété intellectuelle un outil de protection défini au regard du seul investissement⁶⁸³. Par ailleurs, il ressort que le caractère transversal de l'investissement est trop incertain pour qualifier opportunément l'objet de propriété intellectuelle. Le rapprochement opéré entre la propriété intellectuelle et l'investissement tant en propriété intellectuelle⁶⁸⁴ qu'en droit des investissements s'avère le fruit d'une vision amplifiée, pour ne pas dire excessive, de ses manifestations effectives, et dont les limites doivent être pris en compte dans l'exercice de qualification.

Section 2. L'investissement, une qualification inopportune

189. Les dangers d'une prise en compte accrue de l'investissement en propriété

intellectuelle. – L'exercice de qualification transversale des droits de propriété intellectuelle en termes d'investissement se heurte, comme il vient d'être démontré, à la présence insuffisante de la notion en la matière. Au demeurant, une réception plus importante de l'investissement en tant qu'objet de propriété intellectuelle serait pernicieuse en ce que cela ne profiterait qu'aux seuls investisseurs et méconnaîtrait certains principes directeurs de la matière. Les risques inhérents à une telle transformation se jouent sur le plan juridique ainsi que sur le plan économique et social.

⁶⁸¹ F. Dubuisson, « Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », art. préc., p. 387 ; Ch. Geiger, « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », art. préc., p. 126.

⁶⁸² Tel est le cas de l'usage sérieux de la marque, CPI, art. L. 714-5, de l'acquisition du caractère distinctif de la marque par l'usage, CPI, art. L. 711-2, al. 2, ou encore de la caractérisation d'une marque de renommée.

⁶⁸³ M. Vivant, « La création sous le regard du droit », *Le temps des savoirs*, 2005, p. 164 : « Il serait affligeant que l'investissement fût notre horizon insurpassable ».

⁶⁸⁴ A. Dépinois, *Investissement et propriété intellectuelle*, op. cit., n° 119 : « 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 ».

Du point de vue juridique, le risque réside dans un changement de paradigme en voyant dans l'investissement l'*alpha* et l'*omega* du droit de la propriété intellectuelle, avec pour objet de droit l'investissement à proprement parler et pour sujet de droit l'investisseur ; de tels changements découlerait la mise en place de régimes de protection qui évinceraient tous les autres acteurs de la création du bénéfice de la protection⁶⁸⁵.

Subséquentement, du point de vue économique et social, par un détournement de la protection au bénéfice des seuls investisseurs, les retours sur investissements que cherchent à garantir ces protections fondées sur une logique d'investissement ne profiteraient pas aux acteurs de la création, que ceux-ci soient acteurs de l'industrie, de la culture ou de l'invention, mais aux sociétés au sein desquelles l'activité de création est subsidiaire et qui, finalement, ne remplissent pas la fonction assignée au droit de propriété intellectuelle dans la stimulation de l'innovation, les investisseurs détournant les profits vers leurs propres structures économiques⁶⁸⁶. Ces risques, de nature économique et sociale, creuseraient les inégalités entre les différentes catégories socio-professionnelles, mais également les inégalités entre les pays développés et les pays en voie de développement. La volonté d'élargir géographiquement, « *d'universaliser* » les mécanismes de propriété intellectuelle a pour but légitime de garantir aux pays développés, souvent exportateurs, que leurs droits de propriété intellectuelle puissent également être respectés et sanctionnés dans les pays importateurs. Elle peut aussi permettre aux titulaires qui investissent dans ces pays en voie de développement, viviers de créativité, de profiter exclusivement des retombées économiques.

190. La propriété intellectuelle tirillée entre les investisseurs et les communautés locales, l'exemple des ressources génétiques et savoirs traditionnels. – L'écart gagne en importance lorsque certains de ces pays, composés de communautés locales ou de peuples indigènes, ont pour richesses essentielles des savoirs traditionnels, des ressources génétiques et/ou leur culture folklorique, richesses dont la protégeabilité par le droit de la propriété intellectuelle est très incertaine. Ils ne sont pas armés juridiquement pour autoriser l'exportation de ces richesses ou, à tout le moins, profiter des fruits économiques de cette exportation. En ce sens l'adoption, le 24 mai 2024, d'un traité sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels⁶⁸⁷ ne prévoit pas une véritable protection privative de ces éléments. Il les inclut comme des éléments à prendre en considération lors d'une demande de brevet dont l'invention repose sur ces ressources génétiques ou sur les savoirs traditionnels associés à ces ressources. Concrètement,

⁶⁸⁵ Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », art. préc.

⁶⁸⁶ Ph. Gaudrat, M. Vivant, « Marchandisation », art. préc., n° 24 : l'un des effets pervers majeurs est que les retours sur investissements ne profitent pas ou très peu aux cultures et sociétés d'origine puisque ces profits peuvent être « *reroutés* », sans contrôle ni réversion, vers les structures économiques de l'investisseur », ce que permet « *cette propriété intellectuelle universalisée avec un certain usage du droit des sociétés* ». L'idée est en effet que ces investisseurs repèrent les viviers de créativité, y investissent localement pour obtenir les droits nécessaires, donner à l'exploitation une dimension internationale pour en retirer tous les fruits possibles, tout en ne rémunérant les créateurs locaux « *qu'à la tâche ou au salaire* ».

⁶⁸⁷ Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés, 24 mai 2024, accessible sur https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/gratk_dc/gratk_dc_7.pdf (consulté le 11/11/2024).

ce traité pose une *exigence* de divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels associés sur lesquels se fonde l'invention⁶⁸⁸. Outre la reconnaissance juridique, et probablement économique, que permet cette exigence, elle a aussi pour but d'éviter la délivrance de brevets indus pour des inventions dénuées de nouveauté ou d'activité inventive⁶⁸⁹. Cependant, l'avancée que permet ce texte peut être nuancée à plusieurs égards. Premièrement, ce texte prévoit une *exigence* et non une *obligation* de divulgation de la source ou de l'origine des ressources génétiques ou des savoirs associés. Cela signifie que c'est à l'État contractant d'exiger « *positivement* » du déposant que celui-ci divulgue ces informations, faisant croire à un système d'*opt-out* qui ne dit pas son nom. Deuxièmement, il existe une légère obscurité quant à la force contraignante de ce texte : si, pour en bénéficier, l'État doit devenir une partie contractante à ce traité, il ne précise pas si l'État du déposant doit l'avoir également ratifié. Le doute est permis en raison des définitions que donne l'article 2 du traité, distinguant la partie contractante et le déposant. La logique juridique voudrait qu'un texte international ne puisse produire d'effets envers un État qui n'a pas – encore – décidé de le ratifier. Ce doute peut toutefois être évacué dans la mesure où, au regard de son article 12 disposant que « *[t]out État membre de l'OMPI peut devenir partie au présent traité* », la ratification de ce traité n'est pas une obligation, mais une simple faculté. Dès lors, la raison d'être du texte peut être remise en cause, puisqu'il est censé rééquilibrer les forces en présence, en permettant aux détenteurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés de profiter également des avantages découlant de l'utilisation de ces éléments, notamment de leur brevetabilité. Cet exemple montre que le droit de la propriété intellectuelle, en recherche constante d'équilibre, ne peut pencher seulement d'un côté, ou de l'autre.

Dès lors, l'hypothèse d'une généralisation de la référence à l'investissement met en exergue la potentielle remise en cause de certains principes fondamentaux de la propriété intellectuelle à laquelle elle conduirait. Cette remise en cause porterait sur la détermination des bénéficiaires de la protection (§1), appelant la reconnaissance de mécanismes de protection de la partie faible (§2).

§1. L'investisseur bénéficiaire du droit au détriment de l'initiateur de la valeur intellectuelle

191. La place à géométrie variable de l'investisseur comme bénéficiaire de la protection. – À droit constant, et à tout le moins en droit européen, la diversité des attributions de la protection en droit de la propriété intellectuelle paraît être la règle, notamment en raison de la rareté de l'harmonisation en ce domaine. Cette diversité démontre que la question est traversée par des tendances contradictoires. Par exemple, sous l'impulsion à la fois du droit prétorien et des nouvelles technologies, l'affirmation de l'importance de la personne humaine dans le processus d'attribution du droit d'auteur semble se généraliser. Cette dimension humaniste se heurte cependant à un mouvement inverse visant à généraliser le bénéfice de la protection pour l'entité qui aurait investi dans la genèse de l'objet protégé, plus répandu en droit de la propriété industrielle.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, art. 3.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 2.

En droit d'auteur, il est admis que la protection privative revient au créateur personne physique lorsqu'il est identifié. En effet, même si en termes de titularité, les choses sont plus variables, la qualité d'auteur ou, plus largement, de « *créateur* » revient en général à la personne qui a pensé, créé, mis au point l'objet digne de protection. Il existe donc un principe de titularité « *ab initio* » qui repose sur une conception personnaliste de la matière, attribuant essentiellement cette titularité à une personne physique, à l'exclusion des personnes morales.

Le droit de la propriété industrielle intègre, quant à lui, une logique économique s'agissant des règles régissant la titularité du droit⁶⁹⁰. En effet, le droit de la propriété industrielle repose, avant toute chose, sur la règle du premier déposant qui octroie la titularité du droit de propriété industrielle à la personne (physique ou morale) qui aura accompli la formalité de dépôt en premier⁶⁹¹. Il est courant de considérer que cette règle du premier déposant intègre la logique d'investissement. Elle n'occulte cependant pas la personne de l'inventeur, qui demeure à l'origine de l'objet protégé.

192. L'ambivalence de l'investissement. – Consacrer la protection de l'investissement comme principe directeur de la propriété intellectuelle pourrait avoir pour intérêt d'unifier la matière, notamment en opérant un rapprochement entre les règles de titularité, comme une certaine doctrine l'appelle de ses vœux. Cette unification comporterait toutefois l'inconvénient majeur de gommer le rôle prépondérant du travailleur créatif et d'écarter sa nécessaire récompense, pourtant elle aussi au cœur de la *ratio legis* de certains des droits de propriété intellectuelle.

Il n'est pas nouveau que l'investisseur, sous une casquette d'employeur, d'exploitant ou encore de producteur, soit le titulaire de droits de propriété intellectuelle. L'outil contractuel, par la cession de droits de propriété intellectuelle, offre cette possibilité, qui peut cependant être dépendante d'une négociation contractuelle plus ou moins âpre. Or, face aux nécessités économiques de l'industrie de la culture, il est apparu nécessaire de faciliter l'attribution du droit d'auteur à des personnes autres que l'auteur lui-même. L'introduction du mécanisme de l'œuvre collective et de la présomption prétorienne de titularité ont participé à cette simplification du transfert du bénéfice du droit à l'investisseur (A). Certains auteurs proposent d'aller plus loin et de consacrer la possibilité d'une titularité *ab initio* de la personne morale investisseuse (B).

A. L'investisseur présumé titulaire des droits de propriété intellectuelle

193. Les instruments de remontée des droits au bénéfice de l'investisseur. – Dans la mesure où c'est essentiellement en droit de la propriété littéraire que la place de l'investisseur est disputée par d'autres titulaires potentiels, c'est également dans ce champ du droit qu'ont été déployés des outils permettant à l'investisseur de jouir avec le plus de sécurité juridique possible de la protection conférée. La technique juridique des présomptions a été, à cet égard, amplement développée. La

⁶⁹⁰ V. *infra* n° 193 et s.

⁶⁹¹ V. *infra* n° 523.

présomption de titularité des droits patrimoniaux irrigue l'ensemble des droits de propriété industrielle. Bénéficiant au premier déposant, elle est prévue dans le Code de la propriété intellectuelle, à l'article L. 511-9, alinéa 2, pour le droit des dessins et modèles⁶⁹², à l'article L. 611-6, alinéa 3, pour le droit des brevets, et à l'article L. 712-1 pour le droit des marques. La technique de la présomption a été reprise en propriété littéraire et artistique, d'abord par le mécanisme de l'œuvre collective.

194. Le mécanisme de l'œuvre collective. – La porte – ou la boîte de Pandore – a été ouverte via l'introduction du mécanisme de l'œuvre collective par la loi de 1957. Prévue à l'article L. 113-2, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre collective est « *l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Ce mécanisme établit une présomption de titularité au bénéfice de la personne qui a, en quelques sortes, « *pris les rênes* » du projet. De cette personne, morale ou physique, n'est exigé aucun fait créatif, celui-ci étant réservé aux différents contributeurs, leurs contributions propres devant se fondre dans l'œuvre finale ; cette personne est celle qui *édite, publie* et divulgue l'œuvre collective. Il est fait référence à des actes qui nécessitent essentiellement des ressources financières, matérielles, autrement dit à des actes désignant une commercialisation ou une exploitation⁶⁹³. La titularité du droit d'auteur portant sur l'œuvre collective revient donc bien *ab initio* à l'exploitant, qui apparaît également comme un investisseur⁶⁹⁴. À l'aube de son existence, ce mécanisme se voulait exceptionnel, car il dérogeait fortement à la dimension personnaliste de la matière. Cependant, il a très rapidement acquis une certaine popularité, à tel point que certains auteurs notent, à raison, que ce qui aurait dû rester de l'ordre de l'exception fait désormais figure de principe dans la pratique⁶⁹⁵. Visant initialement le cas des encyclopédies et des dictionnaires, la formulation générale du texte précité a absorbé les œuvres réunissant une pluralité de contributeurs, telles que les publications de presse, les jeux-vidéos ou encore les créations de l'industrie de l'habillement et de la parure⁶⁹⁶.

⁶⁹² Le paquet « *dessins et modèles* », adopté en octobre 2024, reprend cette présomption initialement prévue par l'article 17 du règlement 6/2002, v. dir. (UE) 2024/2823, préc., art. 11.3.

⁶⁹³ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 395.

⁶⁹⁴ Outre le mécanisme de l'œuvre collective, ont également été mises en place des présomptions de cession des droits patrimoniaux, au bénéfice de l'employeur, sur le modèle de ce qui existe déjà en droit des brevets. Ces régimes dérogatoires se sont multipliés, touchant, pêle-mêle, les concepteurs de logiciels, les journalistes ou encore les agents publics, v. en ce sens J. Lapousterle, « Le droit d'auteur, droit économique », art. préc., p. 64.

⁶⁹⁵ Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 171 ; *adde.* A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 22.

⁶⁹⁶ La qualification d'œuvre collective a permis de refuser à un salarié la qualité d'auteur sur ses dessins à partir desquels ont été fabriqués des bijoux, Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, *Thierry Berthelot c. Van Cleef & Arpels*, n° 12-26.409 : P. Greffe, comm. ss. déc. préc., « Les œuvres collectives et les salariés », *Propri. Indust.* n° 3, mars 2014, comm. 23 ; Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « L'œuvre collective au secours de l'employeur », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2014, comm. 14 ; A.-E. Kahn, obs. ss. déc. préc., « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2014, chron. 8, n° 10.

195. La présomption de titularité au bénéfice de l'exploitant. – Le législateur n'est pas le seul à avoir mis en place un mécanisme permettant de faciliter l'octroi de la titularité du droit d'auteur à une personne autre que l'auteur lui-même ; le juge y a également participé en élaborant une présomption prétorienne de titularité au bénéfice des personnes morales. Cette présomption est notamment issue de la jurisprudence *Aréo*⁶⁹⁷ qui pose les conditions de son application : la personne morale est présumée titulaire des droits de l'auteur lorsque l'exploitation de l'œuvre litigieuse a eu lieu sous son nom et qu'aucune revendication n'a été formulée de la part de l'auteur personne physique. D'après certains auteurs, l'opportunité de la mise en place de cette présomption prétorienne de titularité s'explique par la difficulté à prouver, pour la personne morale, la cession du droit d'auteur ou la réunion des conditions de la qualification d'œuvre collective, difficulté la faisant échouer dans l'exercice de l'action en contrefaçon ; un échec qui profite aux contrefacteurs en ce qu'ils échappent au grief de la contrefaçon⁶⁹⁸. Si cette présomption est, aujourd'hui, solidement ancrée en droit positif de la propriété intellectuelle, son fondement est bien plus hésitant.

En effet, certaines jurisprudences sollicitent tantôt le droit spécial de la propriété intellectuelle en fondant cette présomption soit sur l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, soit sur la présomption légale issue du régime de l'œuvre collective à l'article L. 113-5 du même Code, tantôt sur le droit commun des biens en justifiant cette présomption prétorienne sur la notion de possession⁶⁹⁹. Aucun de ces fondements n'est parfaitement et complètement opportun pour légitimer cette présomption prétorienne.

196. Des présomptions prenant acte de la réalité économique. – Ces différentes présomptions de titularité n'ont pas pour unique finalité de ne pas laisser impunis des faits de contrefaçon, elles ont aussi pour objectif de faire correspondre le droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit de la propriété littéraire et artistique, à une réalité économique qui ne peut être ignorée où « [l']entreprise devient prégnante »⁷⁰⁰. Intégrer la logique économique, la logique d'investissement, au sein de la propriété littéraire et artistique a nécessairement pour effet une mise à l'écart, une prise de distance vis-à-vis de sa conception personnaliste : l'auteur, placé originellement au centre du système du droit d'auteur, doit peu à peu concéder une place au profit des acteurs économiques. Cette conséquence juridique s'accompagne sûrement de conséquences matérielles, financières concrètes s'agissant de la répartition des recettes. La mise à leur disposition de la règle juridique combinée à leur pouvoir économique place ces acteurs économiques dans une situation avantageuse par rapport aux créateurs, ces derniers pouvant craindre d'être relégués au second plan dans la redistribution de la valeur, alors qu'ils ont participé pleinement à la construction

⁶⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *SA Aréo et A. c. Syndicat d'initiative de l'office du Tourisme de Villeneuve Loubet et A*, n° 91-16.543 : A. Françon, note ss. déc. préc., « Personne morale. Titularité du droit d'auteur », *RTD com.* 1995. 418.

⁶⁹⁸ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1158.

⁶⁹⁹ V. *infra* n° 537.

⁷⁰⁰ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 309.

de cette valeur⁷⁰¹, ainsi qu'en témoigne, par exemple, le principe de rémunération forfaitaire qui préside à la récompense des contributeurs à l'œuvre collective. L'œuvre collective n'est pas le seul moyen mis à la disposition de l'investisseur. Par la mise en place de certaines protections, il est le titulaire *ab initio* des droits de propriété intellectuelle.

B. La personne morale investisseuse, titulaire *ab initio* des droits de propriété intellectuelle

197. L'investisseur titulaire. L'investisseur auteur ? – La mise à l'écart de la personne physique créatrice au profit de l'investisseur s'opère dans un double mouvement au sein de la propriété littéraire et artistique ; par la consécration de droits voisins à leur bénéfice d'une part (1), par la pression doctrinale exercée sur la jurisprudence pour admettre que la personne morale puisse être considérée comme autrice, d'autre part (2).

1. La consécration progressive de droits voisins au bénéfice de l'investisseur

198. L'hétérogénéité des droits voisins. – D'après les professeurs Bruguière et Vivant, « *le droit voisin est un peu le Canada Dry du droit d'auteur. Cela a la couleur du droit d'auteur, le goût du droit d'auteur... mais ce n'est pas un droit d'auteur* »⁷⁰². Derrière cette métaphore, s'exprime l'idée que la qualification de droit voisin se justifie par les éléments de ressemblance qui peuvent exister entre le droit voisin et le droit d'auteur, justifiant une proximité avec la catégorie du droit d'auteur, sans qu'il y ait une identité, ni même une connexité⁷⁰³. Par exemple, droit d'auteur et droits voisins peuvent partager certaines prérogatives, ou encore certaines exceptions⁷⁰⁴.

Dans le paysage juridique français, les droits voisins du droit d'auteur sont une création assez récente qui marquent un attachement progressif avec la logique d'investissement. Néanmoins, le caractère diffus de la notion de voisinage contribue à sa dilution face à la mise en place d'autres protections visant essentiellement les investisseurs.

199. La reconnaissance progressive des titulaires de droits voisins. – Les premiers droits voisins du droit d'auteur ont été consacrés par la loi du 3 juillet 1985⁷⁰⁵ au bénéfice de l'artiste-

⁷⁰¹ Le professeur Gaudrat relève en ce sens que ces investisseurs, nommés en pratique des « *producteurs* », sont en mesure d'exercer une pression, tant sur les créateurs que sur les politiques « *pour infléchir les règles en leur faveur* ». V. en ce sens : Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 115.

⁷⁰² M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1192.

⁷⁰³ C'est ainsi que certains auteurs critiquent le fait que les accords ADPIC parlent de droits connexes : la connexité implique un lien qui unirait un droit à un autre. Or le droit voisin n'est pas nécessairement lié au droit d'auteur, v. en ce sens : *ibid.*, p. 1168, note de bas de page n° 1. Pour s'en convaincre, il est aussi possible de revenir sur le sens commun de la notion de voisinage : deux personnes peuvent être voisines sans entretenir aucun lien d'aucune sorte.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, n° 1192.

⁷⁰⁵ Loi n° 85-660 du 3 juil. 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, préc.

interprète, du producteur de phonogramme et de vidéogramme et à l'entreprise de communication audiovisuelle. Ceux-ci ont été complétés par la reconnaissance des droits voisins aux éditeurs de presse et agences de presse. Alors que la finalité de cette protection est, pour l'artiste-interprète, de l'encourager à créer en lui garantissant « *des moyens d'existence* », pour les autres titulaires, elle est de leur assurer un retour sur leurs investissements⁷⁰⁶.

L'artiste-interprète est défini par l'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle comme « *la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* ». Avant que ne lui soit reconnue une protection par la voie légale, une forme de protection a pu lui être reconnue par le juge. Par la voie des droits de la personnalité, lui a été reconnu « *un droit à l'image sonore* »⁷⁰⁷ ; l'idée d'un véritable monopole fut également avancée lorsqu'a été consacré explicitement un « *droit de l'artiste sur son œuvre que constitue son interprétation* »⁷⁰⁸. Le droit voisin légalement reconnu ne protège que l'interprétation d'une œuvre de l'esprit, telle que présentée par l'article L. 112-2 dudit Code, « *faute de quoi le voisinage n'aurait aucune raison d'être* »⁷⁰⁹. L'on parle de droit voisin, dans la mesure où le droit de l'artiste-interprète est une version « *édulcorée* » du droit d'auteur. Par exemple, l'interprétation objet du droit est protégée si elle présente un caractère personnel⁷¹⁰ ; le caractère original de l'interprétation n'a donc pas besoin d'être démontré, mais cela n'empêche pas de constater cette idée de voisinage, voire de « *consinage* » entre les deux protections⁷¹¹. Par ailleurs, et tout comme l'auteur, l'artiste-interprète dispose d'un droit moral au titre de l'article L. 212-2. Cela étant, il s'agit d'un droit moral « *incomplet* », car il ne dispose ni du droit de divulgation ni du droit de repentir⁷¹².

Les autres titulaires des droits voisins issus de la loi de 1985 sont les producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes et les entreprises de communication audiovisuelle. S'agissant des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, leur régime obéit à des règles quelque peu divergentes, respectivement posées aux articles L. 213-1 et suivants et L. 215-1 du Code de la propriété intellectuelle. La protection qui leur est accordée porte, pour le producteur de phonogrammes, sur la fixation d'une séquence de son et, pour le producteur de vidéogrammes, sur

⁷⁰⁶ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1191.

⁷⁰⁷ TGI Paris, 19 mai 1982, cité par *ibid.*, n° 1190. D'autres auteurs voient dans ce jugement l'expression d'une sorte de droit moral, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1384.

⁷⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 janv. 1964, *Furtwängler*, n° 57-11.300.

⁷⁰⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1332.

⁷¹⁰ V. *infra* n° 276.

⁷¹¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1134. Certains auteurs vont plus loin en voyant dans cette protection un droit voisin déguisé lorsqu'un droit d'auteur a pu être reconnu sur une interprétation, v. en ce sens M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1194.

⁷¹² À propos du droit de divulgation, la solution a été énoncée sans équivoque, Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petruciani c. SA Francis Dreyfus Music*, n° 07-12.109 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Pas de divulgation pour l'artiste-interprète », *Comm. com. élec.* n°2, fév. 2009, comm. 13 ; T. Azzi, « De la teneur du voisinage », in *GAPI*, *op. cit.*, p. 393 et s., spéc. p. 405 et s ; X. Daverat, obs. ss. déc. préc., « Un an de droit de la musique », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2009, chron. 4 ; F. Pollaud-Dulian, note ss. déc. préc., « Artiste-interprète. Droit moral. Droit de divulgation », *RTD com.* 2009. 318.

la fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non⁷¹³. La qualification de droit voisin paraît moins évidente que pour le droit de l'artiste-interprète, mais l'idée de voisinage peut transparaitre si l'on se rappelle que l'objet de la protection porte sur un produit culturel. S'agissant des entreprises de communication audiovisuelle, aussi désignées comme des organismes de radiodiffusion⁷¹⁴, leur droit voisin est prévu par l'article L. 216-1 du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci porte sur les programmes que l'entreprise propose au public par la voie de la télévision ou de la radiodiffusion. Là encore, l'idée de voisinage est plus difficile à percevoir, puisque la notion de programme, objet de protection, est plus large que celle d'œuvre de l'esprit⁷¹⁵. Pour l'ensemble de ces titulaires, si l'idée de voisinage est plus ou moins perceptible, c'est parce qu'il y a des différences au niveau de l'objet de la protection, ou encore du régime, mais aussi au niveau de la finalité de ces droits voisins, tous venant « récompenser un investissement et une prise de risque dans la production ou la diffusion d'un produit culturel »⁷¹⁶.

La liste des titulaires des droits voisins du droit d'auteur s'est récemment allongée, par l'adoption d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse. Dans la même veine que pour les autres titulaires – à l'exception de l'artiste-interprète –, malgré la circonstance que l'éditeur puisse contribuer à la création culturelle⁷¹⁷, ce droit a été reconnu pour garantir les investissements réalisés par les éditeurs de presse. La directive DAMUN de 2019, venant consacrer ce droit, insiste sur cet objectif, notamment face aux agrégateurs de contenus qui référencent leurs publications sans nécessairement les rémunérer pour cette utilisation⁷¹⁸.

200. La dilution de la notion de voisinage. – L'intégration de ces différentes protections au sein de la catégorie des droits voisins nuit à son unité. En effet, même si ces droits concourent tous, plus ou moins, à la création culturelle, les acteurs économiques que sont les producteurs et les éditeurs, au contraire des artistes-interprètes, « ne participent a priori en rien d'une activité créatrice ». Les différences tenant dans leur statut, l'artiste-interprète étant une personne physique, alors que le producteur étant une personne, physique ou morale, commerçante, témoignent d'une divergence de régimes⁷¹⁹ qui prive la catégorie de cohérence.

L'absence d'unité s'intensifie face à la mise en place de protection dont on peine à déterminer la nature juridique, tels que le droit *sui generis* sur les bases de données, ou encore le droit portant sur les manifestations sportives.

⁷¹³ Le phonogramme ne doit pas être confondu avec l'œuvre audiovisuelle, la différence se situant au niveau de l'exigence de fixation : alors que pour le producteur d'une œuvre audiovisuelle, l'accent est mis sur son rôle dans la réalisation, pour le producteur d'un vidéogramme, l'accent est mis sur la fixation, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1349.

⁷¹⁴ ADPIC, art. 14.3.

⁷¹⁵ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1352.

⁷¹⁶ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 1191 et n° 1203.

⁷¹⁷ *Ibid.*, n° 1196.

⁷¹⁸ Pour davantage de détails, v. *supra* n° 155 et s.

⁷¹⁹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 1203.

Le droit *sui generis* portant sur les bases de données, tel qu'il a été déjà présenté⁷²⁰, a été consacrée par la directive de 1996 au bénéfice des producteurs desdites bases. Malgré sa nature affichée de droit « sui generis », et malgré la précaution formelle prise par le Code de la propriété intellectuelle de le placer dans un Livre III à part du Livre II portant sur les droits voisins, des doutes subsistent quant à sa – véritable – nature juridique. En effet, étant donné que ce droit, comme les autres droits voisins, a pour finalité de protéger l'investissement réalisé par le producteur de la base, cela n'empêche pas certains auteurs d'y voir un droit voisin qui ne dirait pas son nom⁷²¹. En ce sens, il est possible de relever que la loi allemande du 22 juillet 1997, lors de la transposition de la directive de 1996 dans son droit interne, a consacré ce droit comme tel⁷²².

Le droit portant sur les manifestations sportives, issu d'une loi du 16 juillet 1984⁷²³, modifiée par la loi du 13 juillet 1992⁷²⁴, et actuellement codifié aux articles L. 333-1 et suivants du Code du sport, réinterroge frontalement la catégorie des droits voisins, et plus largement celle de la propriété intellectuelle. Ce droit permet d'octroyer un monopole aux fédérations sportives par principe ou aux sociétés sportives par exception⁷²⁵. L'objet de ce monopole n'étant pas clairement défini par la loi, la jurisprudence est venue préciser que « toute forme d'activité économique ayant pour finalité de faire naître un profit et qui n'aurait pas d'existence si la manifestation sportive qui en est le prétexte ou le support nécessaire n'existait pas, doit être regardée comme une exploitation » au sens de l'article L. 331-1 précité⁷²⁶. Certains auteurs considèrent ce droit comme « un droit voisin des droits voisins »⁷²⁷. Même s'il ne figure pas formellement dans le Code de la propriété intellectuelle et qu'il n'a pas de proximité évidente avec le domaine culturel, il peut substantiellement être considéré comme un droit voisin, car il en présente toutes les caractéristiques : « il rémunère [...] un investissement économique » et est organisé « comme un véritable droit de propriété intellectuelle » avec des prérogatives spécifiques s'accompagnant d'exceptions⁷²⁸. Sa finalité est donc, comme pour les autres droits voisins, de protéger avant tout des investissements par l'octroi d'un monopole⁷²⁹.

À l'aune de ces exemples, est révélée une multiplication de droits dont la *ratio legis* repose sur la défense d'un investissement dont le défenseur ne peut qu'être l'investisseur. Cette multiplication fait, progressivement, perdre de vue l'idée de voisinage compte tenu des doutes exprimés aussi bien quant à la signification de la notion même qu'à la nature de certaines protections fondées sur des

⁷²⁰ V. *supra* n° 151 et s.

⁷²¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1330 ; *contra*. M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1193.

⁷²² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1330.

⁷²³ Loi n° 84-610 du 16 juil. 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et portant diverses dispositions relatives à ces activités, JORF n° 163 du 16 juil. 1992, abrogée.

⁷²⁴ Loi n° 92-652 du 13 juil. 1992 modifiant la loi n° 84-610 du 16 juil. 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et portant diverses dispositions relatives à ces activités, préc.

⁷²⁵ C. sport, art. L. 333-1, al. 1 et 2.

⁷²⁶ Cass. com., 20 mai 2014, *Féd. française de rugby c. Sté Auto Picardie et a.*, n° 13-12.102 : J.-M. Marmayou, *comm. ss. déc. préc.*, « Le droit d'exploitation des organisateurs sportifs : monopole finalisé ou droit absolu ? », *D.* 2014. 1428 ; L. Leveneur, *comm. ss. déc. préc.*, « Un annonceur peut-il se référer à une rencontre d'une grande compétition sans autorisation de la Fédération sportive ? », *Cont. conc. cons.* n° 8-9, août-sept. 2014, *comm.* 186.

⁷²⁷ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1391.

⁷²⁸ *Loc. cit.* ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 672.

⁷²⁹ *Loc. cit.*

investissements, sans être rattachées aux droits voisins. La prise en compte de l'investissement par les droits voisins, et plus globalement par le droit de la propriété intellectuelle, contribue à une perte de l'unité de la matière.

En allant plus loin, même s'il peut être admis que l'investisseur, malgré sa finalité première qui est d'investir et d'exploiter, conserve un lien avec le domaine de la culture, faut-il également considérer qu'il a une place au sein de la création ?

2. L'investisseur créateur de l'objet de propriété intellectuelle ?

201. La place de l'investisseur au sein de la création. – Si la reconnaissance de la titularité de l'investisseur ne fait plus grand doute, la reconnaissance de sa qualité d'auteur ne semble pas, *a priori*, d'actualité. Pour s'en convaincre, il convient de faire la part entre deux situations assez différentes : d'une part, celle de la personne morale qui peut faire preuve d'un apport créatif (a) et, d'autre part, celle de l'investisseur qui, se contentant d'un investissement purement économique, échappe à cette hypothèse⁷³⁰ (b).

a. L'éventuelle qualité d'auteur de la personne morale

202. La personne morale auteure : le fruit défendu ? – Le débat portant sur la reconnaissance de la qualité d'auteur de la personne morale a beau être récurrent, il continue de déchaîner les passions ; la discussion prend des airs de « *guerre sainte* », entre ceux qui sont nommés les gardiens du Temple et les hérétiques⁷³¹. En effet, à rebours de la conception classique de la matière, il s'agit d'admettre qu'une personne morale puisse être créatrice, tout autant qu'une personne physique. En droit d'auteur français, il est acquis que l'auteur est une personne physique, conformément à l'approche *in favorem auctoris* de la matière⁷³² et approuvé par une doctrine autorisée⁷³³. Cependant, les voix en faveur d'une telle reconnaissance se font de plus en plus entendre, tant en jurisprudence qu'en doctrine⁷³⁴.

⁷³⁰ J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », *in GAPI, op. cit.*, n° 15.

⁷³¹ M. Vivant, « L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », *in L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, A. Bensamoun, F. Labarthe, A. Tricoire (dir.), éd. Mare & Martin, 2015, p. 46.

⁷³² Cette analyse est corroborée tant par la loi (déduite de l'art. L. 111-1, al. 1^{er}, du CPI, et expressément confirmée par l'art. L. 113-2 à propos de l'œuvre de collaboration, A. Lucas, « L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », *in L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification, op. cit.*, p. 32) que par la jurisprudence (v. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, *Sté Orqual c. Sté Tridim et a.*, n° 13-23.566 : Ch. Caron, note ss. déc. préc., « L'auteur est forcément une personne physique », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2015, comm. 19).

⁷³³ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 147 et s.

⁷³⁴ J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 7 et s. ; M. Vivant, « L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », art. préc., p. 43 et s. ; F. Fouilland, « Droit d'auteur – L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2008, étude 24 ; A. Bensamoun, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013. 376, spéc. n° 3 et s.

203. La personne morale capable de création ? – Pour justifier une telle reconnaissance, il est avancé que la personne morale est capable de faire preuve de créativité. Les partisans de cette doctrine entendent notamment se fonder sur la jurisprudence qui a pu retenir que les personnes morales créent⁷³⁵, que l’empreinte de leur personnalité peut être constatée⁷³⁶, ou encore qu’elles sont susceptibles de laisser leur marque dans la création en question. L’idée de marque ne doit pas s’entendre au sens de marque de fabrique, c’est-à-dire en tant que signe distinctif, mais de l’idée d’empreinte de la personne morale pour caractériser l’originalité d’une œuvre. Grâce à cette autre lecture de l’originalité, la « *marque de la personnalité* » de la société Apple⁷³⁷, ou encore la « *marque* » d’une société créant et exploitant des jardinières⁷³⁸ ont permis de fonder la protection et de corroborer la recevabilité de l’action en contrefaçon.

204. L’absence d’obstacle insurmontable à la reconnaissance de la qualité d’auteur de la personne morale. – Avant même de s’interroger sur l’opportunité de cette proposition, il convient d’abord de s’intéresser à sa faisabilité juridique. À première vue, aucun obstacle juridique ne semble être érigé notamment au niveau supranational ; l’on peut même lui trouver des raisons d’exister, tant dans certains autres droits de propriété intellectuelle que dans certains systèmes de droit comparé. À titre d’exemple, l’optique dans les systèmes de *copyright* est différente, ceux-ci ne rencontrant aucune difficulté à reconnaître la qualité d’auteur aux employeurs personnes morales et, de manière plus générale, aux investisseurs⁷³⁹.

Une telle proposition, si elle était instituée, irait-elle contre la lettre de la loi supranationale ? La réponse semble négative : ni la convention de Berne, ni l’Union européenne (que ce soit dans ses textes ou dans sa jurisprudence) ne tranchent la question. Si aucune de ces sources ne semblent donc s’opposer à une telle éventualité, il apparaît, en réalité, que les raisons de leur silence tiennent, pour l’une, à la recherche impossible d’un consensus et, pour l’autre, aux limites inhérentes à l’harmonisation⁷⁴⁰.

Si rien ne s’oppose à l’adoption d’une telle proposition, elle semble même être suggérée dans certains champs du droit. En droit interne, le droit des dessins et modèles ne s’oppose aucunement à ce que le déposant du dessin ou du modèle soit une personne morale ; autrement

⁷³⁵ CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, *SAS Rubie’s France c. SARL Msat Éditions et al.* : Juris-Data n° 2003-221740 ; Ch. Caron, note ss. déc. préc., « Clair-obscur à propos de la protection d’une image satellite », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2003, comm. 117.

⁷³⁶ J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 9, se référant à Cass. com., 17 mars 2009, n° 07-21.517, à propos d’un modèle de chaussure, et à Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, à propos d’un sac créé par la société Chanel qui « traduisait [...] un effort personnel de création et un souci de recherche esthétique qui caractérisaient son originalité ».

⁷³⁷ CA Paris, 4^e ch., sect. B, 5 mars 1987, Juris-Data n° 1987-600068.

⁷³⁸ Cass. com., 15 juin 2010, *SA Dubois Jardins c. Sté Sihpol Spolka Zoo*, n° 08-20.999 : Ch. Caron, note ss. déc. préc., « La “marque” d’une entreprise rime avec originalité », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2010, comm. 120 ; P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2011. 2164, spéc. p. 2166.

⁷³⁹ J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 2 ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d’auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 303 ; *contra*. A. Lucas, « L’œuvre de l’esprit : création d’une personne physique ou morale ? », art. préc., p. 36, qui, tout en faisant ce constat, relève également que pour certains systèmes de droit écrit, tels que le droit belge ou le droit suisse, fortement inspirés du droit français, l’exemple français de l’œuvre collective « a servi de “repoussoir” ».

⁷⁴⁰ A. Lucas, « L’œuvre de l’esprit : création d’une personne physique ou morale ? », art. préc., p. 34.

dit, la qualité de créateur du dessin ou du modèle déposé peut tout à fait revenir à la personne morale⁷⁴¹. L'hypothèse n'est donc pas totalement méconnue au sein du Code de la propriété intellectuelle. En définitive, sans obstacle dirimant et ayant déjà été adoptée ailleurs, rien, en soi, n'empêcherait d'entériner une telle solution.

205. La qualité d'auteur de la personne morale, discutable en pratique. – Les arguments avancés par les tenants de ce mouvement peuvent être synthétisés en un seul qui consiste à dire que les personnes morales sont susceptibles de dégager une certaine « *identité* » ou encore une certaine « *personnalité* » dans les produits qu'elles commercialisent⁷⁴², consistant en une originalité « *en quelque sorte revisitée* »⁷⁴³. Il s'agit simplement de transposer ce qui a déjà cours à propos des personnes physiques aux personnes morales, et montrer ainsi que l'analyse n'a rien d'« *hérétique* » puisqu'elle s'accommode tout à fait des exigences déjà formulées pour les auteurs personnes physiques.

C'est donc, assez naturellement, que les juges sont repartis de cette méthode pour l'appliquer aux personnes morales⁷⁴⁴. À considérer qu'une telle recherche soit possible (c'est-à-dire de l'identité, de la marque ou de la personnalité de la personne morale dans ses produits), à quel niveau serait-elle effectuée ? Si l'on songe à certaines entreprises, ou plutôt à certaines « *maisons* »⁷⁴⁵, telles que celles exerçant leurs activités dans l'industrie du luxe, celles-ci ont indéniablement une identité, qui transparait dans les produits (qui sont, *de facto*, aussi des créations) qu'elles commercialisent. Mais à qui cette identité est-elle due ? À la société elle-même, en tant qu'entité, ou à la personne (ou aux personnes) qui ont eu l'idée, l'inspiration, et qui ont bâti un commerce sur cette base ? Les « *maisons* » françaises du luxe rayonnent et continuent de rayonner internationalement parce que le « *mythe* » de leur fondateur ou de leur fondatrice est préservé. Cela signifie donc que l'identité de la société émane de l'identité de son fondateur ; et la direction artistique, c'est-à-dire les salariés, n'est là que pour s'assurer de la transmission de cet héritage, en continuant de faire transparaître dans les créations « *l'esprit* » de la maison édifée par un créateur, un penseur personne physique. Ainsi, l'image de marque, l'empreinte de la société est rendue possible grâce à son fondateur qui est, et a toujours été, à l'origine, une personne physique. Certes, d'un point de vue pratique, la défense de cette image de marque ne peut se faire que de manière « *centralisée* », c'est-à-dire par une seule et même personne – en l'occurrence la personne morale –, pour éviter que l'image ne se dilue au sein de la société à travers ses membres. Le plus simple est donc de considérer la personne morale comme auteure pour qu'elle puisse mettre en avant son image de marque et, osons-le, sa « *personnalité* » dans le cadre d'une action en contrefaçon. Cela étant, cette analyse est source de

⁷⁴¹ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1331.

⁷⁴² F. Siiriäinen, « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mél. A. Lucas*, *op. cit.*, p. 677.

⁷⁴³ A. Bensamoun, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », art. préc., n° 7.

⁷⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, n° 11-10.132.

⁷⁴⁵ Ce terme est utilisé pour se détacher de l'idée purement économique innervant le terme « *entreprise* ».

malaise, car la fiction de sa capacité à créer ne semble pouvoir se révéler qu'en niant celle du salarié auteur⁷⁴⁶.

206. *Quid juris* de l'exercice du droit moral par la personne morale ? – De surcroît, la qualité d'auteur, outre les prérogatives patrimoniales, implique également des prérogatives morales. Et la rigueur et l'équité juridiques interdisent de traiter différemment deux corps qui seraient soumis au même régime juridique. Si, dès lors, nous acceptons le principe selon lequel la personne morale est auteure et qu'elle peut donc se voir octroyer un droit moral⁷⁴⁷, *quid* de la mise en œuvre de ces prérogatives en pratique ? Sur ce point, l'ensemble des auteurs en accord avec cette idée⁷⁴⁸ s'entendent pour dire que les prérogatives morales d'une personne morale devraient nécessairement faire l'objet d'une adaptation. Le professeur Bruguière propose ainsi de « *ne plus recourir nécessairement au modèle de la personne physique [...] mais partir des intérêts de la personne morale* » afin de lui reconnaître des droits adaptés⁷⁴⁹. Il s'agirait, par exemple, de revenir sur le caractère inaliénable du droit moral, la logique économique impliquant que la personne morale puisse « *être en mesure de transmettre sa chose intellectuelle* »⁷⁵⁰. Il faut toutefois noter que parmi les « *investisseurs* » disposant déjà d'une protection privative, ceux-ci ne jouissent que de prérogatives patrimoniales, qui plus est des prérogatives qui ne sont pas pleines et entières ; tel est le cas des producteurs de phonogrammes qui ne disposent pas d'un droit exclusif de communication au public⁷⁵¹.

207. *Quid juris* du besoin de protection des personnes morales ? – L'opportunité d'une telle proposition peut également se discuter sur le terrain du pragmatisme, qui implique de se poser la question suivante : les personnes morales ayant des intérêts dans les secteurs de la création ont-elles *besoin* de se voir reconnaître une protection plénière, originelle, à l'image de celle octroyée aux auteurs personnes physiques ? Est-ce à dire que les personnes morales sont-elles aussi délaissées par les institutions comme l'étaient les héritiers que Beaumarchais a défendu en son temps ? Certains éléments laissent penser qu'il n'en est rien : le mécanisme, certes exceptionnel – en théorie –, de l'œuvre collective leur permet de s'émanciper de la rémunération proportionnelle pour

⁷⁴⁶ Certains auteurs regrettent en effet qu'une telle solution ait été rendue par la jurisprudence *Van Cleef & Arpels* mentionnée ci-après, v. par exemple A. Lucas, « L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », art. préc., pp. 37-38 ; y compris des auteurs qui semblent être en faveur d'une reconnaissance de la qualité d'auteur de la personne morale, v. en ce sens A. Bensamoun, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », art. préc., n° 5.

⁷⁴⁷ Cela a été admis par Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, déc. préc.

⁷⁴⁸ *Contra*. A. Lucas, « L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », art. préc., p. 40, émettant de sérieux doutes quant à l'exercice des prérogatives morales par une personne morale, notamment s'agissant du droit de divulgation ou encore du droit de repentir.

⁷⁴⁹ J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 17.

⁷⁵⁰ F. Fouilland, « Droit d'auteur – L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », art. préc., n° 21 ; *adde.* J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 18 qui, allant plus loin, propose de distinguer entre la personne morale de droit public et la personne morale de droit privé, l'inaliénabilité ayant encore plus de sens pour la première, et devant être aménagée pour la seconde.

⁷⁵¹ CPI, art. L. 213-1. Pour une illustration, v. CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *SCF c. Marco Del Corso*, aff. C-135/10 : V. Ruzek, « Vers un modèle européen transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? », *in* *Mél. M. Vivant, op. cit.*, n° 25 et s.

n'octroyer qu'une rémunération forfaitaire aux contributeurs de ladite œuvre⁷⁵², et le phénomène de mondialisation permet désormais aux investisseurs d'orienter (ou de réorienter) les profits vers la société d'origine, au détriment de la localité dans laquelle la création ou les créations ont été conçues⁷⁵³.

208. La personne morale auteure, ou (des limites) de l'anthropomorphisme. – Finalement, il apparaît que le système tel qu'il a été conçu n'est pas irrémédiablement bouleversé dans ses fondements, puisqu'on ne peut lui formuler le reproche de s'éloigner du commandement selon lequel l'auteur d'une création est une personne dont il émane l'empreinte de sa personnalité. Ce qui peut légitimement interpellé, en revanche, c'est le fait d'affirmer que cette empreinte puisse émaner d'une personne morale. En tout état de cause, si la personne morale peut se voir reconnaître cette qualité d'auteur, ce n'est qu'au regard de son apport créatif, et non au regard de son investissement économique.

b. L'impossible qualité d'auteur de l'investisseur

209. L'investisseur qui ne fait qu'investir est insusceptible de créer. – Il ressort de diverses jurisprudences que la personne morale, comme la personne physique, peut se voir reconnaître la qualité d'auteur⁷⁵⁴, qualité qui permet de fonder l'attribution originaire du droit d'auteur au bénéfice de la personne morale, tant dans son versant patrimonial que dans son versant moral⁷⁵⁵. Toutefois, à partir de cette affirmation, le professeur Bruguière met en avant que ce qui fonde cette attribution est *l'apport créatif* émanant de la personne morale, et non pas l'investissement économique qu'elle a réalisé. Et force est de constater que les jurisprudences abondant en ce sens se fondent toujours sur « *les instructions esthétiques de la personne morale* »⁷⁵⁶. Ainsi, ce courant présente au moins un mérite : celui de ne pas prendre en compte l'investissement purement économique, financier, pour justifier la qualité d'auteur de la personne morale... Premièrement, cette approche est rassurante en ce qu'elle n'inclut pas, de manière déterminante, l'investissement purement économique dans son analyse ; cette solution valant pour l'œuvre collective – mécanisme mis en place pour des raisons avant tout économiques –, le propos peut, *a fortiori*, être étendu à toute œuvre de l'esprit.

⁷⁵² A. Bensamoun, « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *D.* 2014. 2351.

⁷⁵³ Ph. Gaudrat, M. Vivant, « Marchandisation », art. préc., p. 48.

⁷⁵⁴ *Contra*. N. Binctin, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SDFFA c. Charroy*, déc. préc., « Personne morale et droit d'auteur », *Rev. sociétés* 2012, p. 496, spéc. n° 13 : d'après l'auteur, la solution rendue par cet arrêt rend possible la dévolution du droit d'auteur à un tiers, en l'occurrence une société, sans pour autant faire de cette personne morale un auteur. Plus précisément, cet arrêt permettrait de penser que si l'origine de la création est nécessairement humaine, la dévolution du droit ne s'arrête pas aux seules personnes physiques.

⁷⁵⁵ Il n'y aurait, en effet, aucune raison de distinguer là où la loi ne distingue pas. L'art. L. 113-5 du CPI permettant l'attribution des droits de l'auteur à la personne morale, il l'érige « *par ricochet* » en auteur ; et en tant qu'auteur, il doit pouvoir disposer de toutes les prérogatives, l'art. L. 111-1 du CPI posant que l'auteur dispose des prérogatives tant patrimoniales que morales, v. en ce sens *ibid.*, n° 8.

⁷⁵⁶ J.-M. Bruguière, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 15, se référant à Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, *Thierry Berthelot c. Van Cleef & Arpels*, déc. préc., Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SDFFA c. Charroy*, déc. préc. et Cass. com., 15 juin 2010, *SA Dubois Jardins c. Sté Sihpol Spolka Zoo*, déc. préc.

Secondement, en cas d'apports dits « *croisés* » dans une création, c'est-à-dire une création ayant nécessité des apports de nature créative et des apports de nature économique, l'on peut légitimement espérer que cette situation n'empêchera pas le juge de se focaliser sur la nature surtout créative de l'apport pour dire si la personne morale peut être qualifiée d'auteur⁷⁵⁷.

210. L'investisseur peut être titulaire mais pas créateur. – En substance, la place de l'investissement n'est pas la même selon que l'on se situe en matière de tutorat ou en matière d'autorat. En effet, si l'investissement économique est à même de fonder des situations de titularité de plus en plus nombreuses, il n'est pas – encore (?) – en mesure de fonder la reconnaissance de la qualité d'auteur à celui qui en est à l'origine.

Le développement de mécanismes de remontée des droits vers les investisseurs et de droits privatifs destinés à eux seuls signifie-t-il que le fait générateur de la titularité doit reposer sur le seul investissement ? Si la mise en exergue d'une telle règle a le mérite d'embrasser des situations croissantes, elle n'apparaît pas opportune, car elle serait adoptée au mépris d'un potentiel principe directeur du droit de la propriété intellectuelle : la protection de la partie faible.

§2. Les prémices d'un principe directeur de préservation de la partie faible face à l'investisseur

211. La préservation du créateur en tant que *partie faible* à la relation contractuelle. – L'existence de règles adoptées en faveur de l'investisseur ne signifie pas que le créateur est automatiquement délaissé par le droit. Certaines règles, tournées vers sa protection en tant que *partie faible*, semblent former un principe de préservation de cette partie face à l'investisseur, quand ces deux parties sont liées par une relation contractuelle. Ce principe peut être recherché dans la protection de la partie faible dans le régime spécial du salariat (A), dans l'exercice du droit moral qui peut être orienté contre le titulaire des droits patrimoniaux (B), ainsi que dans les garanties de rémunération que prévoit la loi sur la propriété intellectuelle (C).

A. La protection nuancée des créateurs salariés contre le primat de l'investisseur

212. La création salariée en propriété intellectuelle. – L'influence de l'investissement, et plus globalement de la logique économique, en droit de la propriété intellectuelle se lit aussi en matière de créations salariées. La mise en place des différentes réglementations en la matière repose sur l'existence de la catégorie sociale des travailleurs dits « *intellectuels* ». En droit de la propriété intellectuelle, les créations de salariés font l'objet de dispositions spéciales en droit des brevets et en droit d'auteur.

⁷⁵⁷ Au contraire du tutorat, situation dans laquelle l'apport économique, financier, prend une part de plus en plus importante, voire une part essentielle dans l'attribution de la titularité au bénéfice des investisseurs, v. en ce sens Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 107 et s.

213. Les règles applicables à l'inventeur salarié. – En droit des brevets, une distinction doit être opérée entre l'invention de mission et l'invention hors mission. L'invention de mission est régie par un principe de dévolution *ab initio* au bénéfice de l'employeur, que le salarié soit employé par le secteur privé ou par le secteur public⁷⁵⁸. En contrepartie, l'inventeur salarié doit percevoir une rémunération supplémentaire de la part de l'employeur ; cette rémunération est devenue obligatoire depuis une loi du 26 novembre 1990⁷⁵⁹. En vertu de l'article L. 611-7, 2°, du Code de la propriété intellectuelle, l'invention hors mission appartient, en principe, à l'inventeur salarié. Toutefois, sous certaines conditions posées par le même texte⁷⁶⁰, l'invention hors mission peut être attribuée à l'employeur. Il convient donc de distinguer entre l'invention hors mission attribuable et l'invention hors mission non attribuable. Dans le cadre de l'invention hors mission attribuable, l'employeur bénéficie d'une option : il peut se faire concéder une licence par l'inventeur salarié, ou bien s'en faire attribuer la propriété. Quelle que soit l'issue choisie, l'inventeur salarié doit en obtenir un « *juste prix* »⁷⁶¹. Dans le cadre de l'invention hors mission non attribuable, aussi appelée « *invention libre* » auparavant⁷⁶², même si l'inventeur salarié est obligé de les déclarer, il en conserve une maîtrise totale : il peut la faire protéger par brevet, ou encore la garder secrète⁷⁶³.

214. Les règles protectrices du salarié-auteur. – S'agissant du droit d'auteur français, les œuvres de salariés répondent au principe de la dévolution originaire à l'auteur⁷⁶⁴. Le seul moyen pour l'employeur d'être titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre créée par le salarié réside dans la cession des droits, laquelle ne peut être déduite de la seule existence du contrat de travail⁷⁶⁵. Elle doit par ailleurs respecter le principe de prohibition de cession globale des œuvres futures et le formalisme propre aux contrats d'auteur⁷⁶⁶.

215. L'inspiration suscitée par le régime applicable à l'inventeur salarié. Cette divergence révèle une certaine antinomie entre le droit des brevets et le droit d'auteur en matière de créations salariées : alors que le droit des brevets, en tant que droit de propriété industrielle, répond à la logique économique, le droit d'auteur reste fidèle à sa conception personnaliste.

⁷⁵⁸ CPI, art. L. 611-7, 1° et 5°.

⁷⁵⁹ Loi n° 90-1052 du 26 nov. 1990 relative à la propriété industrielle, JORF n° 90-1052 du 26 nov. 1990, abrogée depuis l'adoption du Code de la propriété intellectuelle. Le caractère obligatoire de la rémunération supplémentaire a été confirmé en jurisprudence, v. en ce sens : Cass. com., 12 fév. 2013, n° 12-12.898.

⁷⁶⁰ « Toutefois, lorsqu'une invention est faite 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, l'employeur a le droit, dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État, de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié ».

⁷⁶¹ CPI, art. L. 611-7, 2°, al. 2 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 265 et s.

⁷⁶² J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 410.

⁷⁶³ *Loc. cit.*

⁷⁶⁴ CPI, art. L. 111-1, al. 3.

⁷⁶⁵ Cette théorie de la cession dite « implicite » n'est pas admise, M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 322.

⁷⁶⁶ CPI, art. L. 131-1 et s.

Cependant, l'influence de la logique économique n'étant pas le seul apanage du droit des brevets, ce dernier a, en ce sens, servi de modèle, de « locomotive »⁷⁶⁷ aussi bien dans les autres domaines de la propriété industrielle qu'en propriété littéraire et artistique. En droit de la propriété industrielle, le régime applicable en matière d'inventions de salariés a été transposé aux obtentions végétales réalisées par un salarié⁷⁶⁸. S'agissant du droit des dessins et modèles, le cas du dessin ou du modèle de dépendance illustre parfaitement la porosité de la distinction entre propriété industrielle et propriété littéraire et artistique. En effet, son régime oscille entre celui propre au droit des brevets, en vertu de sa nature de droit de propriété industrielle, et les solutions proposées par le droit d'auteur, en vertu de la théorie de l'unité de l'art⁷⁶⁹. En l'absence de précision dans la loi nationale⁷⁷⁰, la jurisprudence française semble lui appliquer le régime propre aux inventions de salariés⁷⁷¹. En droit de la propriété littéraire et artistique, le régime applicable aux inventions de salariés a directement inspiré la réglementation portant sur les logiciels conçus par des salariés⁷⁷², la réglementation touchant les journalistes⁷⁷³, et celle touchant les auteurs fonctionnaires⁷⁷⁴. En outre, a été adoptée une ordonnance en 2021 relative à la dévolution des droits de propriété intellectuelle sur les actifs obtenus par des concepteurs de logiciels ou inventeurs qui ne sont ni salariés ni agents publics⁷⁷⁵ qui aligne leur régime à celui des inventeurs salariés. Avant l'adoption de cette ordonnance, la titularité des droits de propriété intellectuelle sur l'invention ou le logiciel émanant d'un stagiaire ou d'un indépendant demeurait sienne, les juges tant judiciaires⁷⁷⁶ qu'administratifs s'en étant assurés⁷⁷⁷. L'adoption de cette ordonnance bouleverse la solution jurisprudentielle établie et instigie même une incohérence entre les inventeurs et concepteurs de logiciels stagiaires et l'ensemble des autres auteurs salariés : alors que les premiers ne sont liés par aucun contrat de travail et voient leur qualité de titulaire être spoliée par l'entreprise d'accueil qu'elle

⁷⁶⁷ On doit cette expression à Mousseron. Pour une critique v. A. Françon, « Œuvre littéraire. Droit moral, champ d'application, droits de la personnalité », comm. préc.

⁷⁶⁸ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 1182.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, n° 1510.

⁷⁷⁰ Bien que le règlement (CE) 6/2002 du Conseil du 12 déc. 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, JOCE n° L 3 du 5 janv. 2002, précise, en son article 14.3, que « lorsqu'un dessin ou modèle est réalisé par un salarié dans l'exercice de ses obligations ou suivant les instructions de son employeur, le droit au dessin ou modèle appartient à l'employeur, sauf convention contraire ou stipulation contraire de la législation nationale applicable », le Code de la propriété intellectuelle ne précise rien à ce propos. La solution demeure inchangée avec l'adoption récente du paquet « dessins et modèles », v. en ce sens dir. (UE) 2024/2823 préc., art. 11. 3.

⁷⁷¹ TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 27 janv. 2011, n° 2009/15874, confirmé par TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 26 mai 2016, n° 15/00757 : P. de Candé, note ss. déc. préc., « Recevabilité de l'action en DMCNE », *Propr. Intell.* n° 61, 2016, p. 515 et s.

⁷⁷² CPI, art. L. 113-9.

⁷⁷³ CPI, art. L. 132-36.

⁷⁷⁴ CPI, art. L. 131-3-1, al. 1^{er}, créé par l'art. 33 de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF n° 178 du 3 août 2006. Les fonctionnaires indépendants ne sont pas concernés par cette réglementation, M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 351.

⁷⁷⁵ Ord. n° 2021-1658 du 15 déc. 2021, relative à la dévolution des droits de propriété intellectuelle sur les actifs obtenus par des auteurs de logiciels ou inventeurs non-salariés ni agents publics accueillis par une personne morale réalisant de la recherche, JORF n° 0292 du 16 déc. 2021.

⁷⁷⁶ Cass. com., 25 avr. 2006, *Puech c. Saïed et a.*, n° 04-19.482 : J. Raynard, comm. ss. déc. préc., « Le stagiaire non salarié enfin réhabilité ! », *Propr. Indust.* n° 9, sept. 2006, comm. 62.

⁷⁷⁷ CE, 4^e et 5^e ss-sect., 22 fév. 2010, n° 320319.

soit publique ou privée, les seconds, qui sont liés par un contrat de travail, conservent malgré tout le bénéfice du principe de la dévolution originaire du droit d'auteur⁷⁷⁸. Ainsi, même si l'intégration de la logique économique permet un alignement indéniable des régimes, cet alignement contribue paradoxalement à des situations incohérentes.

Ces régimes sont autant de mécanismes nuanciant, voire dérogeant au principe de l'attribution originaire⁷⁷⁹ du droit d'auteur à l'auteur en ce qu'ils instaurent une cession automatique des droits de l'auteur salarié par le jeu d'une cession légale, et rapprochent ainsi la propriété littéraire et artistique d'un droit à connotation économique.

216. La conception économique du droit au détriment de la cohérence substantielle du droit.

– La prise en compte de la logique d'investissement en matière de créations salariées participe à la divergence des régimes applicables en matière de rémunération. En ce sens, l'inspiration qu'a pu susciter le régime applicable aux inventions de salariés n'a pas impacté les règles portant sur la rémunération. En effet, alors que le droit des brevets prévoit que la rémunération prévue par le contrat de travail doit s'accompagner du versement d'une rémunération supplémentaire dans le cas d'une invention de mission, ou du versement d'un juste prix dans le cas d'une invention hors mission attribuable, le droit d'auteur, s'agissant de la réglementation spécifique visant le concepteur de logiciel et le journaliste salariés, ne prévoit aucune rémunération supplémentaire semblable à celle prévue en droit des brevets. En effet, le salarié ayant conçu un logiciel ne bénéficie d'aucune contrepartie pécuniaire en plus de son salaire⁷⁸⁰, et le journaliste n'obtiendra aucune autre rémunération que son salaire durant une période dite de référence⁷⁸¹ ; pour ce dernier, ce n'est qu'à l'issue de cette période, déterminée par accord d'entreprise ou accord collectif, qu'il percevra une rémunération complémentaire sous forme de salaire ou de droits d'auteur⁷⁸².

En somme, nous assistons à une diversification des règles qui prend acte de la réalité économique du droit, mais nuit à sa cohérence interne.

217. La logique d'investissement, source de spécialisation des règles.

– Pour prendre acte de la réalité économique tout en remédiant au déclin de la cohérence interne du droit, a été proposée en doctrine la mise en place d'un mécanisme de cession automatique contrôlée des droits d'auteur⁷⁸³ : l'objectif de cette proposition est de réduire les divergences de régimes existantes en

⁷⁷⁸ J. Raynard, « Ordonnance du 15 décembre 2021 : le stagiaire dépouillé ! », *Propr. Indust.* n° 2, fév. 2022, étude 2, n° 17.

⁷⁷⁹ Alors que le régime applicable aux fonctionnaires auteurs d'œuvres de l'esprit est véritablement dérogatoire au principe d'attribution originaire à l'auteur, les règles de dévolution applicables aux concepteurs de logiciels salariés et aux journalistes ne sont pas véritablement dérogatoires de ce principe. En effet, le principe est conservé, en tout cas symboliquement, les droits naissant toujours sur la tête de l'auteur, mais étant dévolus à l'employeur par la volonté du législateur pour tenir compte des nécessités économiques, *ibid.*, n° 319 ; L. Draï, *J.-Cl. Travail Traité*, « Créations et inventions de salariés », Fasc. 18-26, LexisNexis, 12 juil. 2021, n° 43.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, n° 44.

⁷⁸¹ CPI, art. L. 132-37.

⁷⁸² CPI, art. L. 132-38.

⁷⁸³ G. Blanc-Jouvan, « L'auteur salarié : pour une cession automatique encadrée des droits d'auteur au bénéfice de l'employeur », *Propr. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 6 et s.

se focalisant sur le contrat de travail. Concrètement, une telle cession serait inhérente au contrat de travail passé entre l'employeur et le créateur salarié. Cette proposition est fortement imprégnée par une logique de droit du travail qui semble faire peu de cas de l'esprit de la matière, notamment de la conception personnaliste de la propriété littéraire et artistique. En ce sens, est proposée la suppression pure et simple du principe de dévolution initiale des droits à l'auteur pour pouvoir mettre en place cette cession automatique des droits.

Certes, la convergence de certaines règles participe à l'alignement des régimes. Hélas, ce qui se rapproche d'un point s'éloigne nécessairement d'un autre point. Le rapprochement des réglementations propres au salarié concevant le logiciel, au journaliste et à l'inventeur salarié participe d'une forme de transversalité du droit de la propriété intellectuelle, mais contribue tout autant à la récession du principe de protection de la partie faible. L'on passe ainsi d'un universalisme des règles à une logique de spécialisation qui est « *fonction des intérêts propres à chaque entreprise* »⁷⁸⁴.

Les manifestations de l'investissement au sein des régimes de propriété intellectuelle ne s'accompagnent pas d'une promesse de cohérence. Il convient de se demander, à présent, si le droit moral de l'auteur peut être opposé à l'investisseur pour rééquilibrer les forces.

B. Le droit moral, limite incertaine à l'exploitation de l'objet protégé par l'investisseur

218. La variabilité personnelle et matérielle du droit moral. – Bien que le droit moral s'inscrive dans la défense des intérêts extra-patrimoniaux de l'auteur, il peut être opposé au cessionnaire du droit d'auteur, tant lors de la conclusion que lors de l'exécution du contrat pour protéger l'auteur cédant partie faible à la relation contractuelle. Seulement, les différentes prérogatives morales reçoivent des applications très éparées qui dépendent, tant des personnes pour lesquelles elles sont reconnues (1), que du droit de propriété intellectuelle dans lequel elles évoluent (2).

1. Le droit moral fonction de l'auteur

219. La variabilité subjective du droit moral. – Auparavant, le principe était clairement posé en droit d'auteur par l'ancien article L. 111-1, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle qui disposait que « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er}* ». La force du principe transparissait tant par l'usage de l'indicatif – qui vaut impératif – que par l'utilisation du mot « *aucune* » comme déterminant indéfini. Le principe posé par ce texte est toujours de droit positif, même si sa formulation a légèrement changé. Désormais, l'article L. 111-1, alinéa 3, dispose que « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa* ». Le mot « *aucune* » a disparu pour laisser place à l'adverbe « *pas* ». Celui-ci marque toujours la négation mais est dotée d'une force

⁷⁸⁴ J.-M. Bruguière, « Le "droit d'auteur économique". Un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », in *Mél. M. Vivant, op. cit.*, n^{os} 11-12.

moindre que le mot « aucune ». Le changement de terminologie n'est pas anodin, car il a permis d'adjoindre à ce principe une réserve consistant en de diverses exceptions touchant les fonctionnaires, salariés du secteur public, mais aussi certains salariés du secteur privé selon le type d'œuvres qu'ils créent. Sont ainsi touchés les journalistes, les auteurs de logiciel salariés ou indépendants, voire encore les auteurs fonctionnaires. Il semble donc opportun de se demander si le droit moral qui leur est *normalement* reconnu peut jouer un rôle dans la préservation de leurs intérêts.

En propriété littéraire et artistique, des règles communes en matière de droit moral sont posées par les articles L. 121-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Traditionnellement, l'auteur dispose d'un droit de divulgation, d'un droit de paternité, d'un droit au respect et à l'intégrité de son œuvre et d'un droit de retrait ou de repentir. Cependant, la multiplication de régimes spécifiques, notamment pour faciliter l'exploitation économique des différentes œuvres de l'esprit, nuit à l'unité, à la cohérence du droit moral et à son utilité pour son titulaire. Que ce soit pour le journaliste, l'auteur de logiciel, l'auteur fonctionnaire, le contributeur à une œuvre collective, ou encore l'artiste-interprète, la préservation du droit moral est essentiellement théorique compte tenu des limites qui lui sont assignées. Cela se ressent à l'aune de toutes les prérogatives de droit moral, dont la force varie selon la situation contractuelle de l'auteur, qu'il soit cédant ou salarié.

220. La fluctuation du droit de divulgation. – Le droit de divulgation est attaché à la qualité d'auteur. Il permet à l'auteur de décider de la divulgation elle-même, mais aussi de ses modalités. Dans le cadre d'une relation contractuelle entre un auteur et un cessionnaire, l'auteur conserve, en principe, pleinement son droit de divulgation. La seule conclusion d'un contrat de commande ou d'un contrat d'exploitation tel qu'un contrat d'édition n'implique pas une autorisation de divulguer de la part de l'auteur cédant. Une telle autorisation ne peut être déduite de l'engagement à créer et à transférer la propriété de l'œuvre créée dans le cadre du contrat de commande, ni de la cession des droits patrimoniaux que prévoit le contrat d'exploitation⁷⁸⁵. L'auteur demeure le seul juge de l'opportunité de la divulgation⁷⁸⁶. Cela étant, tous les auteurs ne bénéficient pas d'un droit de divulgation aussi complet. Les cas de l'auteur fonctionnaire, de l'auteur de logiciel et de l'artiste-interprète sont particulièrement évocateurs.

L'auteur fonctionnaire, d'après l'article L. 121-7-1, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, doit exercer son droit moral « *dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie* » lorsqu'il crée des œuvres dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues. Le droit de divulgation de l'auteur fonctionnaire peut alors être perçu comme « *illusoire* »⁷⁸⁷ étant donné que le droit d'auteur ne peut faire obstacle aux besoins du service public⁷⁸⁸. Une application rare a été

⁷⁸⁵ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., nos 561-562.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, n° 869.

⁷⁸⁷ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 296.

⁷⁸⁸ V. cependant CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée portant sur la création des agents publics*, 19 déc. 2001, p. 15 : « *Le risque de voir le droit moral compromettre la mission de service public est en effet très faible, surtout sous le contrôle du juge administratif, auquel il reviendra de conjurer le risque d'abus, quelle que soit la prérogative en cause* ».

faite par le Conseil d'État qui a déclaré, sur le fondement d'une disposition hors du Code de la propriété intellectuelle, l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration⁷⁸⁹, qu'il était nécessaire de recueillir l'accord de l'auteur fonctionnaire avant que l'œuvre dont il est l'auteur (il s'agissait, en l'espèce, de documents portant sur les dérives sectaires) ne soit communiquée⁷⁹⁰. Cette jurisprudence venant au secours de l'agent public pourrait néanmoins être relativisée si l'on tient compte de l'avis de la Commission d'accès aux documents administratifs, rendu quelques mois plus tard en 2018, estimant que le droit moral de divulgation de l'agent public ne peut faire obstacle au droit d'accès aux documents administratifs⁷⁹¹. Une nuance a été récemment apportée par le juge administratif à propos des œuvres réalisées dans le cadre de la recherche publique : même si ces œuvres constituent des documents administratifs communicables, l'accord de leurs auteurs est requis lorsque ces œuvres sont des œuvres de l'esprit originales qui n'ont jamais été divulguées⁷⁹². Il convient toutefois de replacer cette décision dans le cadre du régime spécial dont bénéficient les universitaires, rappelé par le dernier alinéa de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁹³.

Par une lecture *a contrario* de l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur d'un logiciel conserve le droit de divulgation. Son exercice peut néanmoins être nuancé lorsqu'il est salarié. Même si la dévolution du droit d'auteur à l'employeur ne porte que sur les droits patrimoniaux⁷⁹⁴, en vertu de son contrat de travail, l'auteur salarié est tenu de créer et de livrer le logiciel achevé à son employeur pour qu'il puisse l'exploiter⁷⁹⁵. Pour ne pas s'exposer à une sanction de la part de son employeur, il est incidemment contraint de divulguer l'œuvre logicielle. C'est ce qui ressort du rapport Jolibois portant sur le projet de loi de transposition de la directive « *programme d'ordinateur* » de 1991, d'après lequel « *il est implicite que l'employé l'exerce [son droit de divulgation], par le fait même de l'acceptation, même tacite, de sa mission* », toute autre interprétation risquant de vider le

⁷⁸⁹ Cet article dispose que « [L]es documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique ».

⁷⁹⁰ CE, 10^e et 9^e ch., 8 nov. 2017, *Association spirituelle de l'Église de Scientologie Celebrity Centre*, n° 375704 : Ch. Caron, note ss. déc. préc., « Quand le Code des relations entre le public et l'administration s'intéresse au droit d'auteur », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2018, comm. 8.

⁷⁹¹ CADA, séance du 17 mai 2018, avis n° 20180226 ; E. Terrier, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. – Titulaires du droit d'auteur. Agents publics (CPI, art. L. 111-1, al. 3) », Fasc. 1187, LexisNexis, 2 août 2022, mäj. 15 sept. 2024, n° 50.

⁷⁹² TA Paris, sect. 5, ch. 4, 3 mai 2024, nos 2220291 et 2221455 : A. Zollinger, obs. ss. déc. préc., « Conciliation entre droit d'auteur et accès aux documents administratifs », *LEPI* n° 7, juil. 2024, p. 3.

⁷⁹³ « *Les dispositions des articles L. 121-7-1 et L. 131-3-1 à L. 131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique* ».

⁷⁹⁴ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (C. E. E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, JORF n° 109 du 11 mai 1994, art. 2, modifiant CPI, art. L. 113-9.

⁷⁹⁵ L. Draï, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. – Titulaires du droit d'auteur. Salariés (CPI, art. L. 111-1, al. 3) », Fasc. 1186, LexisNexis, 19 nov. 2019, mäj. 1^{er} juin 2024, n° 44.

contrat de travail de sa substance⁷⁹⁶. Pour certains auteurs, l'argument avancé est solide, mais élude le caractère inaliénable du droit moral⁷⁹⁷.

Quant à l'artiste-interprète, qui bénéficie d'un droit voisin du droit d'auteur, il dispose, en vertu de l'article L. 212-3, d'un droit d'autoriser l'utilisation de son interprétation. Compte tenu des ressemblances que cette prérogative semble entretenir, au premier abord, avec le droit de divulgation, l'on s'est demandé si ce droit d'autorisation équivalait au droit de divulgation. La doctrine a longtemps été divisée sur ce point. La jurisprudence, faisant d'abord valoir une analogie entre le droit d'auteur et le droit voisin pour y voir une sorte de droit de divulgation⁷⁹⁸, est finalement venue mettre un terme au débat en refusant d'analyser le droit d'autorisation de l'artiste-interprète comme un droit de divulgation⁷⁹⁹.

221. La survivance du droit de paternité. – Grâce au droit de paternité, l'auteur peut exiger que son nom soit mentionné sur les exemplaires de l'œuvre exploitée. Outre la défense d'un intérêt extra-patrimonial qu'est le nom de l'auteur, cette prérogative présente aussi une dimension économique, étant donné que « *la notoriété de l'auteur [n'est] pas sans incidence sur la rémunération à laquelle il peut prétendre* »⁸⁰⁰. Derrière la mention du nom de l'auteur, il s'agit également de ne pas induire le public en erreur sur la paternité d'une œuvre. Le droit de paternité sert donc les intérêts de l'auteur cédant, tout comme il peut servir, incidemment, les intérêts du cessionnaire. Cependant, d'un auteur à un autre, la force du droit de paternité varie ; seuls l'auteur fonctionnaire⁸⁰¹ et l'artiste-interprète⁸⁰² n'en souffrent pas, puisqu'ils disposent d'un droit équivalent. Dans le cadre d'une œuvre collective, le droit moral se déploie différemment, et ses modalités de mise en œuvre sont adaptées à certains secteurs d'activité, tels que la photographie ou la publicité.

S'agissant de l'œuvre collective, lorsqu'elle est considérée comme un tout, le droit moral semble être entièrement dévolu au promoteur au regard de l'article L. 113-5, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, qui déclare que « *[c]ette personne est investie des droits de l'auteur* ». La jurisprudence abonde en ce sens, en déduisant l'attribution du droit moral par sa qualité d'auteur⁸⁰³.

⁷⁹⁶ Ch. Jolibois, *Rapport sur le projet de loi portant mise en œuvre de la dir. 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, Sénat, n°311, 6 avr. 1994, p. 20.

⁷⁹⁷ A. Lucas, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. Titulaires du droit d'auteur. Logiciel (CPI, art. L. 113-9) », Fasc. 1195, LexisNexis, 1^{er} mai 2021, maj. 1^{er} juin 2022, n° 33.

⁷⁹⁸ CA Paris, 16 juin 1993 : B. Edelman, note ss. déc. préc., « Allocation de dommages-intérêts à des artistes-interprètes à la suite de la diffusion commerciale non autorisée du spectacle auquel ils ont participé », *D.* 1994. 218 ; CA Paris, 4^e ch., 7 juin 2000 : P. Sirinelli, obs. ss. déc. préc., « Un auteur, artiste-interprète, dispose d'un droit discrétionnaire de contrôle de l'usage de son œuvre et de sa prestation », *D.* 2001. 2555.

⁷⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petruciani c. SA Francis Dreyfus Music*, déc. préc. : Ch. Caron, « Pas de divulgation pour l'artiste-interprète », comm. préc. ; T. Azzi, « De la teneur du voisinage », art. préc. ; X. Daverat, « Un an de droit de la musique », obs. préc. ; F. Pollaud-Dulian, « Artiste-interprète. Droit moral. Droit de divulgation », note préc.

⁸⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 19 fév. 2002, n° 00-12.151 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 594.

⁸⁰¹ E. Terrier, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. – Titulaires du droit d'auteur. Agents publics (CPI, art. L. 111-1, al. 3) », fasc. préc., n° 51.

⁸⁰² Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 612.

⁸⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SDF A c. Charroy*, déc. préc.

Il est possible de douter que le droit moral du promoteur de l'œuvre collective ait la même force et le même contenu que le droit moral reconnu aux auteurs. En ce sens, certains auteurs supposent que le juge sera « moins sourcilieux » vis-à-vis de ce droit moral⁸⁰⁴. Les contributeurs de l'œuvre collective bénéficient d'un droit moral sur leur contribution uniquement si elle est identifiable. Le droit moral des contributeurs est très édulcoré. Notamment, ils ne bénéficient d'aucun droit de paternité sur l'ensemble de l'œuvre, ils ne peuvent l'invoquer que sur leur contribution si celle-ci est identifiable⁸⁰⁵. S'agissant du journaliste qui contribue à une œuvre collective, un journal, le respect de son droit de paternité est moins complexe à garantir. Même si sa contribution fusionne avec celle des autres, elle peut être aisément identifiable, de sorte qu'il est fondé à faire respecter son droit de paternité⁸⁰⁶. Il a pu être décidé en jurisprudence que la seule apparition du nom du journaliste dans l'œuvre ne suffisait pas à garantir son droit de paternité, de sorte que le journaliste requérant était fondé à invoquer une violation de son droit moral⁸⁰⁷.

Dans le secteur de la photographie, devoir respecter le droit moral des photographes peut rapidement devenir chronophage pour l'exploitant des photographies. Même si certaines jurisprudences s'en tiennent à une application stricte du droit de paternité⁸⁰⁸, se sont développés des usages qui autorisent, par exemple, la mention du nom du photographe uniquement dans l'œuvre d'un journal ou d'un magazine⁸⁰⁹, c'est-à-dire l'encadré dans lequel apparaissent les noms du directeur de la rédaction, des rédacteurs, et plus globalement de toutes les personnes ayant contribué à l'élaboration de l'œuvre. D'autres décisions condamnent ces pratiques lorsque les noms des photographes apparaissent de manière indifférenciée, de sorte qu'il n'est plus possible de savoir qui est l'auteur de quelle photographie⁸¹⁰. Dans le domaine publicitaire, le droit de paternité du créateur d'une publicité est, comme dans le domaine de la photographie, souvent « escamoté » par les usages existant en pratique⁸¹¹. En effet, sur le fondement des usages en matière de publicité, un certain nombre de limites au droit de paternité des auteurs peuvent être admises. Par exemple, les juges du fond ont estimé, à propos de la reproduction d'une musique dans un film publicitaire, que « l'usage publicitaire suppose que l'auteur accepte de renoncer à son droit au nom lorsque le film publicitaire ne comporte pas de générique »⁸¹². Cela étant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 novembre 2016, a

⁸⁰⁴ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 224.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, n° 599.

⁸⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 1986, n° 84-12.008 ; N. Mallet-Poujol, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur des journalistes (CPI, art. L. 121-8) », Fasc. 1229, LexisNexis, 15 sept. 2019, maj. 1^{er} déc. 2023, n° 163.

⁸⁰⁷ CA Paris, 4^e ch., sect. B, 12 oct. 2003, n° 2002/06336 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Nouvelles du front de la création salariée des journalistes », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2004, comm. 13.

⁸⁰⁸ V. par exemple CA Paris, pôle 5, 15 déc. 2010, Juris-Data n° 2010-025065 : « la seule utilisation tronquée de la photographie ne saurait justifier l'atteinte au droit à la paternité de l'auteur ».

⁸⁰⁹ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 9 mars 2005, n° 04/04290.

⁸¹⁰ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 4 mars 2009, n° 07/12226 : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Photographies d'œuvres d'art. Originalité. Qualité d'auteur. CD-rom. Droit moral », *RTD com.* 2009. 300 ; A. Lucas-Schloetter, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droits des auteurs. Droit moral. Droit à la paternité (CPI, art. L. 121-1 et L. 113-6) », Fasc. 1214, LexisNexis, 1^{er} oct. 2019, maj. 1^{er} juin 2024, n° 20.

⁸¹¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 613.

⁸¹² CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mars 1991, Juris-Data n° 1991-021951.

rappelé par la suite que « *ni l'existence d'un contrat de travail ni la propriété du support matériel de l'œuvre ne sont susceptibles de conférer à la personne morale qui l'emploie la jouissance de ce droit* »⁸¹³.

222. La fragilité du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. – Le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre préserve l'auteur de toute adjonction, suppression ou modification de l'œuvre, que ce soit dans sa forme ou dans son esprit, telle qu'une adaptation dénaturante qui serait faite de l'œuvre première ou encore un dénigrement dont elle ferait l'objet⁸¹⁴. Le cessionnaire des droits patrimoniaux d'auteur ne peut donc se livrer à ce type d'actes sans l'autorisation de l'auteur cédant, à moins de se rendre coupable d'une contrefaçon de droit moral. Si le principe a été rappelé à l'intention de l'éditeur⁸¹⁵ et de l'entrepreneur de spectacle⁸¹⁶, il cède devant les besoins de certains exploitants, tels que le promoteur de l'œuvre collective, l'exploitant du logiciel ou encore l'employeur rattaché au service public. Il peut également être nuancé lorsque les interprétations d'un artiste-interprète font l'objet d'une compilation.

S'agissant de l'œuvre collective, les contributeurs disposent d'un droit au respect sur leur contribution. Toutefois, il peut être limité par la jurisprudence en vertu de « *la nécessaire harmonisation de l'œuvre dans sa totalité* »⁸¹⁷. Le journaliste, en tant que contributeur à une œuvre collective, dispose également de ce droit au respect sur sa contribution. Il peut donc s'opposer à divers actes, tels que les coupures opérées dans le texte, la suppression de certains titres, ou encore le recadrage des photographies illustrant le texte⁸¹⁸.

En matière de logiciel, l'octroi d'un droit au respect au bénéfice de son auteur peut constituer un obstacle pour l'exploitant, employeur ou non, car ce droit risquerait de compromettre l'exploitation économique du logiciel. Le législateur français, conscient de cette difficulté, a posé dans l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle que « *[s]auf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut : 1° s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation* ». Le droit au respect du logiciel n'est pas inexistant, mais il est enfermé dans un cadre plus strict étant donné que, pour pouvoir s'en prévaloir, l'auteur du logiciel doit prouver que la modification du logiciel a porté préjudice à son honneur ou à sa réputation – ce qui n'est pas sans rappeler le système posé par la Convention de Berne en son article 6 bis, 1)⁸¹⁹. Même s'il n'est pas inexistant, le droit au respect du logiciel semble être une prérogative symbolique⁸²⁰.

⁸¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2016, n° 15-22.723.

⁸¹⁴ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 616 et s.

⁸¹⁵ CPI, art. L. 132-11, al. 2 : « *Il ne peut, sans autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'œuvre aucune modification* ».

⁸¹⁶ CPI, art. L. 132-22 : « *L'entrepreneur de spectacles doit assurer la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur* ».

⁸¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 oct. 1990, n° 79-11.135 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 227.

⁸¹⁸ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 28 janv. 2004, n° 2003/00312.

⁸¹⁹ Ce texte prévoit qu'« *[i]ndépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* ».

⁸²⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 635.

Le droit au respect de l'œuvre de l'auteur fonctionnaire est limité de la même manière que pour l'auteur d'un logiciel. L'article L. 121-7-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose, en son alinéa 2, que « [L]'agent ne peut : 1° S'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation ». L'exercice de son droit au respect se calque sur les mêmes limites en ce qu'il nécessite, notamment, la preuve d'une atteinte à la réputation ou à l'honneur de l'auteur fonctionnaire. Ajouter une telle condition revient, pour certains auteurs, à vider le droit au respect de l'œuvre de sa substance⁸²¹.

Dans le cadre de son droit voisin du droit d'auteur, l'artiste-interprète conserve le droit au respect de son interprétation. Néanmoins, en matière de compilations d'œuvres musicales, la solution en jurisprudence n'est pas constante⁸²². D'ordinaire, le juge reste attaché au respect de cette prérogative. L'affaire *Jean Ferrat* en fournit une illustration : la Cour de cassation, sur le fondement du droit au respect de l'artiste, a considéré qu'« une exploitation sous forme de compilations avec des œuvres d'autres interprètes étant de nature à en altérer le sens, [...] requérait une autorisation spéciale de l'artiste »⁸²³. Pour autant, d'autres jurisprudences n'ont pas retenu l'atteinte au droit moral lorsque la compilation est consacrée à un genre musical dont l'artiste-interprète dit relever⁸²⁴.

223. Les limitations du droit de retrait et de repentir. – Le droit de retrait est de repentir permet de tenir en échec la force obligatoire du contrat. Il s'agit d'une prérogative discrétionnaire qui permet à l'auteur de sortir d'une relation contractuelle en interrompant toute exploitation de l'œuvre, qu'elle ait été entamée ou non. Cette prérogative a pour but de tenir compte des scrupules de l'auteur⁸²⁵. Ce droit se limite à la sphère contractuelle. Cela signifie qu'il ne peut être opposé qu'à l'autre partie au contrat ; l'auteur ne peut donc opposer son droit de retrait et de repentir à un tiers même sous-cessionnaire des droits patrimoniaux⁸²⁶. Plus précisément, ce droit ne s'applique qu'aux seuls cessions de droits patrimoniaux d'auteur. L'auteur ne peut exercer cette prérogative dans le cadre d'un contrat de commande qui ne contient pas de cession de droits patrimoniaux ou encore d'un contrat translatif de propriété corporelle étant donné que ces contrats ne portent pas sur une cession de droits patrimoniaux d'auteur⁸²⁷. Cette prérogative donne un véritable pouvoir à l'auteur cédant, elle est même susceptible d'inverser le rapport de force, le commencement et la poursuite de l'exploitation économique de l'œuvre dépendant des scrupules de l'auteur. Nonobstant, l'auteur

⁸²¹ E. Terrier, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. – Titulaires du droit d'auteur. Agents publics (CPI, art. L. 111-1, al. 3) », fasc. préc., n° 51.

⁸²² Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 613.

⁸²³ Cass. soc., 8 fév. 2006, n° 04-45.203 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « La saga de la compilation », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2006, comm. 57 ; T. Azzi, comm. ss. déc. préc., « L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste-interprète », *JCP G* n° 20, 17 mai 2006, II 10078 ; Ch. Alleaume, comm. ss. déc. préc., « Le respect dû à l'interprétation de l'artiste en interdit toute altération ou dénaturation », *JCP E* n° 17, 27 avr. 2006, 1654.

⁸²⁴ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 5 juil. 2006, n° 05/15123.

⁸²⁵ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 580.

⁸²⁶ *Ibid.*, n° 583.

⁸²⁷ *Ibid.*, nos 585-586.

peut être dissuadé d'exercer cette prérogative car, en portant atteinte à la force obligatoire du contrat, il doit indemniser préalablement le cessionnaire en vertu de l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle. Même si ce droit lui octroie un pouvoir discrétionnaire, il ne peut, sur ce fondement, décider de cesser toute exploitation avec le cessionnaire actuel et, par la suite, de l'exploiter de nouveau, le texte précité le contraignant à « offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées ». L'atteinte à l'autonomie de sa volonté est patente, l'auteur n'ayant plus le choix du cocontractant ni la possibilité de négocier les termes du contrat⁸²⁸. Il doit donc manier cette prérogative avec précaution.

Le droit de retrait et de repentir n'est pas reconnu à tous les auteurs. D'après l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur du logiciel, indépendant ou salarié, ne dispose d'aucun droit de retrait ou de repentir. Cette mise à l'écart est jugée incompréhensible par une part de la doctrine⁸²⁹ ; le rapport de 1994 sur le projet de loi portant transposition de la directive sur les programmes d'ordinateur ne s'en explique pas davantage⁸³⁰. De même, le contributeur d'une œuvre collective ne peut se prévaloir d'un tel droit : même s'il est lié au promoteur de l'œuvre collective par une relation contractuelle, le promoteur est investi des droits sur l'œuvre par l'effet de la loi, en l'occurrence l'article L. 113-5, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, non par l'effet d'un contrat de cession⁸³¹. L'auteur fonctionnaire, d'après l'article L. 121-7-1, ne peut exercer son droit de retrait ou de repentir, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique. L'artiste-interprète ne bénéficie pas non plus d'un droit de retrait ou de repentir. Cette absence peut se justifier par la prééminence du droit d'auteur sur les droits voisins. L'article L. 211-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « [l]es droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs ». En pratique, une interprétation est, en réalité, l'interprétation d'une œuvre préexistante ; la chanson faisant l'objet d'une interprétation est une œuvre. Lorsque l'artiste-interprète n'a pas la double casquette d'artiste et d'auteur, il serait fâcheux que celui-ci puisse exercer un droit de retrait ou de repentir au détriment du droit d'auteur de l'auteur en ce que cela pourrait entraîner l'arrêt de l'exploitation de l'œuvre alors même que l'auteur n'y a pas consenti⁸³². Même si un droit de retrait ou de repentir serait reconnu à l'artiste-interprète, il serait sûrement mis en échec par l'article L. 211-1 précité.

Dans ses différentes prérogatives, le droit moral vacille selon la situation qui se présente. La rareté de ses occurrences dans les autres droits de propriété intellectuelle peut même rendre son recours vain.

⁸²⁸ *Ibid.*, n° 591.

⁸²⁹ *Ibid.*, n° 582.

⁸³⁰ Ch. Jolibois, *Rapport sur le projet de loi portant mise en œuvre de la dir. 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, rapp. préc., p. 22.

⁸³¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 584.

⁸³² Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 615.

2. Le droit moral fonction du droit de propriété intellectuelle

224. La variabilité matérielle du droit moral. – Parmi les autres droits de propriété intellectuelle, les résurgences de droit moral sont très rares, voire inexistantes. Sa force de propagation est très faible au-delà du droit d'auteur. Il est possible de constater un « *ersatz* » de droit de paternité en droit des brevets à travers l'article L. 611-9 qui octroie à l'inventeur, qu'il soit salarié ou non, un droit au nom qu'il peut faire valoir auprès de son employeur pour faire figurer son nom sur la demande de brevet⁸³³. Ce droit lui est octroyé peu importe le type d'invention réalisée, que ce soit une invention de mission ou hors mission. Le pouvoir de cette prérogative est limité à cette seule possibilité et elle n'influence aucunement l'exercice du droit au brevet reconnu à l'employeur. Le droit de déposer une demande de brevet demeure entre les mains de l'employeur lorsque l'invention lui est attribuée. La sanction du droit au nom de l'inventeur pour absence de mention ou mention erronée n'est pas une cause de nullité du droit de brevet⁸³⁴. Le droit des dessins et modèles et le droit des marques, dont les lois sont silencieuses sur ce point, ne recèlent pas de droit de paternité. Aucune autre résurgence de droit moral consistant en un droit de divulgation, de respect de la création, ou de retrait ou de repentir ne peut être relevée au sein des autres droits de propriété intellectuelle. S'agissant des rapports particuliers entre le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles, il ne serait pas opportun d'invoquer la théorie de l'unité de l'art pour justifier le transport des règles de droit moral du droit d'auteur vers le droit des dessins et modèles. La théorie de l'unité de l'art permet le cumul de ces deux protections, ce qui ne doit pas signifier la confusion des protections. Le créateur d'un dessin ou d'un modèle peut bénéficier d'un droit moral, seulement au titre d'un droit d'auteur si sa création est originale.

Compte tenu de ses multiples atténuations, il paraît hasardeux de convoquer le droit moral de manière transversale pour assurer la protection de la partie faible. Il existe d'autres règles protectrices de la partie faible plus propices à une extension.

C. L'extension délicate de règles protectrices au bénéfice de la partie faible au contrat

225. Les mécanismes de protection de la partie faible au contrat d'exploitation de droit de propriété intellectuelle. – Le droit d'auteur prévoit certaines règles protectrices dont l'extension vers d'autres droits de propriété intellectuelle peut être envisagée. Ces règles protectrices portent notamment sur les contrats d'exploitation et sur la rémunération des auteurs. Le droit contractuel d'auteur, dérogeant au droit commun des contrats, s'inscrit pleinement dans l'objectif de protection de la partie faible. Face au silence de certains régimes de propriété intellectuelle en matière de contrats, particulièrement le droit des dessins et modèles, la question de l'extension du droit contractuel d'auteur au droit des dessins et modèles, compte tenu de l'influence de la théorie de l'unité de l'art, se pose avec acuité (1). Les règles en matière de rémunération, également

⁸³³ V. *infra* n° 396.

⁸³⁴ CA Bordeaux, 1^{ère} ch., 15 fév. 1999 : *PIBD* 1999, n° 684, III, p. 403.

orientées vers la partie faible, et plus encore depuis l'adoption de la directive dite DAMUN de 2019, ont été, quant à elles, étendues aux artistes-interprètes (2).

1. L'extension du droit contractuel d'auteur au droit des dessins et modèles

226. Le droit d'auteur, droit originel de protection de la partie faible. – En matière de protection de la partie faible de la relation contractuelle, le droit d'auteur fait figure d'exemple. Pour protéger l'auteur, outre les règles émanant du droit commun des contrats et reprises dans le droit spécial portant sur le consentement ou la capacité de l'auteur, sont prévues certaines règles de forme et de fond, telles que l'exigence d'un écrit⁸³⁵, le respect d'un certain formalisme qui implique de mentionner distinctement les droits cédés⁸³⁶, et le respect de certains principes, tels que la prohibition de cession globale des œuvres futures⁸³⁷.

Le droit d'auteur intègre des règles permettant d'interpréter les contrats d'exploitation de droit d'auteur à la faveur de l'auteur. Ces contrats doivent être interprétés *in favorem auctoris*. Lorsque les stipulations du contrat ne sont pas claires ou imprécises, ces règles sont convoquées afin de protéger l'auteur cédant face au cessionnaire, le rapport entre ces deux parties pouvant être déséquilibré dans de nombreux cas. Ces règles reçoivent des applications concrètes à travers l'exigence d'un écrit et le respect d'un certain formalisme. L'écrit est requis *ad probationem* et non *ad validitatem*, afin de respecter le principe du consensualisme irriguant le droit des contrats français⁸³⁸. Le formalisme oriente la rédaction des clauses du contrat en fonction de certaines règles. Pour que ce formalisme soit respecté, le contrat devra énumérer distinctement les différents droits patrimoniaux objets du contrat, ou encore ne pas entraîner une cession globale des œuvres futures. Et de manière générale, la cession doit être interprétée strictement.

227. Les règles divergentes des droits de propriété industrielle. – Alors que le droit d'auteur pose des règles strictes pour empêcher l'exploitant cessionnaire de profiter de la faiblesse économique de l'auteur cédant, les droits de propriété industrielle ne suivent pas la même logique. La cession ou la licence d'un droit de marque ou d'un droit de brevet requiert un écrit, sous peine de nullité relative⁸³⁹ ; c'est une exigence *ad validitatem*. Aucune règle équivalente ne semble exister à propos des certificats d'obtentions végétales et du droit des dessins et modèles. Au contraire du

⁸³⁵ Depuis la loi du 7 juillet 2016 « liberté de création » modifiant l'article L. 131-2 CPI, al. 2, « Les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit ». L'exigence d'un écrit est donc étendue à tous les contrats d'exploitation de droit d'auteur. Mais un doute subsiste toujours lorsque cet alinéa est lu en contemplation des alinéas 1^{er} et 3^{ème} du même texte, v. en ce sens A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 730.

⁸³⁶ CPI, art. L. 131-1, al. 1^{er}. Il est à noter que, malgré le haut niveau de formalisme imposé par le texte, un certain allègement se constate en jurisprudence, dans des domaines où il peut être plus difficile de concilier les intérêts des auteurs avec les nécessités de l'exploitation économique de l'œuvre, comme en matière de publicité.

⁸³⁷ CPI, art. L. 131-1 : « La cession globale des œuvres futures est nulle ». La simplicité et la limpidité du texte ne doivent pas tromper compte tenu des difficultés d'interprétation qu'il occasionne, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 757 et s.

⁸³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 1976, n° 74-12.149.

⁸³⁹ CPI, art. L. 613-8, al. 5 et L. 714-1.

droit d'auteur qui ne requiert, en principe, aucune publicité du contrat de cession⁸⁴⁰, la cession d'un droit de propriété industrielle doit faire l'objet d'une publication auprès d'un registre spécifique pour pouvoir être opposée aux tiers⁸⁴¹. L'ensemble des textes imposant la publicité de l'acte reposent sur la même formulation : « *tous actes transmettant ou modifiant les droits attachés* » à un droit de marque, à un certificat d'obtention végétale, à un droit de dessin ou modèle ou encore à un droit de brevet doivent être publiés dans le but de les rendre opposables.

Au regard de ces éléments, il ressort que le créateur cédant, partie faible au contrat, n'est pas protégé de la même manière d'un droit de propriété intellectuelle à un autre. L'absence de règles protectrices est particulièrement flagrante en droit positif des dessins et modèles qui, en dehors de la règle imposant la publicité de la cession ou de la licence, ne prévoit aucune règle s'agissant de ces contrats d'exploitation du droit de dessin ou modèle. Compte tenu de l'existence de la théorie de l'unité de l'art qui établit certains liens entre le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles en permettant le cumul de ces protections, il est possible de se demander si les règles contractuelles protectrices existant en droit d'auteur peuvent être transposées au droit des dessins et modèles.

228. L'extension des règles protectrices du droit d'auteur au droit des dessins et modèles.

– Le Livre V du Code de la propriété intellectuelle, portant sur le droit des dessins et modèles, est silencieux sur la réglementation des contrats de cession et de licence. Au regard du droit issu de la réforme portée, au niveau européen, par la directive de 1998, certains auteurs y ont vu une autonomisation du droit des dessins et modèles vis-à-vis du droit d'auteur⁸⁴². Avant cette réforme, les contrats d'exploitation portant sur les droits de dessins et modèles étaient régis par les dispositions du Livre I^{er} du Code de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire par le droit d'auteur, en vertu de la théorie de l'unité de l'art. Par l'ordonnance de 2001 transposant ladite directive, l'article L. 513-2 du Code de la propriété intellectuelle, en disposant que « *l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder* », introduit les notions de cession et de licence qui sont déjà connues des autres droits de propriété industrielle. Cela rapproche le droit des dessins et modèles des autres droits de propriété industrielle et l'éloigne du droit d'auteur⁸⁴³. Il n'en demeure pas moins que le silence de la loi sur les dessins et modèles contribue à nourrir l'interrogation. En doctrine, les avis sont partagés. D'aucuns sont en faveur d'une transposition des règles protectrices du droit d'auteur vers le droit des dessins et modèles, permise par la théorie de l'unité de l'art qui rend ces règles applicables « *dans toute la mesure de leur compatibilité avec le droit des dessins et modèles* »⁸⁴⁴. La reprise de ces règles servirait tant les intérêts du cessionnaire que ceux du

⁸⁴⁰ J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *JCP G* n° 21, 26 mai 1999, I 138. Il existe un cas particulier avec l'œuvre audiovisuelle prévu à l'art. L. 122-1 du CCIA : « *Le dépôt au registre public du cinéma et de l'audiovisuel du titre provisoire ou définitif d'une œuvre cinématographique destinée à la représentation publique en France est obligatoire. Sauf disposition contraire, le dépôt est facultatif pour les œuvres audiovisuelles* ».

⁸⁴¹ CPI, art. L. 513-3 ; art. L. 613-9 ; art. L. 623-14 ; art. L. 714-7.

⁸⁴² M.-Ch. Piatti, « "Autonomisation" du droit français des dessins et modèles ? », *Propr. Indust.* n° 12, déc. 2004, étude 20 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 760.

⁸⁴³ *Loc. cit.*

⁸⁴⁴ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1201.

cédant. Le cessionnaire, qu'il soit exploitant ou employeur, a tout intérêt à se conformer aux règles contraignantes du droit d'auteur contractuel dans le cas où le cumul des protections serait possible ; d'ailleurs, s'il ne s'y conforme pas, il pourrait se priver de la protection du droit d'auteur. Le cédant a également tout intérêt à bénéficier des règles protectrices du droit d'auteur, le besoin de protection de l'auteur partie faible se retrouvant « *chez les auteurs des œuvres des arts appliqués et les "designers" par identité de raisons* »⁸⁴⁵. Sans se questionner sur le fait de savoir si les règles propres au droit d'auteur contractuel sont adaptées aux besoins des industriels, cette frange de la doctrine préconise de se référer aux dispositions spéciales du Livre I en matière contractuelle et, subsidiairement, au droit commun des contrats⁸⁴⁶. D'autres auteurs croient davantage en l'autonomie de la matière lui permettant d'échapper aux règles du droit d'auteur. La possibilité de cumul existe entre le droit d'auteur et le droit de dessin ou modèle, ainsi qu'entre le droit d'auteur et le droit des marques ; pourtant, les règles protectrices du droit d'auteur ne s'imposent pas à la cession ou à la licence d'une marque dont le signe est également protégé par un droit d'auteur⁸⁴⁷. Le rapprochement avec les autres droits de propriété industrielle se perçoit dans les obligations qui sont à la charge du cédant qui doit notamment garantir la validité du dessin ou modèle cédé, à l'image du breveté cédant⁸⁴⁸.

229. L'extension incertaine des règles protectrices du droit d'auteur au droit des dessins et modèles. – Aucune tendance nette ne semble ressortir en jurisprudence. Dans le contentieux que peuvent occasionner les contrats de cession ou de licence d'un droit de dessin ou modèle, une partie importante de celui-ci est, en réalité, absorbée par le droit d'auteur, par le truchement de la qualification d'œuvre collective lorsque les dessins et modèles sont créés dans le cadre d'une relation de travail⁸⁴⁹. Ces litiges se règlent donc sur le fondement du droit d'auteur. Cependant, un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2006⁸⁵⁰ a interpellé la doctrine en ce qu'il a fortement réduit le champ d'application des règles protectrices au sein même du droit d'auteur. Un créateur de mode, employé puis licencié de ses fonctions de directeur artistique, a assigné en contrefaçon de droit d'auteur son ancien employeur pour avoir exploité sans autorisation certains de ses modèles. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 16 février 2005, l'avait débouté de ses prétentions. En se livrant à une interprétation liée des articles L. 131-3 et L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle, les juges du fond ont estimé que l'article L. 131-3, imposant que les droits cédés soient délimités dans leur étendue, leur destination, quant au lieu et à la durée, ne s'appliquait que dans les cas posés par l'article L. 131-2 qui visait les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle. Le contrat conclu en l'espèce n'étant pas un contrat pouvant entrer dans

⁸⁴⁵ *Loc. cit.*

⁸⁴⁶ *Loc. cit.*

⁸⁴⁷ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 762.

⁸⁴⁸ J. Azeïma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1457.

⁸⁴⁹ F. Greffe, P. Greffe, *Traité des dessins et des modèles*, *op. cit.*, n° 953.

⁸⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-19.294 : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Règles générales. Obligation de déterminer le domaine des droits cédés quant à la destination, la durée, le lieu et l'étendue. Portée », *RTD com.* 2007. 363 ; Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2007, comm. 3.

l'une de ces qualifications, le requérant ne pouvait demander le bénéfice de l'article L. 131-3. Après un pourvoi formé par le requérant à l'instance, la première chambre civile, dans un arrêt du 21 novembre 2006, a confirmé en droit la solution rendue au fond et a rejeté le pourvoi. La solution rendue a été vivement critiquée en ce qu'elle suscite des inquiétudes fondées pour les auteurs cédant leur droit d'auteur. Du point de vue du droit, aucun élément d'analyse ne permet de comprendre pourquoi l'article L. 131-3 ne s'applique qu'aux seuls contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, aucun renvoi n'étant opéré d'un texte à l'autre. Avec cette solution, le champ d'application de l'article L. 131-3, règle protectrice de la partie faible dans la relation contractuelle, se trouve limité à ces seuls contrats, et ne peut être invoqué pour tout autre contrat d'exploitation de droit d'auteur. *A fortiori*, cela signifie que ces règles protectrices ne peuvent pas être transposées aux contrats d'exploitation des droits de dessins ou modèles.

Une décennie plus tard, la rédaction de l'article L. 131-2 a été modifiée par la loi du 7 juillet 2016 dite « *liberté de création* »⁸⁵¹. Pour mettre fin au doute instigué par la jurisprudence précitée, un nouvel alinéa a été intégré entre les anciens alinéas 1 et 2. Le nouvel alinéa 2 de ce texte dispose désormais que « *[L]es contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit* ». La nouvelle rédaction de ce texte a suscité certaines critiques, l'alinéa 3 conservant l'idée que « *[d]ans tous les autres cas, les dispositions des articles 1359 à 1362 du code civil sont applicables* » sans faire l'objet d'une véritable explication⁸⁵². Cette nouvelle rédaction permet-elle d'ouvrir la porte aux contrats d'exploitation de droits de dessins ou modèles ? La question a été posée à la Ministre de la Culture de l'époque et cette dernière a répondu négativement, considérant que le législateur n'a « *pas entendu imposer cette règle de preuve aux arts appliqués qui sont au service d'une fonction utilitaire et bénéficient à ce titre d'un régime propre reposant sur un cumul du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur* ». Cette réponse, jugée « *hasardeuse et restrictive* »⁸⁵³, semble confirmer que rien n'a changé pour les œuvres utilitaires, au premier rang desquelles se trouvent les dessins et les modèles. En l'état actuel, le transport des règles protectrices du droit d'auteur vers le droit des dessins et modèles en matière de contrat d'exploitation ne semble pas être permis.

La situation est radicalement différente en matière de rémunération, dont les règles ont été étendues aux artistes-interprètes.

2. L'extension des règles de rémunération aux artistes-interprètes ou exécutants

230. Les principes du droit d'auteur en matière de rémunération. – En matière de rémunération, le droit d'auteur prévoit également des règles protectrices pour inclure l'auteur dans le partage de la valeur générée par l'exploitation de son œuvre. Pour atteindre cette finalité, le Code de la propriété intellectuelle pose le principe d'une rémunération proportionnelle à l'article L. 131-4 au bénéfice du seul auteur. Par exception au principe de la rémunération proportionnelle, une

⁸⁵¹ Loi n° 2016-925 du 7 juil. 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, préc., art. 7.

⁸⁵² A.-E. Kahn, « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2017, chron. 10, n° 21.

⁸⁵³ A.-E. Kahn, « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2018, chron. 10, n° 22.

rémunération forfaitaire peut être décidée par l'exploitant cessionnaire. D'après l'article L. 131-4, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement lorsque « *la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée* », ou encore lorsque la cession de droits porte sur un logiciel. L'artiste-interprète, autre acteur de la création, ne bénéficiait pas de ce principe et l'ancien article L. 212-3 opérait un renvoi vers certaines dispositions du Code du travail quant à la détermination de sa rémunération.

231. Les apports de la directive DAMUN en matière de rémunération : une rémunération appropriée et proportionnelle.

– La directive DAMUN de 2019, transposée en droit français par une ordonnance adoptée le 12 mai 2021⁸⁵⁴, a introduit de nombreux changements en matière de rémunération. Dans sa version française, elle érige, en son article 18, un principe de rémunération *appropriée et proportionnelle* applicable aux auteurs qui est étendu aux artistes-interprètes ou exécutants qui cèdent ou concèdent leurs droits en vue d'une exploitation, transposé respectivement aux articles L. 131-4 et L. 212-3, II du Code de la propriété intellectuelle. Par ce texte, « *la recherche d'un équilibre, d'un meilleur partage de la valeur, est un credo totalement transversal* »⁸⁵⁵. L'évolution ne concerne pas seulement la phase de conclusion du contrat d'exploitation, elle touche aussi la phase d'exécution du contrat. En effet, l'article 20 de la directive offre une possibilité de renégociation du contrat en cours d'exécution « *lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou des interprétations ou exécutions* » qui donne lieu à une rémunération supplémentaire *appropriée et juste*. En droit interne, cela a été repris à l'article L. 131-5, II, pour les auteurs et à l'article L. 212-3-2 pour les artistes-interprètes. L'ensemble de ces dispositions sont d'ordre public⁸⁵⁶. Une obligation de transparence est également mise à la charge des exploitants en vertu de l'article 19 de la directive⁸⁵⁷.

L'objectif de ce nouveau corps de règles est de placer sur un pied d'égalité les acteurs de la création, notamment les artistes-interprètes dont la protection peut être moindre en pratique. Ces derniers sont souvent les « *grands oubliés* » des réformes, et les règles posées en matière de rémunération ne concernaient, jusqu'à présent, que certaines catégories d'artistes-interprètes en matière audiovisuelle et phonographique⁸⁵⁸. Il permet également de rééquilibrer les forces en présence, les auteurs et les artistes-interprètes ou exécutants pouvant « *se trouver dans une position contractuelle moins favorable* » lorsqu'ils cèdent ou concèdent leurs droits⁸⁵⁹. Pour atteindre cet objectif, la rémunération

⁸⁵⁴ Ord. n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JORF n° 0111 du 13 mai 2021.

⁸⁵⁵ P. Sirinelli, « Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique », *Dalloz IP/IT* 2019. 279.

⁸⁵⁶ CPI, art. L 131-5-3 pour les textes portant sur la rémunération des auteurs, art. L. 212-3-4 pour les textes portant sur la rémunération des artistes-interprètes.

⁸⁵⁷ V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », art. préc.

⁸⁵⁸ A.-E. Kahn, « La fixation de la rémunération des artistes-interprètes », *Propr. Intell.* n° 80, juil. 2021, p. 23.

⁸⁵⁹ Dir. (UE) 2019/790, préc., cons. 72.

doit donc être « être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés »⁸⁶⁰.

232. Les difficultés sémantiques suscitées par la directive. – Si l'évolution portée par la directive DAMUN en matière de rémunération peut être saluée, certaines zones d'ombres subsistent quant à sa mise en œuvre, notamment au regard des adjectifs « appropriée », « proportionnelle » ou encore « juste » utilisés pour désigner la nature que la rémunération devrait présenter.

Une première différence de vocabulaire, au sein de la directive, a pu être relevée entre la rémunération décidée par les parties au moment de la conclusion du contrat prévue par l'article 18 et la rémunération réévaluée en cours d'exécution du contrat donnant lieu à une rémunération supplémentaire prévue par l'article 20. Alors que la première est désignée par une rémunération *appropriée et proportionnelle*, la seconde est désignée par une rémunération *appropriée et juste*. Cela implique-t-il une différence d'appréciation de ces deux rémunérations ? La réponse semble être négative, la directive ne prévoyant pas de critère d'évaluation différent selon que la rémunération visée est la rémunération initiale ou la rémunération supplémentaire⁸⁶¹.

L'ordonnance de 2021 transposant la directive DAMUN dénote une autre différence de vocabulaire. S'agissant de la rémunération initiale, l'article L. 131-4 modifié par l'ordonnance, posant déjà le principe d'une rémunération proportionnelle, n'a pas repris le terme « appropriée », tandis que l'article L. 212-3 parle d'une rémunération « appropriée et proportionnelle ». S'agissant de la rémunération supplémentaire, aucun des articles L. 131-5, II, et L. 212-3-2 du Code de la propriété intellectuelle ne parlent de « rémunération appropriée et juste ». L'ordonnance de 2021, pour ne pas avoir repris le terme « appropriée » au sein de l'article L. 131-4, a été retoquée par le Conseil d'État dans un arrêt du 15 novembre 2022⁸⁶². En l'espèce, deux associations d'auteurs ont intenté un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative, critiquant notamment l'absence de transposition de l'exigence d'une rémunération « appropriée » imposée par l'article 18 de la directive DAMUN. Le gouvernement de l'époque s'en est défendu au motif que cette exigence était déjà de droit positif⁸⁶³. Le Conseil d'État a annulé partiellement l'ordonnance de 2021 pour ne pas avoir transposé correctement cet article 18. Même si le Conseil d'État ne donne aucune explication quant à la signification de cet adjectif, d'aucuns ont salué cette solution en ce que l'idée de

⁸⁶⁰ Dir. (UE) 2019/790, préc., cons. 73.

⁸⁶¹ Y. Gaubiac, « Observations à propos de la rémunération des auteurs et des artistes interprètes », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2023, étude 8, n° 4.

⁸⁶² CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 15 nov. 2022, n° 454477 : A. Lucas, note ss. déc. préc., « Transposition insuffisante de l'article 18 de la directive (UE) n° 2019/790 posant le principe d'une rémunération appropriée », *LEPI* n°1, janv. 2023, p. 3 ; P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « Une rémunération proportionnelle n'est pas nécessairement appropriée... Précisions sur la négociation des accords professionnels étendus », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2023, comm. 1 ; F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Proportionnelle, proportionnée, juste ou appropriée : jeux avec les qualificatifs de la rémunération », *RTD com.* 2023. 343 ; *adde.* pour un point de vue plus pratique, S. Le Cam, « Juste rémunération des auteurs de livres : y a-t-il désormais des alternatives à la voie légale ? », *Légipresse* 2023. 59.

⁸⁶³ *Loc. cit.*

proportionnalité ne signifie pas forcément que la rémunération est appropriée « *dès lors que le taux convenu ne reflète pas la “valeur économique des droits” compris dans la cession, contrairement à ce que prévoit le 73^e considérant* »⁸⁶⁴. Cette solution a au moins le mérite de supprimer la différence de rédaction entre l'article L. 131-4 et l'article L. 212-3 qui pouvait être source de difficultés d'interprétation⁸⁶⁵. L'article L. 131-4 a été modifié par la loi du 21 mai 2024 et parle désormais d'« *une “rémunération appropriée et” proportionnelle* »⁸⁶⁶. Outre ces textes, il a déjà été noté que les articles portant sur la rémunération supplémentaire ne suivent pas non plus la rédaction de l'article 20 de la directive. L'arrêt du Conseil d'État précité n'ayant eu à connaître que de l'article L. 131-4, son champ d'application semble être limité à ce texte. Il est donc possible de se demander si ces textes portant sur la rémunération supplémentaire peuvent, eux aussi, encourir la censure pour ne pas avoir repris les termes exacts de la directive.

233. Les difficultés substantielles suscitées par la directive. – Une autre zone d'ombre concerne le critère permettant d'évaluer la rémunération. Le considérant 73 de la directive DAMUN indique que la rémunération devrait « *être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés* ». Or, ce même considérant, sans exclure aucun mode de rémunération, indique qu'« *un montant forfaitaire peut également constituer une rémunération proportionnelle* », sans que le principe d'une rémunération forfaitaire ne soit la règle idoine. Deux difficultés apparaissent, la première étant d'ordre linguistique, la seconde portant sur le champ d'application de ce critère.

En énonçant, dans sa version française, qu'un montant forfaitaire peut constituer une rémunération proportionnelle, certains auteurs y ont vu une erreur de traduction. Le terme « proportionate » dans la version anglaise de la directive aurait dû être traduit par le terme « *proportionnée* » et non « *proportionnelle* »⁸⁶⁷. Malgré la ressemblance phonétique, les termes « *proportionnée* » et « *proportionnelle* » n'ont pas le même sens, le premier renvoyant à une idée d'équilibre, le second renvoyant à une idée de variabilité, ce qui corrobore l'interprétation selon laquelle une rémunération proportionnelle ne serait pas automatiquement proportionnée, et, par extension, appropriée. La vraie traduction prend des airs de redondance⁸⁶⁸ d'un point de vue textuel, mais elle permet de comprendre l'esprit du texte sans difficulté.

⁸⁶⁴ A. Lucas, « Transposition insuffisante de l'article 18 de la directive (UE) n° 2019/790 posant le principe d'une rémunération appropriée », note préc. Plus nuancé, F. Pollaud-Dulian, « Proportionnelle, proportionnée, juste ou appropriée : jeux avec les qualificatifs de la rémunération », obs. préc.

⁸⁶⁵ Y. Gaubiac, « Observations à propos de la rémunération des auteurs et des artistes interprètes », art. préc., n° 8.

⁸⁶⁶ Loi n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique, JORF n° 0117 du 22 mai 2024, art. 62.

⁸⁶⁷ P. Kamina, « Commentaire de l'ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition partielle de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil.-août 2021, étude 12, n° 24.

⁸⁶⁸ A. Lucas, « Contrats – Rémunération appropriée – Obligation de transparence – Révision de la rémunération – Procédure extrajudiciaire de règlement des litiges – Droit de révocation », *Propr. Intell.* n° 72, juil. 2019, p. 45 et s., spéc. p. 46.

La formulation quelque peu hasardeuse du considérant 73 a pu également instiguer un doute quant au champ d'application du critère de la directive pour apprécier le caractère approprié d'une rémunération. En droit français, le calcul de la rémunération est différent selon qu'elle est proportionnelle ou forfaitaire. S'il n'y a aucune hésitation quant à son application à la rémunération proportionnelle, la question a pu être posée à propos de la rémunération forfaitaire⁸⁶⁹. En réalité, ce doute n'a pas lieu d'être, car l'utilisation du terme « *proportionnelle* » dans la version française de la directive ne doit pas laisser penser que son champ d'application ne vise que la détermination de la rémunération proportionnelle⁸⁷⁰. La directive s'applique à toute forme de rémunération, qu'elle soit proportionnelle, forfaitaire ou autre ; ce qui importe est que la rémunération soit appropriée et proportionnée – ou juste, dans le cas de la rémunération supplémentaire. Le raisonnement peut être corroboré par l'article L. 132-17-6, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit, à propos de l'édition d'un livre sous forme numérique, que le contrat d'édition doit garantir à l'auteur une rémunération juste et équitable, étant précisé que, dans ce cas spécifique, le recours au forfait est possible en vertu de l'alinéa 4 du même texte. Certes, les adjectifs ne sont pas les mêmes, mais l'idée est sensiblement la même que celle irriguant la *ratio legis* de la directive : il s'agit d'inclure l'auteur dans le partage de la valeur issue de l'exploitation de son œuvre. L'idée d'une protection de la partie faible continue d'irriguer le droit d'auteur en s'étendant également aux artistes-interprètes, et participant à l'élaboration d'un « *droit commun des contrats de propriété littéraire et artistique* »⁸⁷¹.

234. Des dangereuses vertus de la logique d'investissement. – Qualifier l'objet de propriété intellectuelle en tant qu'investissement n'emporte pas que des conséquences sur le plan du seul régime, mais également quant au fondement, à l'essence même de la matière. En effet, l'intégration de la logique d'investissement participe au déploiement de la vision utilitariste à l'ensemble de la propriété intellectuelle,⁸⁷² voire à la dépasser – la protection aurait alors pour finalité, circulaire, non plus la promotion de la création, mais le seul rendement de l'investissement lui-même. Si les tendances actuelles se confirment et s'intensifient à l'avenir, le changement de paradigme de la propriété intellectuelle serait total. L'objet de propriété intellectuelle résiderait principalement dans l'investissement, le créateur serait perçu comme un simple travailleur, le public comme un simple consommateur⁸⁷³ et l'investisseur deviendrait le seul sujet de droit digne de se voir reconnaître une protection privative. Ce changement de paradigme serait subi par l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement en propriété littéraire et artistique : originellement fondée sur une conception personnaliste qui place au centre du système l'auteur personne physique, dans une

⁸⁶⁹ P. Kamina, « Commentaire de l'ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition partielle de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 », art. préc., n° 27.

⁸⁷⁰ Y. Gaubiac, « Observations à propos de la rémunération des auteurs et des artistes interprètes », art. préc., n° 8 ; Ch. Caron, « La fixation de la rémunération de l'auteur », *Propr. Intell.* n° 80, juil. 2021, p. 18.

⁸⁷¹ A. Bensamoun, « La rémunération proportionnée et appropriée des auteurs et artistes-interprètes : des mots et des maux... », *Légipresse* 2023. 19.

⁸⁷² A. Dépinoy, *Investissement et propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 148 et s.

⁸⁷³ Ph. Gaudrat, M. Vivant, « Marchandisation », art. préc., n° 16.

logique d'investissement cette conception personnaliste s'étiolerait. Ses ancrages, tels que l'attribution originaire du droit d'auteur à l'auteur, les droits moraux ou encore les règles entourant la formation des contrats d'auteur, n'auraient plus qu'une valeur symbolique. L'affirmation d'un principe directeur de la propriété intellectuelle consistant en la préservation de la partie faible face à l'investisseur, dont certains soubassements peuvent déjà être identifiés, serait un moyen de rééquilibrer les forces en présence.

235. Conclusion du Chapitre I. – Il ne suffit pas de dire que le droit de la propriété intellectuelle est irrigué par une logique d'investissement pour en inférer une qualification juridique idoine. Encore faut-il que les manifestations du phénomène soient tangibles et pérennes. Or, considérer la propriété intellectuelle du simple point de vue de l'investissement s'avère précipité compte tenu de la dispersion de ses manifestations. Il a pu être relevé que les quelques références faites à la notion d'investissement sont équivoques en ce qu'elles dépassent la référence au seul objet de propriété intellectuelle ; et lorsqu'elles portent sur l'objet, celles-ci sont encore trop nébuleuses pour percevoir véritablement l'investissement comme l'objet idoine de la propriété intellectuelle. Face à ces manifestations éparses qui manquent de cohérence, il est d'autant plus dangereux de vouloir faire de l'investissement le principe directeur de la propriété intellectuelle. Tout en bouleversant certains principes bien établis, tels que la dévolution originaire au bénéficiaire de l'auteur en droit d'auteur, elle contribue à la divergence, voire à l'opposition des régimes, notamment en matière de rémunération des créateurs salariés. Dès lors, le but recherché par la promotion de l'investissement en propriété intellectuelle qui est d'aligner les régimes de propriété intellectuelle en invoquant l'unité de la matière⁸⁷⁴ est manqué. On aboutit même au contraire du résultat escompté, la promotion de l'investissement participant à l'élaboration de règles spécifiques adoptées qui sont fonctions des intérêts propres à chaque acteur économique, au détriment de la préservation de la partie faible de la relation contractuelle. En conclusion, les manifestations de l'investissement en propriété intellectuelle sont encore trop éparses et trop discordantes pour conduire à cette qualification, qui apparaît, au surplus, inopportune pour le maintien de la récompense des créateurs. Il apparaît donc nécessaire d'envisager une autre qualification qui serait plus à même d'unifier la propriété intellectuelle, celle de création intellectuelle.

⁸⁷⁴ Ph. Gaudrat, M. Vivant, « Marchandisation », art. préc., n° 4.

Chapitre II. L'adaptation de la qualification de création intellectuelle

236. Proposition d'une analyse renouvelée de la création intellectuelle. – L'exercice de qualification permet de saisir les contours et, corrélativement, les limites de la notion sollicitée. Il est aussi l'occasion de la penser, mais aussi de la revisiter. S'agissant de la qualification de création intellectuelle, celle-ci n'est pas méconnue en droit de la propriété intellectuelle. Une part de la doctrine la sollicite et la présente comme une qualification susceptible d'appréhender de manière transversale l'hétérogénéité des objets protégés en propriété intellectuelle⁸⁷⁵. Néanmoins, et tout comme pour la qualification d'investissement, l'affirmation mérite encore d'être vérifiée. Si la qualification de création intellectuelle est imparfaitement reçue par le droit positif (Section 1), elle peut être repensée dans une perspective prospective afin d'appréhender de manière plus idoine l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (Section 2).

Section 1. La création intellectuelle, une qualification imparfaite

237. La création intellectuelle, une qualification envisageable ? – La création intellectuelle est une notion aux contours incertains, qui s'accorde difficilement avec le droit. Abondamment étudiée en philosophie et en art, en proie aux idées du beau, de l'esthétique, du divin, le risque est grand pour le juriste qui s'intéresse à la notion de dériver vers une approche subjectivée. Néanmoins, ainsi que l'avait déjà relevé le doyen Cornu, le droit peut saisir la création, la reconnaître juridiquement pour la protéger, tout en refusant « *de dire le beau* » qui n'a, d'ailleurs, « *nul besoin du droit* » pour exister⁸⁷⁶.

Le droit de la propriété intellectuelle entretient des liens à la fois étroits et obscurs avec la notion de création : elle est érigée comme fait générateur de la protection en droit d'auteur par l'article L. 111-1, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle. Elle est aussi utilisée par la jurisprudence de l'Union pour désigner l'originalité, à travers « *la création intellectuelle propre à son auteur* ». La notion de création intellectuelle, envisagée comme qualification de l'objet de propriété intellectuelle, présente l'avantage de ne pas être totalement méconnue du droit de la propriété intellectuelle ; cela étant, elle tire ses faiblesses de sa force, sa réception en la matière étant équivoque. Recourir à la notion de création intellectuelle présente donc un intérêt certain (§1), mais elle s'adapte difficilement au droit positif (§2).

⁸⁷⁵ C. Bernault, J.-P. Clavier, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2^e éd., 2015, v. « création intellectuelle ».

⁸⁷⁶ G. Cornu, « Droit et esthétique. Présentation », *Arch. phil. droit* n°44, 1995, p. 10.

§ 1. L'intérêt du recours à la notion de « *création intellectuelle* »

238. La création intellectuelle, source d'individualisation de l'objet protégé. – L'absence de qualification commune des objets de propriété intellectuelle participe à leur invisibilisation, ainsi qu'à celle des régimes qui les accueillent, dans l'environnement juridique. L'atout majeur de la notion de création intellectuelle, dont la définition doit être, au préalable, esquissée (A), est de permettre une individualisation de l'objet de propriété intellectuelle et, par extension, du droit de la propriété intellectuelle (B), tant des autres propriétés incorporelles que du droit commun des biens.

A. Ébauche de définition

239. Le sens dual de la création. – La création se définit à la fois comme un processus et comme un résultat : la création consiste à la fois dans le fait de créer – ici est visé le processus – et dans la chose, l'objet effectivement créé – là est visé le résultat⁸⁷⁷. S'intéresser à la notion de création en propriété intellectuelle peut conduire à envisager les deux versants de cette même pièce⁸⁷⁸. Si cette étude se concentre essentiellement sur la création en tant qu'objet, il n'est pas exclu que le processus de création soit également sollicité, de manière plus isolée.

240. La création, notion omniprésente. – À titre liminaire, la création est une notion étrangère au droit. La création s'entend à première vue comme une notion relevant du domaine de l'art, en ce qu'elle permet de désigner par exemple une peinture, une sculpture ou encore une musique. Cependant, c'est un *a priori* qu'il convient de dépasser dès à présent puisque la création ne s'illustre pas dans le seul champ artistique. Elle embrasse en réalité bien d'autres domaines, voire tous les aspects de la vie ; en effet, à en croire le Dictionnaire de la langue française, la création est un « *acte consistant à produire et à former un être ou une chose qui n'existait pas auparavant* ». Outre la référence au processus de création dans un premier temps, cette définition révèle dans un second temps que la création, en tant que résultat, est quelque chose qui n'existait pas auparavant. En d'autres termes, elle n'a d'existence que parce qu'elle vient combler, compléter une sorte de vide, de néant, qui la précédait jusqu'alors ; sans pour autant suggérer que cette même création provienne du néant⁸⁷⁹. Ainsi, ce sont non seulement le peintre, l'écrivain ou encore le sculpteur qui créent, mais également l'artisan ou encore l'inventeur.

⁸⁷⁷ N. Enser, *Conscience de la création et droit d'auteur*, LexisNexis, 2022, n° 152 ; A. Zollinger, « Conclusion : la création, visions plurielles, valeur universelle ? » in *La création. Entre droit, philosophie et religion*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁷⁸ Les problématiques sont loin de se limiter à la seule question de la création en tant qu'objet, v. en ce sens M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁷⁹ Prodige réservé au Démiurge selon la théorie créationniste, v. *infra* n° 241 ; *adde.* A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v. « Création » : « *Production d'une chose quelconque, en particulier si elle est nouvelle dans sa forme, mais au moyen d'éléments préexistants : création d'une œuvre d'art, création d'une route* ».

241. La création, notion omnisciente. – Suivant la théorie créationniste, la création ne s'arrête pas à la seule main humaine ; elle est aussi – et avant tout – l'affaire de la main divine. Il est ici question de Création. À ce stade, la création se définit comme un « *acte par lequel Dieu a tiré du néant l'univers et les êtres vivants qui peuplent le monde* ». Que la Création ait duré sept jours ou qu'elle soit continue⁸⁸⁰, celle-ci dépasse de loin l'entendement humain : elle envisage *tout* ce qui l'entoure. On parle de création *ex nihilo*, c'est-à-dire de création de la matière elle-même à partir de rien⁸⁸¹. Dès lors, ce qui relèverait pour le simple mortel d'une découverte, par exemple, devrait s'analyser comme une création du point de vue divin.

242. La création, notion insoluble ? – La notion de création est d'autant plus difficile à saisir que ses contours suivent le cours du temps et de l'espace : tout en étant potentiellement prisonnière du territoire qui l'accueille, elle est également dépendante des évolutions historiques.

D'une part, selon les endroits, la création ne s'entend pas de la même manière, notamment pour son créateur. Compte tenu de l'influence très grande de la théorie du créationnisme⁸⁸², l'on considère que l'Homme, qui a été créé à l'image de son Créateur, est alors lui aussi capable de créer. Si cette conception est reçue de manière assez universelle, ses influences sont très différentes en territoire européen et en territoire de *Common Law*.

D'autre part, l'évolution de la notion de création est telle que, désormais, elle se désolidarise de plus en plus du fait religieux. Côté occidental, les diverses révolutions ont voulu rompre avec l'Église et fonder un nouveau système sur des considérations éminemment laïques et sociales. La création, prise en tant que phénomène, n'y a pas échappé, le législateur révolutionnaire ayant eu à cœur de l'ériger comme un outil qui soit vecteur de lien social entre le créateur et le public. En philosophie, on constate même, de manière assez subversive, une « *disparition de la thèse de la création du monde* », c'est-à-dire de la création au sens démiurgique, à laquelle certains auteurs dénie désormais toute pertinence⁸⁸³.

243. La création intellectuelle, une notion juridique ? – Au regard de la plasticité du concept, le malaise qui peut être ressenti, que ce soit en droit ou dans d'autres domaines, est parfaitement compréhensible. La création envisagée au regard du droit, et spécifiquement au regard du droit de la propriété intellectuelle, est complétée par l'épithète « *intellectuelle* ». *A priori*, parler de création intellectuelle semble relever d'une sorte de tautologie puisque, du point de vue ontologique, la création renvoie nécessairement à l'intellect humain. Pour notre propos, la principale utilité à parler de création intellectuelle consisterait à rapprocher et à consolider le lien entre le droit de la propriété

⁸⁸⁰ Une référence implicite est faite à la théorie de la création continuée, doctrine philosophique défendue par Descartes, selon laquelle Dieu assure à tout moment l'existence des êtres et des choses qu'il a créés, v. en ce sens *ibid.*, sens C), p. 195.

⁸⁸¹ A. Roux, « De la création divine à la création humaine : approches philosophiques », in *La création. Entre droit, philosophie et religion*, op. cit., p. 96.

⁸⁸² Sans pour autant éluder la pensée platonicienne ou aristotélicienne à ce sujet, la théorie créationniste a, très vite, refait son chemin à partir du christianisme, v. en ce sens *ibid.*, p. 95.

⁸⁸³ V. à ce sujet P. Clavier, « La création est-elle soluble dans la philosophie ? », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2012/3, t. 137, p. 307 et s.

intellectuelle et son objet. Au demeurant, elle permettrait de mettre l'accent sur le degré de prise en compte de la dimension humaine de la création⁸⁸⁴. À ce titre, l'adjectif « *intellectuel* » peut recevoir une acception plus large que la mesure de l'effort humain réalisé dans l'élaboration d'un objet ; il peut aussi renvoyer à l'effort de compréhension, de conceptualisation qui est fourni pour appréhender des concepts, des théories⁸⁸⁵, etc. Outre le lien renforcé entre le droit et son objet, le choix de cet adjectif permet d'opérer également un rattachement entre l'objet du droit et l'origine de cet objet, en l'occurrence l'esprit humain. La création intellectuelle est alors en mesure d'individualiser les objets de propriété intellectuelle.

B. La fonction d'individualisation de la propriété intellectuelle de la qualification de création intellectuelle

244. La spécificité de la qualification. – Même si l'appréhension de la notion de création intellectuelle s'avère être un exercice tortueux, du point de vue juridique il est possible de saisir certaines de ses spécificités. La notion de création intellectuelle peut être envisagée comme un facteur de spécification de ce domaine au sein du droit des biens (1), mais aussi comme un élément permettant de distinguer l'objet de la propriété intellectuelle de la notion de travail (2).

1. La création intellectuelle, facteur de spécification de la propriété intellectuelle au sein du droit des biens

245. Les atouts de la qualification. – Qualifier l'objet de propriété intellectuelle de « *création intellectuelle* » lui permet de se démarquer de l'environnement juridique dans lequel il évolue. Cette démarcation se révèle à l'égard des autres qualifications susceptibles de couvrir l'objet de propriété intellectuelle (a), ainsi qu'au sein des catégories juridiques qu'il est susceptible d'intégrer (b).

a. La reconnaissance de l'objet hors les qualifications concurrentes

246. Les qualifications proposées. – Outre la qualification de création intellectuelle, d'autres qualifications ont été proposées pour nommer l'objet de propriété intellectuelle. Sans prétendre à l'exhaustivité, peuvent être relevées les qualifications suivantes : les activités immatérielles, la création immatérielle ou encore le bien intellectuel.

247. Les activités immatérielles. – L'appellation « *activités immatérielles* » peut se déduire du travail mené par la Commission supérieure de codification, à l'époque de la construction du Code de la propriété intellectuelle. Parmi les trois catégories existantes pour classer les codes existants, elle a rattaché le Code de la propriété intellectuelle à la catégorie des codes dont l'objet principal est de

⁸⁸⁴ Ce point sera étudié en aval, v. *infra* n° 301 et s.

⁸⁸⁵ J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », art. préc., p. 414.

régir des activités⁸⁸⁶. L'on peut donc naturellement se demander si l'objet de propriété intellectuelle réside effectivement dans des activités, en l'occurrence immatérielles. L'avantage de cette qualification est qu'elle permet de marquer du pluriel un objet de droit qui se caractérise par la diversité des réalités qu'il peut recouvrir. Cette commodité est vite éclipsée par les nombreux inconvénients propres à cette qualification. Outre le champ d'application extrêmement large qu'elle induit, elle ouvre également la porte aux protections dites « conjoncturelles », c'est-à-dire aux protections justifiées par la demande, le besoin de l'instant, et mettant ainsi de côté la cohérence d'ensemble de la matière. De surcroît, ce rattachement opéré par la Commission supérieure de codification doit être relativisé : il ressort en effet des propos de la Commission elle-même que ce dernier est essentiellement conjoncturel ; raison pour laquelle il ne faut pas lui accorder trop grande importance⁸⁸⁷.

248. La création immatérielle. – Au sein de la doctrine, il a été proposé de qualifier l'objet de propriété intellectuelle de « *création immatérielle* ». Partageant le même nom avec la qualification que nous avons retenue, celle-ci diffère en revanche dans l'adjectif qualificatif utilisé. Certains auteurs préfèrent en effet le vocable immatériel à intellectuel car il évite « *une (inutile) connotation de qualité* » ainsi que de « *[suggérer] que la création émane de l'homme, alors qu'aujourd'hui il est des créations qui ne procèdent que médiatement de lui* »⁸⁸⁸. S'il est vrai que la création, aujourd'hui, n'est plus seulement le fait de l'homme, nous pensons qu'il est primordial que le phénomène reste rattaché à celui qui l'a pensé ; pour cette raison, la création dite immatérielle n'a pas notre préférence.

249. Le bien intellectuel. – La notion de « *bien intellectuel* », pensée par le professeur Binctin⁸⁸⁹, est une autre qualification apte à appréhender l'objet de propriété intellectuelle. Elle a en effet le mérite de rattacher la matière au droit de propriété par la notion de bien et d'identifier l'origine de l'objet, en l'occurrence une origine humaine, par l'adjectif « *intellectuel* ». À l'analyse, cette qualification peut cependant souffrir de quelques critiques, portant principalement sur la qualification de bien. La notion de bien, en effet, désigne aujourd'hui des réalités bien plus larges que les seules choses matérielles qu'approprie le droit de propriété, le bien pouvant aussi désigner d'autres droits subjectifs, tels que les droits de créances ou les droits réels autres que le droit de propriété⁸⁹⁰. Au demeurant, la qualification de bien intellectuel pourrait laisser croire que l'objet qu'elle désigne est celui auquel s'applique le régime des droits dits « *intellectuels* », théorie proposée par Picard et reprise par Dabin⁸⁹¹. Seulement, la théorisation de cette catégorie est insuffisamment aboutie pour désigner et singulariser tant les droits de propriété intellectuelle que leurs objets puisqu'elle intègre aussi les

⁸⁸⁶ V.-L. Benabou, V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 11.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, n° 198.

⁸⁸⁸ M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, op. cit., p. 10.

⁸⁸⁹ N. Binctin, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2006, étude 14 ; N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, 2007, n° 32 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 5 et s.

⁸⁹⁰ V. en ce sens J. Laurent, *La propriété des droits*, LGDJ, 2012, spéc. n° 84 et s., qui les désigne comme des droits-prestations.

⁸⁹¹ E. Picard, « Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », art. préc. ; J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », art. préc.

autres droits de nature incorporelle, tels que ceux portant sur le fonds de commerce ou sur les clientèles civiles, rendant cette catégorie très hétérogène⁸⁹². De surcroît, la qualification de « *création intellectuelle* » est tout autant en mesure de s'insérer dans les classifications préexistantes.

b. La reconnaissance de l'objet au sein de la classification des biens

250. L'objet de propriété intellectuelle : un bien parmi d'autres. – En droit, les biens sont traditionnellement classés dans deux catégories : les biens meubles et les biens immeubles. Cette classification, fondée sur un critère physique (la matérialité du bien) et sur la nature de ces biens (meubles et immeubles), ne semble pas rendre compte de l'univers des biens et notamment de la distinction entre les biens corporels et incorporels⁸⁹³. Tout en tentant de comprendre comment les objets de propriété intellectuelle sont actuellement réceptionnés dans le droit des biens, le propos s'efforcera de démontrer comment la qualification de création intellectuelle peut être source d'ordonnancement et de clarification, tant à l'aune de la classification traditionnelle que de la classification renouvelée des biens.

251. L'objet de propriété intellectuelle dans la classification des biens meubles et immeubles. – Le rattachement des objets de propriété intellectuelle à la notion de bien ne se fait pas sans difficulté. Dans son acception traditionnelle, la notion de bien se définit à travers une condition matérielle, la présence d'une chose appropriable, et une condition juridique, l'appropriation de cette chose. La classification des biens repose alors sur un critère de fixité opérant une distinction entre les biens immeubles et les biens meubles qui constitue la *summa divisio* du droit des biens français. À côté de cette approche matérialiste du bien, une autre approche s'est développée en doctrine s'attachant à la *valeur réservée* innervant le bien⁸⁹⁴. Son avantage est de s'émanciper de l'approche matérialiste du bien qui n'est pas propice à l'accueil des choses immatérielles, notamment les objets de propriété intellectuelle. Or, le droit positif repose sur une conception matérielle du bien qui reste attachée au critère physique. Pour ne pas ignorer l'essor des choses immatérielles, et plus globalement des choses incorporelles, la difficulté a été contournée. Les objets de propriété intellectuelle n'étant pas, *a priori*, des biens immeubles, ceux-ci sont rangés « *par défaut* » dans la catégorie des biens meubles, et plus précisément dans la sous-catégorie des biens meubles par destination de la loi⁸⁹⁵. Ils intègrent cette sous-catégorie aux côtés d'autres biens meubles incorporels, tels que le fonds de commerce, les valeurs mobilières ou encore les rentes⁸⁹⁶. Si cette classification a l'avantage de la commodité, elle ne permet pas de révéler la spécificité de l'objet de propriété intellectuelle, en particulier vis-à-vis des autres biens incorporels.

⁸⁹² Ph. Malinvaud, N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 463 et s.

⁸⁹³ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 311.

⁸⁹⁴ Pour une présentation complète, v. *ibid.*, p. 281 et s.

⁸⁹⁵ A. Robin, S. Chatry, *Introduction au droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 247.

⁸⁹⁶ C. Grimaldi, *Droit des biens*, LGDJ, 4^e éd., 2024, n° 131 et s.

Si, à première vue, il apparaît plus logique de s'écarter de cette *summa divisio*⁸⁹⁷, une jeune doctrine propose au contraire de la conserver tout en la repensant. Monsieur Berthillon, dans sa thèse de doctorat, propose, en redéfinissant la *summa divisio* autour des biens ubiquistes et des biens topiques⁸⁹⁸, de requalifier les biens ubiquistes – désignant les « *choses intellectuelles* »⁸⁹⁹ – en biens immeubles⁹⁰⁰. Cette proposition, qui recherche plus de logique dans l'appréhension des objets de propriété intellectuelle par le droit des biens, permet également de ne pas s'attacher à l'opposition entre les choses corporelles et incorporelles dont la reconnaissance n'est que doctrinale⁹⁰¹.

252. L'objet de propriété intellectuelle dans la classification des biens corporels et incorporels. – L'essor de l'opposition entre les biens corporels et les biens incorporels est notamment dû à l'importance grandissante des objets de propriété intellectuelle. Cette opposition, qui s'inscrit en rupture avec la *summa divisio* classique, permet également de la dépasser et de mettre en avant les spécificités propres aux choses incorporelles. Cependant, il apparaît que l'exercice de classification est loin d'être abouti, étant donné que ne sont reconnues ni la catégorie des biens incorporels, ni ses éventuelles sous-classifications⁹⁰². Sur ce second point, les objets de propriété intellectuelle, en tant que choses immatérielles, incorporelles, se « *noient* » parmi les autres choses incorporelles, telles que les universalités, les créances, etc. En d'autres termes, dire de l'objet de propriété intellectuelle qu'il est une chose immatérielle ne lui permet pas de se distinguer des autres choses immatérielles et, subséquemment, de se situer dans cet environnement juridique. L'une des conséquences préjudiciables de cette absence de sous-classification est que le droit de la propriété intellectuelle est alors perçu comme une catégorie extrêmement englobante, dépassant les seuls objets issus d'un processus créatif émanant de l'esprit humain. Or, si les objets de propriété intellectuelle, les fonds de commerce, ou encore les actions ont en commun cette nature incorporelle, ce trait commun ne peut justifier à lui seul leur rassemblement dans une seule et même catégorie ; en plus de ceci, il est nécessaire de les distinguer en sous-catégories afin de « *raffiner encore les éléments de régime* »⁹⁰³. À ce titre, nous pensons que la qualification de création intellectuelle est tout à fait en mesure de remplir cette tâche, et d'atteindre cet objectif de différenciation. Cette qualification met en effet l'accent sur deux éléments qui sont, selon nous, incontournables pour cerner de manière unitaire l'objet de propriété intellectuelle : le fait qu'il émane d'une activité créatrice et le fait qu'il émane d'un esprit humain.

⁸⁹⁷ À cet égard, il convient de se tourner vers l'opposition entre les biens corporels et incorporels, v. *infra* n° 252.

⁸⁹⁸ Cette opposition se fonde notamment sur le critère de fixité du bien. V. en ce sens : F. Berthillon, *L'ubiquité des biens*, *op. cit.*, n° 6.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, n° 3.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, spéc. n° 347 et s.

⁹⁰¹ À titre d'illustration, même si l'article 520 de l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil porté par l'Association H. Capitant reconnaît comme des biens les choses corporelles ou incorporelles, la distinction n'irrigue pas l'esprit de cette proposition. V. Association H. Capitant, *Avant-projet de réforme du droit des biens. Propositions de réforme du Livre II*, 15 mai 2009, accessible sur <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2023/02/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf> (consulté le 11/11/2024).

⁹⁰² J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 314 et s.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 317.

Outre cette capacité à se spécifier dans un environnement juridique extrêmement dense, la création intellectuelle est aussi à même de se démarquer d'une notion avec laquelle les liens sont sibyllins : la notion de travail.

2. La distinction ténue avec la notion de travail

253. Des différences profondes dissimulées par des ressemblances de surface. – À première vue, les notions de travail et de création partagent des points communs : l'une comme l'autre peuvent se définir à la fois comme un processus d'élaboration, de construction et comme un résultat⁹⁰⁴. Culturellement, notre époque a de plus en plus tendance à assimiler travail et création, notamment par le biais de la confusion qui est régulièrement faite entre création et production⁹⁰⁵. Mais c'est d'abord grâce à une approche historico-religieuse que la différence peut être faite entre le travail et la création (a). La séparation des deux notions est accentuée par la place qu'occupe le processus psychologique dans le fait créatif (b).

a. L'approche historico-religieuse de la création et du travail

254. La création religieusement distinguée du travail. – La création et le travail sont deux phénomènes qui ont suivi leurs propres évolutions, avec parfois des points de rencontre. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut relever que, à partir du XVI^e siècle, la création a pour avantage d'émanciper son créateur⁹⁰⁶. En effet, en repartant de l'approche religieuse du fait créatif, la Création est le fait du Demiurge. Or, l'homme ayant été créé à son image, il apparaît logique que l'homme soit en mesure de créer ; la différence principale étant que l'homme, contrairement à son Créateur, ne peut créer à partir de rien, il va nécessairement créer à partir d'éléments préexistants⁹⁰⁷. Cette vocation libératrice de la création n'a, cependant, pas l'avantage de s'accompagner d'une reconnaissance notamment sociale de la personne du créateur⁹⁰⁸.

Ainsi, alors que la création participe à l'émancipation de l'être humain créateur, le travail, au contraire, est perçu comme une activité dévalorisée⁹⁰⁹ et dévalorisante. En effet, l'influence de la religion se ressent tout autant sur l'appréhension du travail, celui-ci étant perçu, dans la foi chrétienne, comme une condamnation pour avoir goûté au fruit défendu⁹¹⁰. Au regard des

⁹⁰⁴ À propos de la création, v. *supra* n° 239 ; à propos du travail, v. Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, n° 4 : le mot travail « désigne "l'effort lié à l'activité" et "le résultat de cet effort" ».

⁹⁰⁵ V. *infra* n° 257.

⁹⁰⁶ Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 33.

⁹⁰⁷ Il est à noter que cette conception de la création est le fruit de plusieurs siècles de réflexion et d'évolution. Pour une présentation exhaustive, v. M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012, spéc. les trois premiers chapitres de l'ouvrage.

⁹⁰⁸ La reconnaissance va en effet se faire plus tard, v. *infra* n° 256.

⁹⁰⁹ Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, n° 2. Plus précisément, celui-ci est avilissant lorsqu'il a lieu en échange de quelque chose, v. en ce sens M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁹¹⁰ Il s'agit néanmoins d'une condamnation juste en ce qu'elle émane de Dieu, v. en ce sens Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, n° 2 : « dans une théologie de la souffrance, le travail a une valeur rédemptrice ».

conceptions très différentes sur le plan religieux de la création et du travail, les personnes du créateur et du travailleur ne sont pas logées à la même enseigne. Le créateur est placé au-dessus du travailleur, il semble même faire l'objet d'une « *divination* » ; divination qui relègue également l'artisan au rang de simple travailleur⁹¹¹.

255. La création assimilée au travail en *Common Law*. – Si ces conceptions se retrouvent dans les pays de droit écrit, dans les pays de *Common Law* la situation est toute autre. Les notions de création et de travail sont purement et simplement assimilées : sous l'impulsion de John Locke, la personne qui crée est et reste un travailleur. Sans dénier la qualité de Créateur au Démonstrateur, celui-ci est néanmoins considéré comme le « *premier travailleur* »⁹¹² ; et ayant créé les Hommes à son image, ceux-ci, qu'ils créent ou non, restent des travailleurs. Autrement dit, « *en présentant le travail comme une activité sacrée par le truchement de laquelle le créateur se rapproche de son Créateur, le philosophe anglais [glisse] d'une valorisation morale gratifiante, à une obligation générale et religieuse de travailler* »⁹¹³. Alors que la création qui s'émancipe du travail a une vocation libératrice, la création qui s'assimile au travail devient, au contraire, aliénante. La pensée dominante durant l'Antiquité suggérait déjà cet aspect avilissant du travail, celui-ci étant désigné comme un *neg-otium*, c'est-à-dire l'absence de loisirs, de vie libre⁹¹⁴.

256. La création socialement distinguée du travail. – Pour revenir aux pays de droit écrit et plus particulièrement à la France, même si la création émancipe, le système des privilèges mis en place à partir du XVI^e siècle ne vise pas forcément la personne du créateur⁹¹⁵. Avec la Révolution française, la création va conserver ce détachement du travail, mais le fondement sur lequel repose ce détachement va changer profondément. En effet, depuis cet événement, ce sont essentiellement des considérations sociales qui vont guider l'élaboration des normes, faisant perdre à la religion chrétienne l'influence qu'elle a pu avoir. L'acte créatif n'est plus envisagé dans son versant religieux mais dans son versant social. C'est ainsi que le créateur – aussi bien l'inventeur que l'auteur – se voit reconnaître, au titre des droits de l'Homme, un droit de propriété sur sa création, plus précisément, un droit de propriété sur les « *fruits de son esprit* »⁹¹⁶. La situation du créateur est opposée

⁹¹¹ A. Roux, « De la création divine à la création humaine : approches philosophiques », art. préc., p. 95. Cependant, nous allons voir que l'artisan n'est pas toujours un simple travailleur, v. *infra* n° 258.

⁹¹² Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 36.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 37. Cette conception transparaît dans la législation anglo-américaine, notamment à travers la théorie des *skill and labour*, v. en ce sens : *ibid.*, p. 38.

⁹¹⁴ Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, op. cit., n° 2 : « L'idéal de l'homme romain, c'est l'*otium* – la relation humaine, la conversation, la discussion sur les problèmes politiques, la participation aux assemblées... », autrement dit d'occuper sa vie par toutes formes de « *loisirs* ». Dans cette perspective, le travail est le contraire de l'*otium*.

⁹¹⁵ Les privilèges d'invention sont accordés sans considération de l'inventeur qui est « *mis sur un pied d'égalité avec l'importateur ou le premier exploitant* ». V. en ce sens : M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 245 ; quant aux privilèges accordés sur les œuvres littéraires et artistiques, il s'agissait avant tout un privilège d'éditeur, *ibid.*, p. 246 et s.

⁹¹⁶ Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 42. Cette référence aux « *fruits de l'esprit* » du créateur n'est cependant pas nouvelle. Elle a déjà été utilisée, mais de manière très isolée et sans officialiser le lien entre le créateur et sa création, à l'occasion de l'octroi d'un « *privilège d'invention* » demandé

au travailleur qui n'est pas propriétaire des fruits de son travail, ceux-ci revenant à la personne qui met à sa disposition les outils et moyens de production. Grâce à cette reconnaissance et à cette « *élévation sociale* » du fait créatif, les liens plus ou moins ambigus entretenus avec la notion de travail sont rompus. Ceci exposé, la situation connue, très peu de temps après, de nouveaux bouleversements avec l'adoption de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention : à cette occasion, la figure de l'inventeur est délaissée au profit du « *premier déposant* » en raison « *du caractère impersonnel de la solution technique* »⁹¹⁷.

257. La création économiquement assimilée au travail par le truchement de la notion de production. – En remontant l'échelle du temps jusqu'à aujourd'hui, l'invention et l'inventeur ne sont plus les seules notions ayant renoué – malgré elles – avec les notions de travail et de travailleur. C'est le phénomène de la création entier qui semble renouer avec le travail, la raison étant que la création semble avoir été englobée, absorbée par la notion de production. De nos jours, avec l'influence de la marchandisation, création et production sont de plus en plus confondues. Par exemple, pour désigner des créations cinématographiques, musicales, et même littéraires, on parle volontiers de « *produits culturels* », ou encore, de manière plus récente, avec l'essor des plateformes numériques, de « *contenus numériques* », entendus comme un ensemble de produits ou services mis à la disposition d'un public, ce dernier intégrant le rang des consommateurs. S'agissant plus particulièrement des créations cinématographiques, communément nommées des « *productions cinématographiques* », le terme production est utilisé tant pour désigner le résultat – comme cela vient d'être suggéré à l'instant – que le processus lui-même. En effet, dans le langage courant, il est plus souvent fait référence à la production pour qualifier le processus d'élaboration de l'œuvre, une manière de mettre davantage en avant les investissements et les outils qui ont été nécessaires que le rôle du scénariste, du responsable du décor ou encore des acteurs.

Les relations entre la création et la production doivent cependant être nuancées. Le professeur Gaudrat relève en effet que, dans le cadre d'une activité commerciale, « *si l'acte de production industrielle est la cause immédiate de l'activité commerciale de distribution du produit fabriqué en nombre, l'acte de création, en revanche, se situe à un degré en-deçà* ». En réalité, l'acte de création « *aboutit à la formalisation d'un objet-matrice qui, pour être distribué, requiert encore d'être démultiplié* »⁹¹⁸. Là est le point de rupture qui devrait être mis en évidence pour garder à l'esprit que création et production ne relèvent pas d'une identité de nature : alors que la création correspond à l'aboutissement tel que voulu par son créateur, la production s'analyse davantage comme un acte « *mécanique* » qui va permettre de dupliquer la création sur de multiples supports (matériels ou dématérialisés). Du point de vue de la propriété intellectuelle et de l'objet que l'on pense être le sien – la création intellectuelle –, il n'y a aucune différence entre le portrait de la Joconde et le dernier film de Christopher Nolan : ce sont tous deux des créations. Là où la différence se joue est au niveau de la distribution de la création : alors

par Brunelleschi, octroyé par la ville de Florence pour trois ans, lui reconnaissant un « *droit sur* "les fruits de son génie" ». V. en ce sens : M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 125.

⁹¹⁷ Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 43.

⁹¹⁸ Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 133.

qu'il n'existe qu'un seul portrait de la Joconde, l'œuvre cinématographique sera assurément produite en plusieurs exemplaires. En somme, si la production peut être rapprochée de l'exemplaire, elle ne peut en revanche être opportunément assimilée à la création⁹¹⁹.

Cette assimilation entre création et production, et plus largement entre création et travail, trouve un autre obstacle lorsqu'est mis en avant le processus psychologique de la création.

b. L'approche psychologique de la création et du travail

258. La création et le travail n'occupent pas la même place dans le processus psychologique. – Dire que la création se distingue du travail ne signifie pas que le processus créatif est autonome de toute force de travail ; c'est même l'inverse. Le fait créatif implique toujours un travail, même une dose minimale de travail. Pour autant, un travail n'implique pas toujours un fait créatif. En effet, si la création est indissociable d'un travail, la réciproque n'est pas forcément vraie : tout travail n'est pas irrémédiablement suivi d'un apport créatif, peu importe la quantité de travail qui aura été utilisée. Pour s'en convaincre, on peut relever qu'« *alors que les travailleurs sont, à compétences égales, interchangeables, les créateurs ne le sont jamais* »⁹²⁰.

Outre le travail qu'il nécessite, le fait créatif induit également la mise en place d'un « *processus psychologique intime, exclusif à chaque créateur, maîtrisé par lui seul* »⁹²¹. De manière plus nuancée, il ne s'agit pas de renier la place que prend le travail dans ce processus psychologique. À l'instar de la technique, le travail peut impliquer la mise en œuvre d'un savoir-faire, plus généralement de connaissances techniques qui ne sont pas acquises par nos seules mains. La mise en œuvre d'un travail, d'une technique, d'un savoir-faire implique de l'avoir assimilé intellectuellement pour pouvoir ensuite mettre à disposition cette compétence, que ce soit pour soi-même ou pour autrui. Seulement, le fait créatif ne résulte pas et ne se résume pas à ce seul travail : si des tâches manuelles par exemple peuvent être acquises par bon nombre de personnes (avec le rythme, la facilité, le talent propre à chacune), le processus créatif est et restera propre à chacune d'entre elle ; le travail peut être un vecteur de la créativité, mais ne peut s'assimiler à de la créativité. C'est ainsi qu'une certaine doctrine peut douter de la nature créative d'un logiciel : en tant que programme d'ordinateur, il est « *le fruit d'un travail hautement qualifié, mais non d'un acte créatif* »⁹²².

259. Le cas épineux des créations scientifiques. – Comme pour le logiciel, il peut être difficile de se positionner s'agissant des créations dites « *scientifiques* ». Les recherches, le travail que nécessitent ces créations sont telles qu'elles font état d'un investissement colossal, tant sur le plan intellectuel que sur le plan matériel. Cependant, si le droit de la propriété intellectuelle intègre « *les*

⁹¹⁹ De surcroît, le terme production est « *étranger aux notions clés du droit d'auteur français* ». V. en ce sens : V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », art. préc.

⁹²⁰ Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 131 ; Ph. Gaudrat, « Distinction entre travail et création : demande en restitution de tirages photographiques », *RTD com.* 2022. 55, n° 9.

⁹²¹ Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 131.

⁹²² Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle *épurée* », art. préc., n° 39.

domaines de l'expression personnelle et de l'inventivité technique », il en exclut « l'intelligence scientifique »⁹²³. Les raisons de cette exclusion semblent être multiples : les créations scientifiques ne sont pas protégeables par le droit d'auteur, les connaissances scientifiques qu'elles incorporent relevant de l'exclusion des idées⁹²⁴ ; les créations scientifiques ne sont pas davantage protégeables par le droit des brevets car elles consistent en une découverte, en une « mise au jour de l'existant »⁹²⁵.

Cependant, l'exclusion du droit d'auteur n'est en rien définitive ; il demeure toujours possible, en vertu de l'indifférence du genre, qu'une œuvre scientifique soit protégée si celle-ci est originale, c'est-à-dire si son auteur a pu y inscrire l'empreinte de sa personnalité. Il faut néanmoins se garder de l'apparente simplicité de la tournure de cette phrase, dans la mesure où la recherche de l'empreinte de la personnalité de l'auteur d'une œuvre scientifique est délicate et complexe⁹²⁶. Étant donné que « les faits imposent leur tyrannie aux hommes de science »⁹²⁷, l'originalité d'une œuvre scientifique sera plus difficile à déceler, le juge ne pouvant « s'appuyer que sur "le choix des expressions" et "le détail de l'aménagement" »⁹²⁸. L'évolution du critère d'originalité, passant d'une originalité subjective à une originalité objective, serait propice à un accueil facilité des œuvres scientifiques dans le giron du droit d'auteur. Monsieur Strubel, dont la thèse de doctorat est consacrée à *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, à l'image de la doctrine dominante, choisit de s'en tenir à une conception subjective de l'originalité afin de ne pas mettre à mal la cohérence du droit d'auteur pour des raisons essentiellement utilitaristes⁹²⁹.

260. La création ne résulte pas seulement du travail. – De ces quelques développements, il convient de retenir que la création se nourrit inmanquablement de travail, sans pour s'y réduire pleinement ; la création est « plus » que du travail. Par ailleurs, le travail ne peut se résumer à la création et ne peut donc être, à lui seul, un facteur caractéristique du droit de la propriété intellectuelle⁹³⁰. La notion de création, bien que nébuleuse, est donc en mesure de permettre à l'objet de propriété intellectuelle de se singulariser dans son environnement juridique. Cependant,

⁹²³ A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., p. 15.

⁹²⁴ X. Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, op. cit., spéc. p. 37 et s.

⁹²⁵ M. Vivant, « Reconnaissance des créations par le droit », in *Dictionnaire critique de la communication*, t. 2, L. Sfez (dir.), PUF, 1993, p. 1246 ; adde. M. Dhenne, *Technique et droit des brevets. L'invention en droit des brevets*, op. cit., n° 6, qui relève que « Archimède minimisait l'importance de ses inventions en n'y voyant que de simples amusements de géomètres ».

⁹²⁶ X. Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, op. cit., p. 91 et s. pour une vision globale, p. 119 et s. pour une vision focalisée sur certaines œuvres scientifiques.

⁹²⁷ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., n° 33.

⁹²⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 336.

⁹²⁹ X. Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, op. cit., p. 106.

⁹³⁰ Dans sa thèse de doctorat, le professeur Revet semble avoir exclu d'emblée l'éventuelle intégration de la force de travail en tant qu'objet au sein des droits intellectuels, in *La force de travail (étude juridique)*, op. cit., n° 24 : « Certes, il existe des situations hybrides, telle celle des droits intellectuels "qui se rattachent à la fois aux droits patrimoniaux et aux droits extra-patrimoniaux car ils comportent en même temps un droit patrimonial et un droit moral". Mais la force de travail n'entre pas dans cette hypothèse. En effet, les situations composites mêlent "des éléments disparates qui conservent chacun leur nature et leur régime propres, et qui restent dissociables bien qu'ils soient juxtaposés". Or la force de travail est une réalité unique : les facultés corporelles et intellectuelles de l'homme constituent une donnée homogène, devant par conséquent relever d'une catégorie : elle est hors commerce ou elle est dans le commerce, mais ne saurait, a priori, être à la fois dans et hors commerce ».

la réception d'une telle notion par le droit positif démontre que cette qualification ne parvient pas, telle qu'elle est envisagée pour l'heure, à remplir sa fonction de qualification.

§2. L'inadaptation de la qualification de création intellectuelle avec les solutions du droit positif

261. La création est ; qu'est-ce que la création ? – D'un point de vue doctrinal, les divergences ne portent pas sur la question de savoir si la création est l'objet idoine du droit de propriété intellectuelle, l'essentiel de la doctrine s'accordant sur ce point⁹³¹. En revanche, les divergences se situent davantage sur la teneur de cette notion de création, et plus précisément sur la question de savoir si tous les objets actuellement protégés par les propriétés intellectuelles relèvent de cette qualification⁹³². Le premier réflexe serait de s'orienter vers la place du beau dans la création : la création s'entendrait-elle du « *beau* » ? Sans tenter d'y apporter une réponse, le doyen Cornu a opportunément relevé un paradoxe : alors que le droit érige la création en « *bien de prestige* », il « *refuse de dire le beau* ». Ce refus – qui est en réalité un aveu d'incapacité de sa part – est pourtant tout à fait opportun, puisque le beau est rebelle « *à toute définition, juridique ou autre* »⁹³³. Ainsi, la création ne peut en appeler au beau pour espérer saisir son essence. Cette mise à l'écart d'office du beau dans la recherche de l'essence de la création permet d'objectiver la démarche et d'intégrer légitimement la technique dans le domaine de la création. Cette intégration ne doit cependant pas éluder le risque de changement de paradigme, compte tenu de la place de plus en plus grande qu'occupe la technique dans le domaine créatif (A). De surcroît, la qualification apparaît inadéquate à saisir l'objet commun à la propriété intellectuelle, ce dernier ne se révélant pas nécessairement grâce à sa dimension créative (B).

A. La création dépassée par la technique

262. Les différences propres à la technique et à la création... – Les relations qu'entretient la création avec la technique sont bien plus ambiguës que celles qu'elle tisse avec le travail. Pour tenter de les comprendre, il convient d'opérer un bref retour en arrière, précisément dans l'Antiquité grecque. À cette époque, la création était clairement distinguée de la technique, cette dernière n'impliquant aucune forme de création⁹³⁴. En effet, alors que la création est perçue comme un moyen de se libérer, la technique signifie un « *prolongement* » des limites inhérentes à l'être humain. À ce propos, peut être reprise l'image d'une prothèse, la technique vue comme telle renvoyant alors

⁹³¹ A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 6 ; L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1 ; C. Bernault, J.-P. Clavier, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, v. « création intellectuelle » ; M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 10 ; A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., p. 15 qui formule une véritable proposition en ce sens.

⁹³² V. par exemple Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle *épurée* », art. préc., n° 3.

⁹³³ G. Cornu, « Droit et esthétique. Présentation », art. préc., p. 10.

⁹³⁴ M. Dhenne, *Technique et droit des brevets. L'invention en droit des brevets*, *op. cit.*, n° 6.

« à la finitude, au défaut constitutif de l'être humain »⁹³⁵. Sans pour autant s'opposer, les notions de technique et de création ne sont donc pas véritablement assimilables.

263. ...n'empêchent pas leur filiation. – Cela ne signifie pas que la technique n'entretient aucun rapport avec la création. Si la technique, dans un sens courant, s'adresse, par exemple, à des artisans ou encore à des industriels, elle est aussi indubitablement mobilisée par des créateurs. Il suffit de songer, par exemple, aux techniques de peinture, de sculpture, de photographies ou encore aux techniques de tournage. La réciproque est-elle vraie ? Même si la réponse ne fait pas consensus⁹³⁶, il s'avère que la création peut tout à fait être le fait de « *techniciens* » : tel est le cas de l'artisan, qu'il soit par exemple coiffeur, maquilleur, menuisier ou encore chocolatier. En effet, certains artisans, dans le cadre de leurs métiers, ne se contentent pas de mettre en œuvre un savoir-faire, et font preuve de créativité *grâce* à leur technique.

264. Art et technique : deux domaines de la création. – Si la technique ne s'oppose pas à la création, peut-on davantage l'opposer au domaine artistique ? Il est tentant de répondre de manière affirmative : *a priori*, art et technique sont deux domaines relativement différents mais qui auraient en commun d'être, tous deux, des domaines de la création⁹³⁷. Dès lors, création artistique et création technique peuvent être distinguées, sans que cela n'empêche cette dernière d'intégrer pleinement le champ de la création⁹³⁸. Cette distinction transparait dans la structure du droit de la propriété intellectuelle, les créations artistiques étant accueillies par la propriété littéraire et artistique (essentiellement par le droit d'auteur) et les créations techniques étant accueillies par la propriété industrielle (surtout par le droit des brevets). Cette séparation des compétences, d'apparence limpide, est néanmoins quelque peu bousculée depuis l'adjonction de protections supplémentaires à l'édifice – tels que le droit des dessins et modèles, le droit des marques – et par l'intégration de certains objets notamment dans le champ du droit d'auteur, tels que le logiciel⁹³⁹. Au-delà de ces difficultés, la frontière entre l'art et la technique n'est pas aussi claire ; le cas des photographies en est une illustration flagrante. Cela pousse finalement à revenir sur cette opposition ou, à tout le moins, à fortement la nuancer. Il apparait en effet que, quel que soit le type de créations (œuvres de l'esprit ou inventions), l'influence de la technique est capitale : « *tout artiste a une part de technique* »⁹⁴⁰, tout comme l'inventeur. La technique innerve donc tous les aspects de la création, que

⁹³⁵ E. Clémens, « Création, technè, fiction », in *Profils de la création*, B. Libois, A. Strowel (dir.), PUSL, 1997, pp. 47-54.

⁹³⁶ V. par exemple : N. Enser, *Conscience de la création et droit d'auteur*, *op. cit.*, nos 179-182, qui dénie le caractère créatif de l'invention.

⁹³⁷ La technique est l'un des domaines, avec l'art, dans lequel s'épanouit la création. V. en ce sens : M. Vivant, « Reconnaissance des créations par le droit », art. préc., p. 1246.

⁹³⁸ A. Zollinger, « Conclusion : la création, visions plurielles, valeur universelle ? » art. préc., p. 135.

⁹³⁹ V. *infra* n° 265.

⁹⁴⁰ J.-M. Bruguière, J. Alvarez-Iberlucea, « Regards croisés sur la photographie, la liberté de création, le droit d'auteur et le droit à l'image », *Propr. Intell.* n° 81, oct. 2021, p. 33.

celle-ci soit artistique ou inventive ; pour autant, la création ne saurait être assimilée à la seule technique⁹⁴¹.

265. Les limites repoussées de la technique. – Si la technique peut donc être un vecteur de créativité, une difficulté majeure est apparue depuis l'essor de l'information : la technique « *se délite* » lorsqu'elle est mise en œuvre grâce à l'information, « *matière première [...] immatérielle* »⁹⁴². En effet, si la technique est partie prenante du phénomène créatif, l'évolution qu'elle a connue ces dernières années chamboule nécessairement le phénomène créatif, tant dans sa compréhension que dans ce qu'il recouvre – ce qui correspond d'ailleurs tout à fait à cette « *irrésistible ascension des propriétés intellectuelles* »⁹⁴³, l'essor de l'information y ayant grandement participé. Face à une telle évolution, la technique repousse ses propres limites et, avec elles, également celles du phénomène créatif. Le cas du logiciel peut être pris pour illustration. Le logiciel est mis au point par un informaticien, c'est-à-dire une personne maîtrisant l'informatique. Le logiciel mis au point par cet informaticien peut tout à fait constituer un apport créatif, compte tenu du niveau de technicité qu'il présente ; l'apport créatif résulte ici d'un apport technique. Or, la création, prise en tant que phénomène, est susceptible de recouvrir le domaine de l'art et le domaine de la technique. En droit, et plus précisément en droit de la propriété intellectuelle, les créations artistiques relèvent du droit d'auteur, et les créations techniques du droit des brevets. Le choix a été fait de protéger le logiciel par le droit d'auteur plutôt que par le droit des brevets, en raison de son défaut intrinsèque d'activité inventive⁹⁴⁴, c'est-à-dire une absence de caractéristiques techniques. Si le reproche principal formulé à l'encontre du logiciel est son défaut de technicité, peut-elle être davantage décelée lorsque le logiciel est soumis aux rites personnalistes du droit d'auteur ? Une brèche a pu être trouvée dans la partie dite « *humaine* » du logiciel⁹⁴⁵. En réalité, cette brèche a surtout été ouverte au sein même du droit d'auteur, en réadaptant le critère de l'originalité afin de pouvoir accueillir plus aisément cette création – qui facilita la réception d'autres objets, tels que les bases de données ou encore les œuvres « *de petite monnaie* ». Il semble que ce rejet du droit des brevets au profit du droit d'auteur⁹⁴⁶ n'a pas été le choix le plus pertinent, principalement en raison de l'attraction du logiciel vers le droit des brevets⁹⁴⁷. Ce choix laisse *in fine* transparaître un manque certain de réflexion substantielle sur la notion de création.

⁹⁴¹ Pour reprendre l'exemple du photographe, c'est lorsqu'il « *arrête d'être obnubilé par la technique que sa créativité peut s'exprimer entièrement* ». V. en ce sens : *loc. cit.*

⁹⁴² M. Vivant, « Reconnaissance des créations par le droit », art. préc., p. 1246 ; *adde.* P. Caye, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », art. préc., p. 228 : « *la technique ne cherche plus à faire œuvre, mais à fluidifier la matière pour en faciliter la mobilisation totale au service de l'énergie et de la force* ».

⁹⁴³ M. Vivant, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *in Mél. Ch. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 441 et s.

⁹⁴⁴ Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle *épurée* », art. préc., n° 39.

⁹⁴⁵ Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », art. préc.

⁹⁴⁶ Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 59 et s.

⁹⁴⁷ L'OEB accepte de plus en plus la brevetabilité des logiciels, v. par exemple : OEB, ch. rec., 15 juil. 1986, *Vicom*, aff. T-0208/84 ; OEB, ch. rec., 1^{er} juil. 1998, *IBM*, aff. T-1173/97 ; ou encore OEB, gde. ch. rec., 12 mai 2010, aff. G 003/08 ; *adde.* toutefois Ch. Le Stanc, *J.-Cl. Brevets*, « Exclusions de brevetabilité. Règles relatives au logiciel », Fasc. 4220, LexisNexis, 3 juin 2022, m.à.j. 4 oct. 2024, n° 84 : malgré l'attraction du logiciel vers le droit

266. La création, un domaine de la technique : vers un inversement du paradigme ? – Cet exemple relatif au logiciel n'est qu'une des parties visibles de l'iceberg. Compte tenu de l'essor qu'a pris et que continue de prendre la technique, ce serait la « *technè* » dans son ensemble qui aurait alors vocation à devenir protégeable⁹⁴⁸ en rendant possible la protection de tout « *ce qui transforme et la nature et la vie des hommes* » ; ouvrant ainsi « *la voie à toute recreation de la notion de création* »⁹⁴⁹.

Outre les difficultés à faire la différence entre la création et la technique, il apparaît que la propriété intellectuelle, même si elle semble s'apparenter à un droit de la création, ne requière pas le même degré de créativité selon la protection envisagée ; elle semble même, par moments, ne pas l'exiger du tout.

B. La création mise à mal par l'hétérogénéité des objets de propriété intellectuelle

267. Les différentes facettes de la créativité. – En partant du postulat selon lequel la propriété intellectuelle est « *un droit de la création* »⁹⁵⁰, une part majoritaire de la doctrine suggère que le soubassement commun à l'ensemble de ces objets réside dans la création, plus spécifiquement dans la création intellectuelle. Si la protection octroyée par la propriété intellectuelle induit une idée de création, c'est en réalité au critère de créativité que le droit positif se réfère et ceci, de façon hétérogène et parfois implicite selon chaque droit de propriété intellectuelle. Elle est, par exemple, présente au sein de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose en son alinéa 1^{er} que « *[l']auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Dans cette formulation, la notion de création n'est pas comprise comme étant l'objet de la protection, mais comme étant le fait générateur de la protection. En d'autres mots, par la notion de création est visé le fait créatif. Est-ce à dire que tout objet de propriété intellectuelle doit être issu d'un fait créatif ? Si tel est le cas, cela signifierait que les conditions de protection propres à chaque droit de propriété intellectuelle seraient le reflet d'une exigence de créativité (1). Parmi ces conditions de protection, la condition de nouveauté est dotée d'une certaine transversalité, puisqu'elle est requise par plusieurs régimes de propriété intellectuelle. Or, le rapport d'opposition qui *semble* animer la nouveauté et la créativité participe de l'imparfaite inadéquation de la qualification de création intellectuelle (2).

1. L'exigence de créativité éprouvée par les conditions de protection de fond

268. La créativité en droit d'auteur. – La reconnaissance du droit d'auteur repose sur la caractérisation de l'originalité. Critère de protection non défini par la loi, l'originalité a été définie

des brevets, la brevetabilité de celui-ci est régulièrement questionnée, notamment s'agissant de l'activité inventive qu'il recèle.

⁹⁴⁸ La « *technè* » ou « *tekhne* », est une notion apparue dans l'Antiquité grecque, qui recouvre une variété infinie de savoirs, en l'occurrence « *ce que nous nommons "métier", "science", "savoir-faire", "art" ou "technique"* », v. en ce sens : I. Warin, « La notion de technè en Grèce ancienne », *Artefact* n° 15, 2021, p. 45.

⁹⁴⁹ M. Vivant, « Reconnaissance des créations par le droit », art. préc., p. 1246.

⁹⁵⁰ M. Xifaras, M. Vivant, « La propriété intellectuelle, une légende urbaine ? », art. préc., p. 140.

par Desbois comme l’empreinte de la personnalité de son auteur⁹⁵¹. L’originalité est une notion éminemment subjective en ce qu’elle implique la recherche du lien unissant l’auteur à son œuvre, traduisant la conception personnaliste du droit d’auteur français. Cependant, la créativité qui y est recherchée ne s’entend pas de n’importe quelle créativité. En vertu de l’article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, la créativité de l’originalité n’est pas celle qui s’apprécie en fonction du genre, de la destination ou du mérite de l’œuvre. Dans son office, le juge ne peut devenir un critique d’art et juger de la valeur de l’œuvre. Il importe peu qu’une œuvre soit d’une qualité médiocre, choquante, brillante ou célèbre ; ou encore qu’elle relève d’un genre n’appartenant pas au domaine de l’art « *pur* ». L’illustration topique est celle de l’œuvre pornographique, dont la protection ne peut être refusée pour des raisons purement méritoires⁹⁵². Cela étant, la mise en œuvre de ce principe d’indifférence n’est pas aisée, certaines jurisprudences se référant notamment à la notoriété de l’œuvre et/ou de l’auteur pour caractériser l’originalité, ce qui renvoie à une forme de mérite⁹⁵³. Le droit d’auteur ne fait aucune différence entre un roman de Romain Gary et un décapsuleur, du moment que l’originalité peut être caractérisée⁹⁵⁴. Depuis les années 1980 et l’arrêt *Babolat c. Pachot*, cette conception subjective cohabite avec une conception « *objectivée* » de l’originalité, tenant dans la recherche de l’apport intellectuel propre à son auteur. Cette adaptation de l’originalité, rendue nécessaire pour pouvoir accueillir les œuvres « *logicielles* » à cette époque⁹⁵⁵, a également permis, de manière spécifique, la réception des bases de données⁹⁵⁶, puis, plus globalement, celle des œuvres d’art appliqué. Le juge de l’Union européenne, en 2009, a fait de l’originalité, dans son acception objective, une « *notion autonome du droit de l’Union* »⁹⁵⁷, en la définissant comme une « *création intellectuelle propre à son auteur* »⁹⁵⁸. En érigeant l’originalité comme une notion autonome, la portée de cette solution, rendue à propos d’extraits d’œuvres limités à onze mots, s’étend à l’ensemble du droit d’auteur. L’originalité objectivée peut donc être invoquée pour tous types d’œuvres prétendant à une protection par un droit d’auteur. La Cour a rompu « *ici avec la segmentation des directives et [a étendu] la notion de manière transversale à tout type d’œuvre* »⁹⁵⁹. Par la suite, a été mis en avant le critère du choix par la jurisprudence de l’Union. Ce critère a été suggéré par l’arrêt *Premier League* qui refusa la protection pour des rencontres sportives, en l’occurrence des matchs de football, au motif que, étant encadrées par des règles du jeu, aucune place n’est laissée pour exprimer une

⁹⁵¹ H. Desbois, *Le droit d’auteur en France*, *op. cit.*, n° 3.

⁹⁵² Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Le droit d’auteur confronté au principe de la dignité de la personne humaine », *Comm. com. élec.* n° 1, 1^{er} janv. 2000, comm. 4. La Cour de cassation semble, toutefois, réserver cette solution au cas où l’œuvre litigieuse « *n’est pas elle-même illicite à raison de perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine* ».

⁹⁵³ V. par exemple : CA Paris, 4^e ch., sect. A, 2 juil. 1997, n° 95/004315 ; CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 juin 1990, n° 88/009742 et n° 88/010529.

⁹⁵⁴ Cass. crim., 9 oct. 1974, cité par C. Bernault, A. Lebois, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d’auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », Fasc. 1135, LexisNexis, 15 juil. 2021, maj. 15 sept. 2024, n° 26.

⁹⁵⁵ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c. Pachot*, déc. préc. ; dir. 91/250/CEE, préc.

⁹⁵⁶ Dir. 96/9/CE, préc.

⁹⁵⁷ V.-L. Benabou, « De l’européanisation du droit d’auteur », in *GAPI*, *op. cit.*, n° 15.

⁹⁵⁸ CJUE, 16 juil. 2009, *Infopaq A/S c. Danske Dagblades Forening*, déc. préc.

⁹⁵⁹ V.-L. Benabou, « De l’européanisation du droit d’auteur », art. préc., n° 12.

quelconque liberté créative⁹⁶⁰. Quelques semaines plus tard, dans l'arrêt *Eva Maria Painer*, la Cour a déclaré que l'auteur parvient à laisser l'empreinte de sa personnalité et à « *exprimer ses capacités créatives [...] en effectuant des choix libres et créatifs* »⁹⁶¹. Le choix libre et créatif est tout autant requis pour la protection d'œuvres informationnelles au titre du droit commun du droit d'auteur, telles que les bases de données. Par son arrêt *Football Dataco* de 2012, la Cour de justice est venue préciser qu'une base de données provenant de la mise en œuvre d'un savoir-faire ne permet pas d'exprimer de tels choix⁹⁶². Néanmoins, une doctrine autorisée se demande si, par une lecture *a contrario* de cette solution, le juge de l'Union n'a pas écarté le savoir-faire pour, en réalité, mieux le réintroduire lorsque celui-ci exprime une originalité dans le choix ou la disposition des données contenues dans la base⁹⁶³. L'hypothèse est loin d'être théorique, des jurisprudences antérieures ayant déjà pu reconnaître l'originalité d'un savoir-faire⁹⁶⁴.

L'originalité, en proie à plusieurs interprétations, est frappée d'une sorte d'instabilité conceptuelle qui empêche de percevoir tout mouvement de cohérence dans la jurisprudence. Des références à la créativité sont toujours faites en jurisprudence⁹⁶⁵, mais l'apparition du critère du choix laisse planer une forme de doute en ce qu'il ne s'associe pas toujours à la création⁹⁶⁶.

269. La créativité en droit des brevets. – Le droit de brevet dépend de la caractérisation de conditions de brevetabilité que sont la nouveauté, l'application industrielle et l'activité inventive de l'invention. Le critère de l'application industrielle semble pouvoir être exclu de l'analyse. Cette condition étant remplie lorsque « *l'objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie* »⁹⁶⁷, son étendue semble l'éloigner de toute idée de créativité⁹⁶⁸. L'activité inventive, dernier critère de brevetabilité, porte une formulation quelque peu trompeuse, car cette activité peut être comprise comme une déclinaison de l'activité créatrice⁹⁶⁹. La raison est historique. Au sortir de la Révolution française, les lois révolutionnaires, en consacrant les droits des auteurs et des inventeurs, ont

⁹⁶⁰ CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, aff. C-403/08, pt. 98.

⁹⁶¹ CJUE, 3^e ch., 1^{er} de c. 2011, *Eva Maria Painer*, aff. C-145/10, pt. 89.

⁹⁶² CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, aff. C-604/10 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « L'originalité de la base de données en droit de l'Union européenne », *Comm. com. élec* n° 5, mai 2012, comm. 47 ; J. Larrieu, comm. ss. déc. préc., « L'originalité d'un calendrier de matchs de football », *Propr. Indust.* n° 10, oct. 2012, comm. 75 ; Ph. Gaudrat, comm. ss. déc. préc., « Conditions de protection des bases de données au titre du copyright communautaire », *RTD com.* 2013. 739.

⁹⁶³ V.-L. Benabou, « L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », in *Mél. A. Lucas, op. cit.*, p. 27.

⁹⁶⁴ CA Paris, 4^e ch., 15 janv. 1997, *PIBD* 1997 n°689, III, p. 517, confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-12.620.

⁹⁶⁵ V. par exemple Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 10-16.063 et n° 10-30.676 : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Catalogue de vente aux enchères. Photographies d'œuvres d'art. Mise en ligne. Contrefaçon. Parasitisme », *RTD com.* 2013. 669 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n° 16-13.427 : A. Lebois, note ss. déc. préc., « Notion d'œuvre de collaboration », *LEPI* n° 7, juil. 2017, p. 2 et s.

⁹⁶⁶ V. *infra* n° 293 et s.

⁹⁶⁷ CPI, art. L. 611-15.

⁹⁶⁸ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 231 et s. et M. Vivant, (dir.), *Protéger les inventions de demain, op. cit.*, n° 45 et s.

⁹⁶⁹ Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », art. préc., n° 60 ; *contra*. N. Enser, *Conscience de la création et droit d'auteur, op. cit.*, n° 182.

reconnu la protection des productions de l'esprit. L'inventivité devient alors une autre facette de la création. Cependant, cela ne reflète pas la réalité juridique du droit positif qui fait reposer l'exigence d'activité inventive sur la non-évidence de l'invention. L'article L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« [u]ne invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ». La non-évidence de l'invention renie toute forme de créativité⁹⁷⁰.

270. La créativité en droit sur les topographies de semi-conducteurs. – En matière de topographies de semi-conducteur, la tournure législative suggère, de manière assez explicite, l'exigence d'une forme de créativité, « *la topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur [devant traduire] un effort intellectuel du créateur* »⁹⁷¹. Même si l'on a pu penser que cette créativité n'était qu'une créativité d'apparence, l'objet « véritable » de la protection étant l'investissement, il apparaît que le critère de l'effort intellectuel est suffisamment discriminant pour ne pas rendre protégeables toutes les topographies⁹⁷².

271. La créativité en droit des dessins et modèles. – Pour que le droit des dessins et modèles s'applique, l'objet doit être nouveau et présenter un caractère propre en vertu de l'article L. 511-2 du Code de la propriété intellectuelle. En réservant à ce stade le propos sur la nouveauté, il s'agit de se demander si une forme de créativité émane de la caractérisation du caractère propre. D'après l'article L. 511-4, « [u]n dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée ». Au regard de cette définition, la créativité ne transparait pas de manière évidente du caractère propre. Cependant, deux indices pourraient nous faire abonder dans le sens d'une certaine créativité : il s'agit de la liberté de création dont doit disposer son créateur et l'influence de la théorie de l'unité de l'art. D'une part, le fait que son concepteur doive malgré tout conserver une certaine marge, une certaine liberté de création, permet d'avancer qu'un dessin ou modèle doit présenter un certain degré de créativité⁹⁷³. De fait, c'est surtout la théorie de l'unité de l'art⁹⁷⁴ qui a exercé une influence notable : en vertu d'un principe de non-discrimination entre les différentes créations, la théorie de l'unité de l'art a permis un rapprochement très étroit entre les œuvres de l'esprit et les dessins ou modèles, ces derniers pouvant être protégés par un droit d'auteur sous réserve de leur originalité. Plus précisément, l'idée est de ne pas établir de différences de traitement entre les créations au regard de leur destination,

⁹⁷⁰ V. *infra* n° 288.

⁹⁷¹ CPI, art. L. 622-1, al. 1^{er}.

⁹⁷² M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, op. cit., p. 85.

⁹⁷³ C'est ce que suggère le CPI, art. L. 511-4, al. 2 ; v. cependant A. Zollinger, « Conclusion : la création, visions plurielles, valeur universelle ? » art. préc., p. 134, considérant que le simple fait de jouir d'une certaine liberté de création n'est pas suffisant pour faire de l'objet une création : le créateur doit disposer « d'une autonomie ou liberté minimale », sans pour autant en faire une condition de la création elle-même.

⁹⁷⁴ Cette théorie a été consacrée par E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Marchal et Billard, 2^e éd., 1884, spéc. p. 26 et s. ; puis accueillie par la loi du 11 mars 1902, et reprise par une succession de textes légaux, v. en ce sens Y. Gaubiac, « La théorie de l'unité de l'art », *RIDA* n° 111, janv. 1982, spéc. pp. 5-7.

c'est-à-dire de leur finalité. Si une œuvre de l'esprit a une finalité essentiellement artistique, celle du dessin ou modèle est davantage industrielle, utilitaire. Pour autant, et comme nous l'avons vu⁹⁷⁵, la notion de création ne se limite pas au seul domaine artistique ; elle embrasse également le domaine de la technique⁹⁷⁶. Cependant et malgré ces éléments, il ressort de la jurisprudence que la créativité du dessin ou modèle ne doit pas être prise en considération pour apprécier son caractère propre⁹⁷⁷.

272. La créativité en droit des marques. – En droit des marques, le critère permettant l'accès à la protection est la distinctivité. À la question de savoir s'il émane de la distinctivité une exigence de créativité, la doctrine est en effet extrêmement partagée, pour ne pas dire déchirée, sur ce point. Les auteurs défendant la marque en tant que création voient en celle-ci un moyen pour son titulaire de se créer une identité, une image de marque⁹⁷⁸ notamment grâce à la fantaisie qui la caractérise⁹⁷⁹. La doctrine réfutant toute forme de créativité inhérente au signe, emmenée par le doyen Roubier, estime que le droit de marque est un droit d'occupation et non de création⁹⁸⁰. La qualification de création est évincée étant donné que le droit sur les signes distinctifs a « pour objet, non plus une création de l'esprit à proprement parler, mais un signe ayant pour objet, ou même parfois seulement pour effet, d'identifier les produits ou services ou les activités d'un opérateur économique afin de les distinguer de ceux d'un autre »⁹⁸¹. Du reste, le droit de marque ne permettrait qu'un usage informatif du signe protégé⁹⁸². La jurisprudence, qu'elle soit nationale ou européenne, s'oriente vers la seconde tendance, n'hésitant pas à affirmer que le droit des marques est un droit d'occupation et non de création⁹⁸³ et considère ainsi que la créativité est un concept étranger à la distinctivité⁹⁸⁴. À vrai dire, une analyse approfondie des marques, et plus particulièrement du caractère distinctif attendu de celles-ci, révèle que la marque ne se place pas facilement d'un côté ou de l'autre – du côté créatif ou non créatif.

⁹⁷⁵ V. *supra* n° 262 et s.

⁹⁷⁶ Cela participe d'ailleurs à la coloration économique du droit d'auteur, v. en ce sens : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 110.

⁹⁷⁷ V. par exemple TGI Paris, 15 sept. 2016, *Dyson Technology Limited et Dyson c. Mediclinics*, n° 14/10978 ; Cass. com., 10 fév. 2015, n° 13-27.225 : J.-P. Gasnier, *comm. ss. déc. préc.*, « L'absence de parti pris esthétique : CP (caractère propre) ? O (originalité) ? », *Propr. Indust.* n° 4, avr. 2015, *comm.* 30.

⁹⁷⁸ Y. Basire, « La notion d'investissement en droit des marques », *art. préc.*, p. 90 ; J.-Ch. Galloux, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », *art. préc.*, p. 207.

⁹⁷⁹ M. Vivant, « La création sous le regard du droit », *art. préc.*, p. 158 ; M. Vivant, « Quand la marque bouscule le droit de la propriété intellectuelle », *art. préc.* ; M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mél. A. Françon, op. cit.*, n° 5 ; *adde.* J. Raynard, « Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier », *in Mél. J.-J. Burst, op. cit.*, p. 539.

⁹⁸⁰ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, n° 22.

⁹⁸¹ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 3.

⁹⁸² Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », *art. préc.*, n° 33 ; Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », *art. préc.*, n° 19 ; A. Zollinger, « Conclusion : la création, visions plurielles, valeur universelle ? » *art. préc.*, p. 145.

⁹⁸³ CA Paris, 13 janv. 2015, n° 13/12820 ; CA Paris, 4^e ch., 7 fév. 1996, *PIBD 1996* n° 613, III, p. 344, *spéc.* p. 346 ; Trib. UE, 13 mai 2020, *View Inc. c. EUIPO*, aff. T-49/19, *pt.* 35.

⁹⁸⁴ CJCE, 16 sept. 2004, *SAT 1 c. OHMI*, aff. C-329/02, *pt.* 41 : « L'enregistrement d'un signe en tant que marque n'est pas subordonné à la constatation d'un certain niveau de créativité ou d'imagination linguistique ou artistique de la part du titulaire de la marque ».

Le critère de distinctivité implique une double appréciation : une appréciation de la distinctivité du signe en soi, et une appréciation du caractère arbitraire du signe⁹⁸⁵. Pour que le signe soit, d'une part, intrinsèquement distinctif, le consommateur doit percevoir « *qu'il est en présence d'une marque, d'un signe qui le renseigne sur une provenance particulière* »⁹⁸⁶. La distinctivité en soi est donc intimement liée à la fonction essentielle de la marque qui est de garantir l'origine du produit ou service identifié par le signe. Pour remplir cette fonction, le signe doit relever, d'autre part, d'un choix arbitraire. Cette exigence signifie qu'il ne suffit pas que n'importe quel signe soit choisi pour qu'il soit distinctif ; mais que « *le signe choisi ne doit présenter avec les produits ou services aucun lien de nécessité* »⁹⁸⁷. Concrètement, un signe n'est pas considéré comme arbitraire s'il est descriptif, usuel ou constitué exclusivement par la forme du produit visé⁹⁸⁸. Par exemple, un signe d'une simplicité excessive n'est en rien distinctif, puisqu'il ne peut permettre au consommateur d'identifier et de différencier le produit ou service qu'il marque⁹⁸⁹. Tout l'enjeu est donc de savoir si le signe, mis en relation avec le produit ou le service qu'il désigne, traduit un acte créatif⁹⁹⁰.

273. La distinctivité, reflet de la créativité ? Il ressort explicitement de la jurisprudence européenne que l'exigence de distinctivité de la marque n'implique aucunement une idée de créativité, ni d'imaginaire de la part de son titulaire. En effet, même si le signe peut être créatif, s'il ne répond pas à l'exigence du caractère distinctif – c'est-à-dire s'il ne permet pas au consommateur d'identifier et de différencier le produit ou service – il ne sera pas protégé⁹⁹¹. Ce constat emporte plusieurs conséquences. En premier lieu, cette solution a l'avantage d'établir une distinction claire entre le critère de distinctivité et les autres critères propres à chaque droit de propriété intellectuelle, et notamment avec l'originalité. En effet, tout risque d'empiètement d'un droit de propriété intellectuelle sur un autre est évité puisqu'à chaque protection correspond ses conditions de protection spécifiques. Subséquemment, cela signifie que chaque protection obéit à une idée de

⁹⁸⁵ Il est à noter que la réforme introduite par le « *paquet marques* » a voulu simplifier la terminologie utilisée : désormais, nous ne parlons plus de distinctivité intrinsèque (ou encore distinctivité *per se*) et de caractère arbitraire du signe mais de distinctivité – pour désigner l'ancienne distinctivité intrinsèque – et de prohibition des signes dits « *usuels* » – pour désigner l'exigence d'arbitraire du signe. Cette modification terminologique ne change rien à l'appréciation du critère de distinctivité, v. en ce sens : A. Bouvel, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Distinctivité en soi et caractère arbitraire du signe », Fasc. 7112, LexisNexis, 11 janv. 2021, maj. 10 janv. 2024, n° 3.

⁹⁸⁶ J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2^e éd., 2023, n° 377.

⁹⁸⁷ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1611.

⁹⁸⁸ CPI, art. L. 711-2, 3^e, 4^e et 5^e.

⁹⁸⁹ Trib. UE, 8^e ch., 10 déc. 2015, *Futbol Club Barcelona c. OHMI*, aff. T-615/14, pt. 27.

⁹⁹⁰ Y. Basire, « La notion d'investissement en droit des marques », art. préc., p. 91.

⁹⁹¹ V. par exemple TPICE, 9 oct. 2002, *Glaverbel c. OHMI*, aff. T-36/01, à propos de motifs apposés sur des parois de cabines de douche, mentionné par J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 378 ; v. également TPICE, 4^e ch., 27 fév. 2002, *Reve Zentral*, aff. T-79/00, pt. 30 : « *le défaut de distinctivité ne saurait résulter de l'absence d'un surcroît de fantaisie [...]. En effet, une marque communautaire ne procède pas nécessairement d'une création et ne se fonde pas sur un élément d'originalité ou d'imagination, mais sur la capacité d'individualiser des produits ou des services dans le marché, par rapport aux produits ou aux services du même genre offerts par les concurrents* » ; et plus récemment, P. Tréfigny, comm. ss. Trib. UE, 8^e ch., 10 déc. 2015, *Futbol Club Barcelona c. OHMI*, déc. préc., « *Écusson et marques : insignes certes, mais pas un signe...* », *Propri. Indust.* n° 3, mars 2016, comm. 19, n° 4, qui rappelle qu'« *il n'est pas question de créativité mais de vérifier que le signe tel qu'objet de la demande d'enregistrement sera perçu comme un indicateur d'une origine commerciale* ».

créativité qui lui est propre. En second lieu, cette solution éloigne le droit des marques de toute idée de créativité. Plus précisément, les marques en tant qu'objets ne sont pas nécessairement indifférentes à cette idée de créativité ; mais la protection qui lui correspond – le droit des marques – ne l'érige pas en fondement de la protection. En d'autres termes, si la marque peut faire preuve de créativité, cette créativité n'est pas une considération *juridiquement nécessaire* pour justifier l'octroi du droit de marque.

274. La distinctivité en droit des marques, une créativité qui ne dit pas son nom ? – Malgré ce constat, on ne peut s'empêcher de penser que la notion de distinctivité n'est pas si indifférente à l'idée de créativité, particulièrement au regard de l'exigence d'arbitraire du signe. En effet, cette exigence implique de choisir un signe qui ne soit ni descriptif, ni usuel, ni exclusivement composé de la forme du produit visé. Une telle condition, couplée à celle d'identification de l'origine du produit, implique nécessairement que le choix du signe ne soit pas le « *fruit du hasard* » et qu'il faille un minimum de réflexion de la part de son concepteur émanant de son intellect, voire de son imaginaire pour choisir un signe qui n'encourra pas l'un des motifs de refus susvisés de la protection du signe⁹⁹². Le choix du signe est d'autant plus crucial compte tenu de la rareté des signes disponibles. Adopter une telle conception des marques aurait non seulement l'avantage de mieux intégrer ces objets au sein de la matière, mais également « *le mérite de limiter les sollicitations indues de régimes inadaptés pour satisfaire des fonctions de réservation mercatique qu'ils n'ont pas vocation à remplir, en particulier le droit d'auteur* »⁹⁹³. Et le fait que le juge ne se réfère pas explicitement à une exigence de créativité ne signifie pas nécessairement que la marque juridiquement appréhendée est indifférente à l'idée de créativité. La doctrine parle même de « *liaisons "inavouées"* » entre l'originalité et la distinctivité pour justifier de la présence de cette créativité en droit des marques⁹⁹⁴. Progressivement, l'originalité du signe contrefait a été prise en compte pour apprécier le risque de confusion avec le signe supposé contrefaisant⁹⁹⁵. Toutefois, l'originalité n'est prise en compte que dans le cadre de l'exercice de la protection, non dans le cadre de son existence. En revanche, il existe certaines jurisprudences reconnaissant la protection de slogans au titre de marques au regard de leur originalité⁹⁹⁶, seulement elles doivent être relativisées en ce que l'originalité n'est considérée que comme un facteur parmi d'autres⁹⁹⁷.

⁹⁹² En ce sens, v. A. Portron, « L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », art. préc., p. 21 : la mercatique fait état d'un « *état d'esprit, largement fondé sur l'intuition et l'imagination, qui mobilise tous les moyens possibles pour communiquer avec le consommateur* ».

⁹⁹³ *Loc. cit.*

⁹⁹⁴ S. Martin, « Lettre à un ami : le droit des marques de l'Union, un droit de création ? », *Cab. Propr. Intell.* vol. 35 n° 1, 2023, p. 211 et s.

⁹⁹⁵ TPICE, 4^e ch., 22 juin 2005, *Plus Warenbandelsgesellschaft mbH c. OHMI*, aff. T-34/04, pt. 54 : « *L'élément figuratif domine même, de par sa taille, son originalité et le caractère élaboré de sa reproduction, les éléments verbaux du signe demandé, de sorte que les deux signes sous examen présentent des différences très marquées du point de vue visuel* ».

⁹⁹⁶ CJUE, 1^{ère} ch., 21 janv. 2010, *Audi AG c. OHMI*, aff. C-398/08, pt. 57 et pt. 59.

⁹⁹⁷ Trib. UE, 13 mai 2020, *View Inc. c. EUIPO*, déc. préc., pt. 34.

Il semble donc, à tout le moins, permis de discuter de cette position de la jurisprudence⁹⁹⁸. La marque, évoluant dans un milieu éminemment mercantile, commercial, voit sa créativité se perdre, se noyer dans cet univers, son rôle premier étant de désigner des produits ou des services. Autrement dit, la réalité mercantile et mercatique de la marque cache sa réalité créative, qui se situe à l'arrière-plan.

275. L'absence d'exigence légale de créativité au sein des autres objets de propriété intellectuelle. – En tout état de cause, quelle que soit la considération accordée à la créativité dans l'octroi d'une protection aux marques, il semble que cette condition soit indifférente en ce qui concerne les indications géographiques et les obtentions végétales.

Bien que l'indication géographique ait en commun, avec la marque, d'être classée dans la catégorie des signes distinctifs, le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit en rien son régime, celui-ci étant posé par le Code de la consommation⁹⁹⁹ qui ne se réfère pas à cette exigence.

La présence d'une quelconque créativité en matière d'obtentions végétales est questionnable. Si l'apport intellectuel est évident – l'obtention végétale demandant de fournir un travail ainsi que des efforts intellectuels –, celui-ci s'apparenterait davantage à un apport scientifique¹⁰⁰⁰ qu'à un apport créatif.

276. La créativité en droit voisin. L'artiste-interprète. – Enfin, l'exigence de créativité diffère en matière de droits voisins. La protection de l'interprétation de l'artiste-interprète au titre du droit voisin requiert l'expression d'un caractère personnel. Le droit de la propriété littéraire et artistique n'aborde la prestation de l'artiste que dans sa dimension créatrice, non dans sa dimension matérielle, cette dernière étant appréhendée par le droit du travail¹⁰⁰¹. Faute de définition dans la loi de cette exigence – et de celle d'originalité –, la question s'est posée de savoir si les solutions propres au droit d'auteur devaient être transposées au droit voisin de l'artiste-interprète¹⁰⁰². En jurisprudence, de nombreuses décisions se fondent « *sur le reflet de la personnalité de l'interprète dans sa*

⁹⁹⁸ V. en ce sens : S. Martin, « Lettre à un ami : le droit des marques de l'Union, un droit de création ? », art. préc., p. 205 et s.

⁹⁹⁹ CPI, art. L. 721-1, opérant un renvoi vers C. conso., art. L. 431-1 et s.

¹⁰⁰⁰ Avec cette référence, l'on serait tenté de rapprocher les obtentions végétales du cas des œuvres scientifiques (v. *supra* n° 259), et, dès lors, de leur reprocher qu'elles soient protégées, d'autant plus que cette protection peut s'assimiler à une appropriation du vivant. Ce sont néanmoins des considérations essentiellement empiriques qui semblent avoir justifié la mise en place de cette protection, v. en ce sens M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, op. cit., p. 89 : « *ce nouveau marché devenait rapidement le siège de pratiques détestables dans le milieu professionnel* ». Ce n'est donc pas l'existence de la protection qui peut être reprochée, mais plus subtilement sa présence au sein du Code de la propriété intellectuelle, faute d'apport véritablement créatif. Cependant, cette inclusion se justifie par une protection restreinte, certes, mais très ressemblante aux autres droits de propriété intellectuelle, *ibid.*, pp. 94-95.

¹⁰⁰¹ P. Tafforeau, « La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique », *Propri. Intell.* n° 18, janv. 2006, p. 50 et s., spéc. p. 53.

¹⁰⁰² E.-A. Kahn, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », Fasc. 1425, LexisNexis, 1^{er} juin 2019, maj. 1^{er} juin 2024, n° 42.

prestation »¹⁰⁰³, notamment pour distinguer l'artiste-interprète de l'artiste de complément, nommé communément le figurant¹⁰⁰⁴. Néanmoins, une inconnue demeure sur le fait de savoir si cette exigence d'empreinte personnelle doit s'analyser comme l'empreinte de la personnalité de l'artiste. Sur ce point, tant la jurisprudence que la doctrine sont partagées. Un certain nombre de décisions ont pu se référer à l'originalité de l'interprétation¹⁰⁰⁵, tandis que d'autres rejettent ce fondement, en prenant soin de préciser que la condition d'originalité de l'interprétation n'est pas la condition requise pour reconnaître le droit voisin de l'artiste, puisque seul compte le caractère personnel de l'interprétation¹⁰⁰⁶. La position de la Cour de cassation est quelque peu incertaine. Même si elle a pu, elle aussi, tenir compte de l'originalité – en plus de l'exigence personnelle – d'une interprétation pour caractériser le droit voisin¹⁰⁰⁷, d'autres décisions notent un éloignement, la Cour se détachant de la référence à l'originalité¹⁰⁰⁸ et ne s'attachant qu'à l'exigence de caractère personnel¹⁰⁰⁹.

Apprécier l'originalité de l'interprétation en plus de l'exigence personnelle permettrait de justifier davantage le lien entre le droit d'auteur et ce droit voisin¹⁰¹⁰. Si l'interprétation est originale, pour quelle raison l'artiste-interprète devrait-il se contenter d'un droit voisin ? Cette hypothèse, à différencier de celle d'un artiste qui serait aussi auteur¹⁰¹¹, s'avère inenvisageable car elle donnerait lieu à une situation de cumul sur un même objet, l'interprétation, qui n'est pas souhaitable en ce que cela serait « source de nombreuses difficultés pratiques, faute de pouvoir tracer une ligne de partage bien nette entre les deux catégories » du droit d'auteur et du droit voisin¹⁰¹². S'il fallait choisir, l'utilité du droit voisin de l'artiste-interprète s'estomperait si les objets qui « méritent » d'être protégés sont uniquement ceux qui sont originaux, qu'ils soient œuvres ou interprétations ; mais rien n'indique que le juge privilégierait la voie du droit d'auteur. Il se pourrait même que ce soit l'inverse, le poussant alors à ne plus rechercher une forme d'originalité¹⁰¹³.

¹⁰⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 janv. 1964, *Furtwangler*, déc. préc. ; Cass. soc., 10 fév. 1998, n° 95-43.310 : S. Pessina « Artistes-interprètes : émergence d'un statut, reconnaissance d'une qualité », in *GAPI, op. cit.*, p. 410 et s. ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 juil. 1999, *Leclair*, n° 90-43.749 : J. Sainte-Rose, note ss. déc. préc., « La distinction entre artiste-interprète et artiste de complément », *D.* 2000. 209.

¹⁰⁰⁴ E.-A. Kahn, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », fasc. préc., n° 43.

¹⁰⁰⁵ CA Paris, pôle 6, 5^e ch., 17 mars 2011, *Jean-Marie M. c. Sunset Productions*, n° 09/05882 : C. Bernault, obs. ss. déc. préc., « Définition de la notion d'artiste-interprète », *LEPI* n° 6, mai 2011, p. 4.

¹⁰⁰⁶ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 25 sept. 2009, n° 08/04612 ; CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 oct. 2014, n° 13/23231.

¹⁰⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juil. 1999, *Leclair*, déc. préc. : J. Sainte-Rose, « La distinction entre artiste-interprète et artiste de complément », note préc.

¹⁰⁰⁸ Cass. civ. 2^e, 14 déc. 2004, n° 03-30.387.

¹⁰⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 11-20.900 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « À la recherche de l'artiste-interprète... », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil.-août 2013, comm. 75 ; P. Tafforeau, obs. ss. déc. préc., « Un an de droits voisins », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2013, chron. 9, n° 7 ; *adde.* E.-A. Kahn, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », fasc. préc., n° 48.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, n° 49.

¹⁰¹¹ Une même personne peut avoir les deux casquettes : celle d'auteur de l'œuvre de l'esprit première et celle d'interprète de la même œuvre. Sous réserve de remplir les conditions requises, elle dispose ainsi de deux droits, un droit d'auteur sur l'œuvre originale, un droit voisin sur l'interprétation expression de sa personnalité. L'improvisation, qui fait coexister une œuvre et une interprétation, ne constitue pas un obstacle à ce cumul. V. *ibid.*, n° 25 et s.

¹⁰¹² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1338.

¹⁰¹³ *Loc. cit.*

Cela étant, « cette référence à l'originalité aurait le mérite de poser une condition claire de protection, d'autant que le caractère personnel n'est pas si éloigné que cela de l'originalité, empreinte de la personnalité de l'auteur dans son œuvre »¹⁰¹⁴. Intégrer l'originalité dans l'analyse permettrait de corroborer la circonstance selon laquelle la reconnaissance du droit voisin est, finalement, liée à la reconnaissance préalable de l'originalité de l'œuvre interprétée, si tant est qu'il soit admis que le droit voisin ne peut être octroyé à l'artiste-interprète que si sa prestation porte sur une œuvre déjà protégée¹⁰¹⁵. Cependant, prendre en compte l'originalité de la prestation revient à ajouter une condition que la loi ne prévoit pas¹⁰¹⁶. La conséquence serait un traitement plus sévère des artistes-interprètes que ce qu'exige la loi, et la protection pourrait être refusée à nombre d'entre eux¹⁰¹⁷. Une telle solution irait à l'encontre de la *ratio legis* de la loi de 1985 qui instaura ce droit voisin. Ces éléments de réflexion questionnent, en filigrane, la nature de la prestation objet de la protection : est-ce un acte de création ou un acte d'exécution ? D'un côté, la prestation pourrait consister en un acte d'exécution si, malgré la liberté d'interprétation dont jouit l'artiste, celui-ci doit respecter scrupuleusement l'œuvre dont elle *dérive*, tant dans sa lettre que dans son esprit¹⁰¹⁸. Le musicien réinterprétant une musique devrait donc respecter à la fois la partition de musique et ce que son auteur a voulu transmettre à son auditoire ; « l'interprétation est bien au service de la création littéraire ou artistique »¹⁰¹⁹. D'un autre côté, la prestation pourrait résulter d'un acte de création si l'on exige de l'artiste-interprète une expression personnelle qui prend des airs d'originalité. Le « *supplément d'âme* » dont peut faire preuve l'artiste-interprète dans le cadre d'une interprétation d'une œuvre préexistante¹⁰²⁰ serait aussi ce qui justifie la protection et permettrait d'expliquer la jurisprudence « *dissidente* » qui se réfère au critère d'originalité. Cette idée transparait lors de la caractérisation de la protection, mais aussi lors de son exercice, l'artiste-interprète étant doté d'un droit moral « *aussi parce que leur interprétation renferme la marque de leur personnalité* »¹⁰²¹.

277. La créativité en droit voisin. Les investisseurs titulaires. – Les autres droits voisins reconnus aux producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes, aux entreprises de communication audiovisuelle et aux éditeurs et agences de presse, essentiellement fondés sur la protection d'un investissement, ne requièrent aucun fait créatif pour être octroyés. Le lien avec le droit d'auteur serait préservé si l'assiette de ces droits se rapportait à des objets protégés par le droit d'auteur, à savoir : les articles de presse regroupés dans des publications de presse, les

¹⁰¹⁴ E.-A. Kahn, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », fasc. préc., n° 49.

¹⁰¹⁵ Ph. Allaey, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des producteurs de phonogrammes (CPI, art. L. 213-1) », Fasc. 1440, LexisNexis, 1^{er} sept. 2023, n° 4.

¹⁰¹⁶ E.-A. Kahn, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », fasc. préc., n° 49.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, n° 50.

¹⁰¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁰¹⁹ *Loc. cit.*

¹⁰²⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 56.

¹⁰²¹ E.-A. Kahn, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », fasc. préc., n° 49.

interprétations fixées sur phonogrammes, ou les œuvres audiovisuelles fixées sur vidéogrammes. En réalité, et au contraire de l'artiste-interprète dont la protection serait bien fonction de l'originalité de l'œuvre première interprétée, le droit voisin du producteur semble pouvoir se passer d'une telle exigence, à tout le moins pour le producteur de phonogramme. Le refus du législateur, lors des travaux parlementaires en prévision de la loi de 1957, de faire apparaître les « *œuvres phonographiques* » au sein de la liste exemplative des œuvres protégées par le droit d'auteur témoigne de ce que la séquence de son fixée sur un phonogramme ne nécessite pas de découler d'une œuvre de l'esprit originale¹⁰²². C'est ainsi que le phonogramme, objet de la protection, peut tout à fait fixer un élément non protégé par un droit de propriété intellectuelle, tel que des chants d'oiseaux, sans que cela ne constitue un obstacle à sa protection¹⁰²³. Ce qui compte est l'acte de fixation d'une séquence de son ou d'une séquence d'images sonorisée ou non. Cette solution pourrait-elle, par analogie, être étendue à d'autres droits voisins ? La question se pose pour le droit voisin de l'éditeur de presse : même si l'article L. 218-1, I, du Code de la propriété intellectuelle prévoit expressément que l'objet de la protection, la publication de presse, est une « *collection composée principalement d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets protégés* », il ne serait pas inconcevable que le juge, avant de reconnaître le droit voisin, se dispense, par souci de pragmatisme, de l'examen de la protection de toutes les œuvres composant la publication de presse. C'est, d'ailleurs, en ce sens que les promoteurs de la loi sur les droits voisins des éditeurs de presse se sont inscrits, le but de la protection étant, entre autres, de pallier l'insuffisance du droit d'auteur dont la sanction repose sur la démonstration préalable du caractère original des œuvres présumées contrefaites et sur la preuve d'actes de contrefaçon pour chacune d'entre elles¹⁰²⁴.

2. L'exigence de créativité confrontée à la condition de nouveauté

278. La nouveauté recèle-t-elle une forme de créativité ? – La création s'entend communément d'une chose qui n'existait pas auparavant. À partir de cette définition, la nouveauté, renvoyant à quelque chose « *qui n'existe ou qui n'est connu que depuis peu de temps* »¹⁰²⁵, serait, au premier abord, consubstantielle à la création. Cependant, la nouveauté n'est pas que « *pure* » nouveauté. La nouveauté peut être paradoxale. Elle ne se révèle pas dans un inédit ayant accédé à la postérité ; elle peut se révéler dans une banalité encore jamais révélée¹⁰²⁶. Sans qu'il soit nécessaire d'explorer ce paradoxe, il permet de révéler une forme d'autonomie du concept de nouveauté, ce dernier n'évoluant pas nécessairement en fonction de la création. Nonobstant, le concept de nouveauté étant invoqué dans le cadre de l'appréhension de la création, et non l'inverse, la question qu'il

¹⁰²² Ph. Allaey, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des producteurs de phonogrammes (CPI, art. L. 213-1) », fasc. préc., n° 14.

¹⁰²³ CA Paris, 6 oct. 1979, cité par Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 643.

¹⁰²⁴ D. Assouline, P. Kanner, M. Daunis, e. a., *Proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*, Sénat n° 705, 5 sept. 2018, p. 4.

¹⁰²⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « nouveau ».

¹⁰²⁶ Ch. Ramond, « Michel Foucault, la nouveauté comme différence de la philosophie », *Quaderni* n° 90, 2016, p. 67 et s.

convient de se poser est celle de savoir si la création intellectuelle, notion qualifiante de l'objet de propriété intellectuelle, peut être définie à travers la nouveauté.

279. La place de la nouveauté en propriété intellectuelle. – En droit positif, la condition de nouveauté est expressément requise par le droit de la propriété industrielle. L'article L. 511-2 du Code de la propriété intellectuelle l'impose en droit des dessins et modèles¹⁰²⁷, l'article L. 611-1^o, 1, l'exige en droit des brevets, et l'article L. 623-6 la requiert pour la variété végétale. La loi prend également le soin de la définir à l'aune de chacune de ces protections, respectivement aux articles L. 511-3, L. 611-11 et L. 623-5. En droit des marques, aucune exigence de nouveauté n'est expressément posée ; mais elle peut être déduite de l'exigence de disponibilité du signe¹⁰²⁸ qui implique que le signe déposé ne soit pas déjà approprié par un tiers, sans se confondre, là encore, avec la nouveauté du droit des brevets ou du droit des dessins ou modèles¹⁰²⁹.

La propriété littéraire et artistique, en particulier le droit d'auteur, semble hermétique à toute forme de nouveauté, sa reconnaissance reposant exclusivement sur la caractérisation de l'originalité d'une œuvre. Pour asseoir la distinction entre l'originalité et la nouveauté, Desbois proposa de les distinguer en repartant de l'exemple suivant : « *Voici deux peintres qui, sans s'être concertés et se promettre un mutuel appui, fixent l'un après l'autre, sur leurs toiles, le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage. Le second de ces paysages n'est pas nouveau au sens objectif du mot, puisque, par hypothèse, le premier a pour sujet le même site. Mais le défaut de nouveauté ne met pas obstacle à la constatation de l'originalité : les deux peintres, en effet, ont déployé une activité créatrice, l'un comme l'autre, en traitant, indépendamment l'un de l'autre, le même sujet* »¹⁰³⁰. Si l'exemple semble imparable pour comprendre la distinction entre l'originalité et la nouveauté, une doctrine autorisée se livre à une réinterprétation : bien qu'il y ait deux représentations d'un même paysage, la nouveauté de la seconde œuvre n'est pas détruite par la préexistence de la première, puisqu'« *il s'agit d'une nouveauté "dans l'univers des formes"* »¹⁰³¹. Cette autre vision de la nouveauté peut être corroborée par l'apport de la philosophie, qui voit dans la nouveauté ce qui « *met en relation avec le "déjà là", avec l'héritage* » et qui en fait une notion relative¹⁰³².

280. L'apparente clarté du droit positif. – L'apparente clarté du droit positif n'empêche pas une certaine instabilité jurisprudentielle. La réforme intervenue en 2001 en droit des dessins et modèles¹⁰³³ l'a éloigné du droit d'auteur pour le rapprocher des autres droits de propriété

¹⁰²⁷ C'est également le cas pour le produit complexe, CPI, art. L. 511-5.

¹⁰²⁸ Certains auteurs réfutent cette assimilation entre disponibilité du signe et nouveauté qui est qualifiée d'équivoque car « *un signe qui aurait déjà été enregistré, dans le secteur d'activité concerné, mais depuis abandonné [...], redevient disponible et pourra en principe à nouveau être enregistré au profit d'un autre ; à tout le moins la nouveauté qui peut être requise en droit des marques apparaît-elle comme relative à un secteur commercial donné* », J. Raynard, E. Py, P. Trepoigny, *Droit de la propriété intellectuelle industrielle*, op. cit., n° 392.

¹⁰²⁹ J. Azevema, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 1621.

¹⁰³⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., n° 3.

¹⁰³¹ M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 271.

¹⁰³² M.-Ch. Piatti, « La nouveauté en droit des dessins et modèles. Retour sur un concept "relatif" », *Propriété Industrielle*, n°6, juin 2015, étude 12, n° 12.

¹⁰³³ Ord. n° 2001-670 du 25 juil. 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications, JORF n° 173 du 28 juil. 2001.

intellectuelle. L'éloignement s'est fait particulièrement sentir au niveau des conditions de protection. Le droit des dessins et modèle est doté de conditions de protection qui lui sont propres, à savoir la nouveauté et le caractère propre du dessin ou du modèle¹⁰³⁴. En ce qui concerne le critère de la nouveauté, son approche subjective est purement et simplement abandonnée et un critère purement objectif est instauré, impliquant que la nouveauté ne puisse être détruite que par une antériorité de toute pièce¹⁰³⁵, qui doit, de plus, être absolue dans le temps et dans l'espace¹⁰³⁶. Désormais, les juges doivent opérer les distinctions qui s'imposent entre originalité et nouveauté. Malgré cette réforme, aucune vision d'ensemble ne ressort de la jurisprudence rendue par les juges du fond¹⁰³⁷. Certains arrêts s'efforcent de distinguer l'originalité et la nouveauté¹⁰³⁸, quand d'autres les invoquent confusément¹⁰³⁹. Seule la position de la Cour de cassation semble constante au regard du contrôle assez rigoureux qu'elle assure, rappelant à l'ordre régulièrement les juridictions qui continuent de commettre la confusion¹⁰⁴⁰. Toutefois, elle semble tolérer certains écarts dans la formulation des décisions des juges du fond lorsque la décision est favorable à l'auteur¹⁰⁴¹. À l'aune de ces éléments, il ne semble pas évident que la nouveauté, au regard de l'objectivité qui la caractérise, soit synonyme de créativité. Plus globalement, l'idée de créativité, que l'on pense *a priori* caractéristique de la matière, occupe une place très variable d'un droit de propriété intellectuelle à un autre ; quand elle n'est tout simplement pas éludée de l'analyse de l'objet pour décider de son appartenance à la catégorie juridique. Ces inadéquations, qui semblent de prime abord dirimantes, peuvent néanmoins être dépassées à condition de réinterpréter la notion de création intellectuelle.

Section 2. La création intellectuelle, une qualification repensée

281. La coloration juridique de la notion de création intellectuelle. – La première analyse de l'idée de créativité part du principe que la création implique inévitablement de la créativité, une activité créatrice, un effort créatif. Cela étant, les évolutions sur ce point, notamment

¹⁰³⁴ V.-L. Benabou, « Les nouveaux critères de protection des dessins et modèles : une protection "sur mesure" ? », *Dr. et patr.* n° 100, janv. 2002.

¹⁰³⁵ Cass. com., 23 sept 2008, n° 07-16.202 ; Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-12.067.

¹⁰³⁶ J. Azeïma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1359 et s.

¹⁰³⁷ Il est d'ailleurs possible de douter que ce soit le rôle de la jurisprudence en ce qu'elle « n'est pas tenue de bâtir un système », elle « doit répondre à la réalité des cas qui lui sont soumis » et est en ce sens « loin d'être monolithique », M. Vivant, J.-M. Bruguier, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 272.

¹⁰³⁸ CA Paris, 4^e ch., 10 mars 1995, *PIBD* 1995, n° 589, III p. 297.

¹⁰³⁹ Pour des arrêts censurant des arrêts d'appel pour ce motif, v. Cass. com., 28 janvier 2003, n° 00-10.657 : P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « Nouveauté = originalité », *Propri. Indust.* n°4, avr. 2003, comm. 32 ; Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-13.934 ; Cass. com., 4 déc. 2001, *PIBD* 2002 n° 748, III, p. 375 ; *adde.* CA Paris, 4^e ch., 31 oct. 1989, *PIBD* 1990 n° 474, III, p. 195 ; CA Paris, 4^e ch., 14 mars 2001, *PIBD* 2001, n° 731, III, p. 605.

¹⁰⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, n° 05-16.843 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Derrière l'originalité, la nouveauté ! », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2007, comm. 4 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2007, *PIBD* 2007 n° 858, III p. 555 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 janv. 2014, n° 11-24.273 ; Cass. com., 6 sept. 2016, *Tricotage des Vosges c. Phildar*, n° 14-15.286 : F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Originalité. Nouveauté. Caractère propre. Unité de l'Art. Dessins et modèles », *RTD com.* 2016. 735.

¹⁰⁴¹ M. Vivant, J.-M. Bruguier, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 274.

jurisprudentielles, conduisent à s'interroger sur la signification juridique exacte de cette exigence de création. Grâce à une analyse plus poussée de cette exigence, il ressort que celle-ci est, paradoxalement, dénuée de toute idée de créativité telle qu'elle s'entend dans le sens commun. Cela ne doit pas surprendre car, « *même si les juristes travaillent avec les mots, ils leur assignent souvent un sens qui n'est pas le sens commun* »¹⁰⁴². Il convient donc de retenir une notion proprement juridique de la création, potentiellement débarrassée de l'exigence de créativité telle qu'elle a pu être retenue par les juges pour maintenir des différences entre les divers droits de propriété intellectuelle.

La notion de création intellectuelle, ainsi revisitée, serait alors à même de constituer une qualification transversale de l'objet de propriété intellectuelle ; il faut pour cela que le critère s'objective, en abandonnant la référence à l'exigence de créativité (§1), afin de dégager une qualification juridique transversale de la notion de création intellectuelle (§2).

§1. La relecture de l'exigence de créativité

282. La création « mise à nue » par le droit. – La notion de création, notion au départ extra-juridique, intègre ou, à tout le moins, se rapproche des notions plus diverses d'art, d'esthétique, de technique, ou encore de beauté¹⁰⁴³. Pour autant, si la création intègre le droit pour qualifier l'objet de propriété intellectuelle, celle-ci doit alors s'éloigner de ces considérations sur lesquelles le droit n'a aucune emprise. En effet, la création, prise en son sens juridique, ne peut s'entendre d'une création artistique, ou technique, ou industrielle, ou esthétique, etc. Ces considérations, qui constituent simplement différentes facettes que la création humaine peut revêtir, s'apparentent à des « *portes d'entrée* » qui ont permis à la création de susciter une protection juridique, essentiellement parce qu'elles présentent également un intérêt économique sous-jacent. Les phénomènes de création préexistent au droit qui les accueille : ce sont des créations artistiques ou encore littéraires qui ont justifié l'adoption d'une protection, en l'occurrence par la construction du droit d'auteur ; ce sont des créations « *techniques* » qui ont justifié la mise en place du droit des brevets ; et plus récemment, c'est l'essor des nouvelles technologies qui a justifié l'élaboration de protections plus spécifiques.

283. L'exigence de créativité, une fausse exigence ? – Si ces domaines de la création apparaissent, finalement, comme une justification à la mise en place de droits de propriété intellectuelle, ils doivent, en revanche, rester en dehors de toute appréhension juridique, notamment s'agissant de la décision d'octroi de la protection. Le juge, dans le cadre de son devoir d'impartialité, ne peut juger en tant que critique d'art, ou en tant que technicien ; il ne peut remplir son office qu'en se référant à des critères qui se veulent objectifs. À l'aune de la jurisprudence, il est possible de constater que l'abandon de la référence au fait créatif passe par une objectivation de la notion de création intellectuelle, rendant possible la maîtrise juridique de ladite notion.

¹⁰⁴² M. Vivant, « De l'intelligence Artificielle comme inventeur ? », *Propri. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 86.

¹⁰⁴³ Elle se rapproche également des notions de laideur et de banalité, v. en ce sens : Ch. Caron, « L'esthétique ne fait pas l'œuvre », *comm. préc.*

284. La conception originellement subjective de la créativité. – La propriété intellectuelle composée, au sortir de la Révolution française, des seuls droit d’auteur et droit des brevets, est empreinte de créativité ; la créativité s’illustrant différemment dans chacune de ces protections. L’exigence de créativité propre à ces protections répondait à un seuil élevé de créativité : l’originalité, dans sa conception « *classique* », subjective, s’entendait uniquement de l’empreinte personnelle propre à son auteur ; l’activité inventive, condition ajoutée par la loi du 2 janvier 1968, s’appréciait également subjectivement, c’est-à-dire en tenant compte de la démarche de l’inventeur¹⁰⁴⁴. De manière plus surprenante, le critère de distinctivité propre au droit des marques côtoyait également l’idée de créativité, à travers le cas des noms patronymiques déposés à titre de marques. En effet, le nom patronymique « *nu* » ne pouvait, auparavant, être valablement déposé à titre de marque s’il n’était pas « *présenté sous une forme distinctive constituée soit par un graphisme particulier [...], soit par l’adjonction au patronyme d’un substantif désignant le produit* »¹⁰⁴⁵.

285. La conception désormais objective de la créativité : les déclinaisons de l’objectivation. – L’analyse précédemment menée sur la créativité¹⁰⁴⁶ rend compte de situations désormais admises, à savoir une créativité « *subjective* » qui n’est plus recherchée à un degré équivalent, voire qui n’est tout simplement pas recherchée. Cette tendance relativement récente à l’abandon de toute référence à l’idée de créativité se veut globale.

286. L’objectivation de la condition de distinctivité. – Le droit des marques est concerné par cette tendance puisqu’il a déjà été relevé que la preuve de la distinctivité du signe ne requiert pas que celui-ci fasse preuve de créativité¹⁰⁴⁷. *A fortiori*, il est notamment requis que le signe soit choisi arbitrairement, peu importe qui aura procédé à ce choix ; cette appréciation n’a aucunement besoin de se référer à l’intervention subjective d’une personne particulière.

287. L’objectivation de la condition de caractère propre. – Il en est de même en droit des dessins et modèles s’agissant de la condition du caractère propre, dont l’appréciation faite par le juge se distingue de toute idée de créativité subjective¹⁰⁴⁸. Au surplus, même si une dose de subjectivité subsiste par la référence à l’observateur averti pour apprécier le caractère propre du dessin ou modèle, l’appréciation de cette condition reste éminemment objective. Ce phénomène d’objectivation a même été accentué depuis que le « *caractère individuel* » a laissé place au « *caractère propre* », ce changement terminologique ayant pour but de mettre fin au doute instigué par la référence au caractère « *individuel* ». Une telle formulation pouvait laisser penser que la référence au créateur du dessin ou du modèle était nécessaire pour prouver cette condition. Or, l’intention sous-

¹⁰⁴⁴ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 349.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, n° 1567. Cette exigence a par la suite été abandonnée.

¹⁰⁴⁶ V. *supra* n° 267 et s.

¹⁰⁴⁷ V. *supra* n° 272 et s.

¹⁰⁴⁸ V. *supra* n° 271.

jacente de ce changement terminologique était bien de mettre un terme à cette équivoque et, subséquemment, de démarquer cette condition de celle de l'originalité en droit d'auteur¹⁰⁴⁹.

288. La lecture objective de l'activité inventive. – Malgré la confusion que peut occasionner sa formulation, il ressort de la pratique que l'activité inventive ne s'entend pas d'un effort créatif de la part de l'inventeur¹⁰⁵⁰. En réalité, la véracité de cette précision varie selon que l'approche retenue pour apprécier l'activité inventive est subjective ou objective. L'approche subjective consiste à rechercher la non-évidence de l'invention en reconstituant sa genèse¹⁰⁵¹ ; lorsque cette approche prédominait, il arrivait que le juge fasse référence à la créativité de l'invention¹⁰⁵². Désormais, l'analyse, qui se veut la plus objective possible, consiste, pour l'homme du métier, à rechercher la non-évidence en sollicitant certaines approches et en la renforçant avec la recherche de certains indices. L'homme du métier peut adopter l'approche problème-solution¹⁰⁵³, qui consiste à se demander si l'invention apporte une solution technique à un problème technique, étant entendu que la nouveauté du problème posé peut constituer un indice de la non-évidence de l'invention¹⁰⁵⁴. L'invention est non-évidente si la solution qu'elle apporte n'est pas évidente pour l'homme du métier, au regard des connaissances normales et de l'état de la technique dont il dispose ; à l'inverse, si la solution est évidente, l'invention est dénuée d'inventivité. La démarche peut être complétée par la recherche d'indices pour minimiser la part de subjectivité qui résiste, tels que l'indice du préjugé vaincu. Le professeur Pollaud-Dulian l'explique en des termes limpides : « [s]i l'état de la technique dissuadait l'homme du métier d'utiliser tel moyen en vue de tel résultat et que l'invention renverse ce préjugé, alors la non-évidence par rapport à l'état de la technique est indiscutable »¹⁰⁵⁵. Il sollicite ensuite l'exemple du chlortoluron, un herbicide total qui est efficace sur l'ensemble des plantes cultivées, faisant déjà l'objet d'un brevet. Le préjugé consiste donc à croire que cet herbicide ne peut être utilisé comme herbicide sélectif, c'est-à-dire comme un herbicide efficace uniquement sur certaines espèces de plantes. Le fait de vaincre ce préjugé en montrant que cet herbicide peut être utilisé comme un herbicide sélectif, en l'occurrence sur des champs de blé, permet de prouver une activité inventive¹⁰⁵⁶. Cette appréciation renouvelée se détache de la démarche intellectuelle de l'inventeur et, subséquemment, de toute idée de créativité¹⁰⁵⁷. C'est l'invention, et non pas l'inventeur, qui doit faire preuve d'activité inventive. Le brevet portant sur l'invention permet de récompenser l'enrichissement de l'état de la technique, et non pas un effort de création¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁴⁹ P. de Candé, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Nouveauté. Caractère propre. Originalité », Fasc. 3230, LexisNexis, 30 juin 2019, maj. 15 sept. 2024, n° 28.

¹⁰⁵⁰ F. Macrez, *J.-Cl. Brevets*, « Activité inventive », Fasc. 4250, LexisNexis, 1^{er} août 2019, maj. 13 sept. 2024, n° 28 ; *add.* M. Vivant, *Le droit des brevets*, Dalloz, 2^e éd., 2005, pp. 33-34.

¹⁰⁵¹ F. Macrez, *J.-Cl. Brevets*, « Activité inventive », fasc. préc., n° 49.

¹⁰⁵² V. par exemple CA Lyon, 17 déc. 1975, *PIBD* 1976, n° 170, III, p. 227.

¹⁰⁵³ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 343 et s. ; pour une critique de cette approche, v. J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 190.

¹⁰⁵⁴ CA Paris, 9 juin 2000, *PIBD* 2000 n° 706, III, p. 465.

¹⁰⁵⁵ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 356.

¹⁰⁵⁶ *Loc. cit.* ; CA Paris, 19 oct. 1979, *PIBD* 1980, n° 253, III, p. 570.

¹⁰⁵⁷ TGI Paris, 30 sept. 1976, *PIBD* 1977, n° 191, III, p. 190.

¹⁰⁵⁸ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 191.

289. L'objectivation de l'originalité. – Enfin, au sein du droit d'auteur, l'appréciation de l'originalité s'objective, de sorte que la référence à la créativité s'estompe. Cette objectivité est permise par la mise en évidence du critère du choix et par l'abandon aux références subjectives de la créativité ayant trait à l'esthétique.

En soi, le critère du choix n'est pas nouveau dans l'appréciation de l'originalité. Avant que le juge de l'Union ne s'intéresse à ces questions, le juge français y a déjà recouru à propos des œuvres d'art conceptuel¹⁰⁵⁹ et des œuvres photographiques. Cependant, très souvent, le choix est invoqué pour montrer qu'il est insuffisant à la démonstration de l'originalité. Si les choix du photographe se limitent à la reproduction fidèle d'un objet¹⁰⁶⁰, ou encore s'ils sont imposés par un tiers¹⁰⁶¹, ils ne permettront pas de caractériser l'originalité, et la photographie ne sera pas protégée au titre du droit d'auteur. Ces choix doivent refléter l'arbitraire de l'auteur¹⁰⁶², mais également la liberté de création dont il jouit, ainsi que l'enseigne l'arrêt *Eva Maria Painer* précité. Toutefois, il est certains cas où le critère du choix semble prendre le pas sur toute autre considération, tel que celui de la base de données. Outre le droit *sui generis* portant sur l'investissement qui a été réalisé, un droit d'auteur peut être reconnu sur l'agencement de la base s'il est original. D'après l'article L. 112-3, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, « [L]es auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ». La base de données, entre autres, peut donc être protégée par un droit d'auteur si elle est originale par le choix *ou* la disposition de ses données. Le professeur Gaudrat a relevé que dans sa version en vigueur avant l'adoption de la loi de 1996 portant modification du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁶³, l'originalité de la base, ainsi que des anthologies et recueils d'œuvres, dépendait du choix *et* de la disposition des matières. Alors que, dans le droit antérieur, l'originalité de la base reposait sur une condition cumulative, dans le droit actuel, celle-ci peut dépendre – *au choix* – du choix ou de la disposition de ses données¹⁰⁶⁴. Par ce changement, le critère du choix fait dériver l'originalité vers une objectivité « absolue » et lui fait potentiellement perdre son caractère discriminant.

L'effet esthétique, à l'instar du choix, n'est pas un paramètre inconnu de l'originalité. De nombreuses jurisprudences françaises se réfèrent au choix esthétique¹⁰⁶⁵, ou encore au parti pris esthétique¹⁰⁶⁶ pour caractériser l'originalité. Le juge de l'Union, à rebours de ces solutions, l'a évincé

¹⁰⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, déc. préc.

¹⁰⁶⁰ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 10 sept. 2008, n° 07/5030 : F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Originalité. Photographies. Schémas techniques », *RTD com.* 2008. 736.

¹⁰⁶¹ TGI Paris, 1^{ère} ch., 14 nov. 2001 : X. Daverat, note ss. déc. préc., « Communication et créations intellectuelles », *LPA* n° 10, janv. 2003, p. 6.

¹⁰⁶² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 53.

¹⁰⁶³ Loi n° 96-1106 du 18 déc. 1996 modifiant le code de la propriété intellectuelle en application de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, *JORF* n° 295 du 19 déc. 1996.

¹⁰⁶⁴ Ph. Gaudrat, « Formes et propriétés intellectuelles », art. préc., n° 17.

¹⁰⁶⁵ Cass. soc., 24 avr. 2013, déc. préc.

¹⁰⁶⁶ CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 23 fév. 2021, n° 19/20285 ; CA Bordeaux, 1^{ère} ch., 28 juin 2022, n° 19/05247.

purement et simplement à l'occasion de l'affaire *Cofemel* jugée en 2019. Dans cette affaire portant sur la protection d'un dessin ou modèle par un droit d'auteur, l'une des questions posées à la Cour était de savoir s'il était possible, en vertu de l'article 2 de la directive de 2001 « *société de l'information* », de protéger un dessin ou modèle par le droit d'auteur si celui-ci est porteur d'un effet visuel propre et notable du point de vue esthétique. La Cour a répondu par la négative, estimant que « *l'effet esthétique susceptible d'être produit par un modèle est le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci. Par conséquent, cet effet de nature subjective ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »¹⁰⁶⁷. À travers cette solution, la caractérisation de l'originalité, en prenant ses distances avec l'effet esthétique que procure l'objet, se détache de toute forme de subjectivité. Plus subtilement, ce détachement ne serait pas la traduction d'une nouvelle objectivation du critère d'originalité : le juge cherche à identifier objectivement l'assiette du droit avant de lui appliquer le critère d'originalité, dont la subjectivité ne serait pas entachée¹⁰⁶⁸, suivant ainsi les traces de l'arrêt *Levola Hengelo*¹⁰⁶⁹. La présence d'un effet esthétique, qui revient en réalité à juger du mérite, ne permet pas de caractériser l'originalité qui doit être recherchée dans l'expression de la personnalité de son auteur et dans les choix libres et créatifs qu'il opère¹⁰⁷⁰.

290. Entériner le délaissement jurisprudentiel de l'exigence de créativité. – De la jurisprudence ressort donc un délaissement progressif de toute référence à la créativité, quels que soient les mots par lesquels celle-ci est suggérée (l'esthétique, le talent, l'effort créatif, etc.). L'idée de créativité est, finalement, tenue à l'écart s'agissant de l'appréciation des conditions de protection. L'obstacle précédemment relevé s'agissant de l'absence de créativité pour certains objets de propriété intellectuelle ne devrait alors plus poser de difficultés puisque, le critère de créativité, subjectif et complexe à appréhender, ne peut être intégré correctement à l'analyse juridique.

291. Le phénomène de création, acte objectif préexistant à sa reconnaissance par le droit. – L'éviction du paramètre créatif dans l'appréciation de l'octroi de la protection n'empêche cependant pas de qualifier l'objet du droit de création intellectuelle. C'est toujours le phénomène de création (artistique, inventive, technique, etc.) qui justifie la mise en place légale de la protection. Et une telle décision – ainsi que la mise en place de condition(s) de protection – dépend inmanquablement d'un choix de politique juridique. En revanche, la décision d'octroyer la protection, qui dépend de l'appréciation souveraine du juge des conditions de protection lors d'un contentieux, doit s'émanciper de toute la subjectivité dont la créativité est empreinte. L'abandon

¹⁰⁶⁷ CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário S.A. c. G-Star Raw CV*, déc. préc., pt. 53 ; E. Treppoz, obs. ss. déc. préc., « Droit européen de la propriété intellectuelle - La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD eur.* 2019. 930 ; F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Unité de l'art et définition de l'œuvre originale : la CJUE dissipe des incertitudes », *RTD com.* 2020. 54.

¹⁰⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁰⁶⁹ V. *supra* n° 122.

¹⁰⁷⁰ F. Pollaud-Dulian, « Unité de l'art et définition de l'œuvre originale : la CJUE dissipe des incertitudes », comm. préc.

de la référence au critère subjectif de créativité ne fait pas pour autant de la création une « *coquille vide* ». En effet, si la jurisprudence abandonne cette référence, c'est pour y substituer d'autres éléments susceptibles de poser les fondements d'une définition proprement juridique de la création, alors dénuée de toute idée de créativité.

§2. Une relecture propice à une définition juridique de la création intellectuelle

292. L'appréhension juridique de la qualification intellectuelle. – L'abandon de toute idée de créativité pour définir la création intellectuelle permet de recentrer l'attention sur les autres critères de définition potentiels. En ce sens, l'évolution de la matière met en avant les critères du choix et de la nouveauté, et met de côté la dimension subjective de la création. Mais, de manière assez inattendue, la personne du créateur est remise au centre de l'analyse, de sorte que le critère de l'intervention humaine apparaît incontournable. Ainsi, si le critère du choix a pu, un temps, être privilégié, il est loin de se suffire à lui-même (A). Il est primordial que l'analyse se complète d'autres critères. En ce sens, le critère de la nouveauté peut être utilement convoqué (B) et l'impasse ne peut être faite sur le critère de l'intervention humaine compte tenu de l'importance qui lui est de nouveau accordée (C).

A. Le choix, un critère insuffisant

293. Les faiblesses du critère du choix. – C'est en droit d'auteur que le critère du choix a fait grand bruit, consacré et entériné par les arrêts *Eva Maria Painer* et *Football Dataco* précités. Entre l'approche objective et l'approche subjective de l'originalité, le juge de l'Union est venu « *semer le trouble* »¹⁰⁷¹. Reprenant pêle-mêle les formules de « *création intellectuelle* », de « *reflet de la personnalité* »¹⁰⁷², de « *touche personnelle* » pour donner une consistance à l'originalité, ces deux arrêts y ajoutent les « *choix libres et créatifs* ». Même si tout semble être mentionné « *sans rigueur* »¹⁰⁷³, il est possible de noter qu'au sein de la jurisprudence de l'Union, une préférence semble se dessiner pour le critère du choix. La jurisprudence *Cofemel* précitée permet de confirmer cette tendance, et affine le critère du choix. En associant le choix à « *l'exercice d'une liberté créative* », le juge de l'Union précise les choix libres et créatifs auparavant mis en évidence¹⁰⁷⁴. Il est affiné par la nature du choix qu'il importe de prendre en compte : il doit traduire la liberté créative de l'auteur. Les choix effectués par l'auteur doivent être guidés par la liberté créative dont il dispose. Par liberté créative, n'est pas visée une vue de l'esprit, une liberté « *en suspens* » ; est visée une liberté qui permet à l'auteur d'exprimer sa personnalité dans son œuvre. En somme, ce ne sont pas tant les choix qui importent que les

¹⁰⁷¹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 279.

¹⁰⁷² Le terme « *empreinte* » a été remplacé par « *reflet* », v. en ce sens : *loc. cit.*

¹⁰⁷³ *Loc. cit.*

¹⁰⁷⁴ A. Portron, comm. ss. CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, déc. préc., « Quand l'unité de l'art permet la reconnaissance implicite de la nature intelligible de l'œuvre en droit d'auteur européen », *JCP E* n° 41, oct. 2020, 1385.

facteurs qui les ont guidés¹⁰⁷⁵. Les choix sur lesquels le juge s'attarde ne sont pas n'importe quels choix et, *a fortiori*, ne sont qu'un prisme, un moyen tendant à jauger de la liberté créative. D'ailleurs, la liberté créative n'est pas non plus une fin en soi et il ne suffit pas de la constater pour caractériser subséquemment l'originalité. Certes, au plus elle est importante, au plus l'auteur est libre exprimer sa personnalité. Elle constitue, elle aussi, un indice important dans l'appréciation de l'originalité sans nécessairement suffire. L'appréciation du choix opéré par l'auteur s'attache, entre autres, à la liberté créative dont il dispose pour pouvoir révéler sa personnalité. Cela étant, il n'est pas certain que ces précisions aident le juge national dans sa mission : à côté de décisions exigeant explicitement du requérant qu'il explique en quoi les choix opérés expriment sa personnalité¹⁰⁷⁶, sa position continue d'osciller entre la caractérisation de l'originalité au regard des seuls choix¹⁰⁷⁷ et la caractérisation de l'originalité au regard de choix traduisant l'expression de la personnalité de l'auteur¹⁰⁷⁸.

294. Les faiblesses du critère relevées par le juge de l'Union. – Le juge de l'Union est allé plus loin dans l'arrêt *Brompton Bicycle* en faisant du critère du choix un critère subsidiaire, tout au plus un indice. En affirmant que « *dès lors que seule l'originalité du produit concerné doit être appréciée, l'existence d'autres formes possibles permettant d'aboutir au même résultat technique, si elle permet de constater l'existence d'une possibilité de choix, n'est pas déterminante pour apprécier les facteurs ayant guidé le choix effectué par le créateur* »¹⁰⁷⁹, la Cour corrobore la solution apportée par l'arrêt *Cofemel* et, par la même occasion, rejette le critère de la multiplicité des formes, à l'instar du droit des dessins et modèles et du droit des marques¹⁰⁸⁰. Ce rejet transversal de la multiplicité des formes démontre que le choix en tant que tel n'est pas un critère de protection opportun pour décider de l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle. De manière générale, il évident que toute création, qu'elle soit artistique, utilitaire, technique, dépend de choix. L'ensemble du processus de création est irrigué par le choix. Cela étant, d'un point de vue juridique, faire dépendre la protection de la création du seul critère du choix n'est pas souhaitable car le champ de la protection en ressortirait élargi, pour ne pas dire illimité. Le droit des brevets, protégeant différents types d'inventions, comprend notamment l'invention de sélection qui consiste dans le choix, ou la sélection, d'un corps parmi une vaste famille de corps dont les propriétés sont connues, ou d'un paramètre, tel qu'un paramètre de température ou de pression, parmi un ensemble de paramètres¹⁰⁸¹. L'examen des conditions de brevetabilité montre que cette invention ne dépend pas d'un simple choix. La nouveauté de cette invention s'apprécie au regard du choix, de la sélection qui a été opérée et est remplie si le choix opéré est non arbitraire,

¹⁰⁷⁵ *Loc. cit.*

¹⁰⁷⁶ CA Paris, 8 nov. 2023, n° 21/0416.

¹⁰⁷⁷ CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 15 mai 2018, n° 16/22483.

¹⁰⁷⁸ CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 22 sept. 2020, *Natkin Paris c. Massimo Dutti*, n° 18/10181 : A.-E. Kahn, note ss. déc. préc., « Annulation de modèles et refus de protection du droit d'auteur pour une ballerine pliable », *LEPI* n° 1, janv. 2021, p. 3.

¹⁰⁷⁹ CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, déc. préc., pt. 35.

¹⁰⁸⁰ F. Pollaud-Dulian, « Droit d'auteur sur la forme d'un vélo : c'est plié ! », comm. préc.

¹⁰⁸¹ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 70.

c'est-à-dire qu'il n'est pas le fruit du hasard et qu'il n'a jamais été divulgué comme tel¹⁰⁸². Son activité inventive s'apprécie au regard de la non-évidence de la sélection : pour être inventifs, les choix opérés ne doivent pas être évidents. En pratique, il est extrêmement délicat de faire la différence entre une sélection inventive et une sélection non-inventive¹⁰⁸³.

Quant au signe distinctif, son existence dépend inmanquablement de choix. Pourtant, dans l'appréciation de sa validité, le juge ne peut s'attacher à la seule circonstance que le signe est issu d'un choix quelconque. Certains choix de signes sont interdits, tels que les signes génériques, usuels ou descriptifs qui doivent rester à la disposition de tous. Le choix du signe doit être arbitraire, c'est-à-dire que le signe ne doit présenter aucun lien de nécessité avec les produits ou services qu'il désigne pour qu'il remplisse sa fonction principale d'identification d'origine du produit. Pour ces raisons, résumer l'objet de propriété intellectuelle au choix est pernicieux. S'il n'apparaît donc pas comme le critère de définition déterminant de la création intellectuelle, celui de la nouveauté, en revanche, est envisageable.

B. La nouveauté, un critère potentiel

295. La mesure de la place accordée à la nouveauté en propriété intellectuelle. – En raison de la prise en compte croissante des antériorités (1), la nouveauté apparaît comme un critère potentiel de définition de la création intellectuelle dont l'opportunité peut être envisagée (2).

1. Le critère de la nouveauté révélé par la prise en compte des antériorités

296. L'appréciation de la nouveauté au regard des antériorités *de lege lata*. – En propriété intellectuelle, la nouveauté se manifeste transversalement par la prise en compte des antériorités. Du côté du droit de la propriété industrielle, chaque objet de propriété intellectuelle doit être confronté à un champ d'antériorités. En vertu de l'article L. 611-11, al. 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, la nouveauté de l'invention est éprouvée par l'état antérieur de la technique ; au regard de l'article L. 511-3, la nouveauté du dessin ou du modèle est confrontée à l'état antérieur de l'art ; et la disponibilité du signe s'apprécie au regard d'antériorités prévues par l'article L. 711-3, I. La caractérisation de la nouveauté implique une confrontation de l'objet aux antériorités. L'élément commun que constitue le champ d'antériorités ne doit cependant pas faire l'économie des spécificités propres à chaque droit de propriété industrielle, la nouveauté pouvant être relative ou absolue.

La nouveauté est absolue en droit des brevets. L'état de la technique est défini par l'article L. 611-11, alinéa 2, comme étant « *constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen* ». L'alinéa 3 y inclut aussi les demandes de brevet français et de brevet européen ou international désignant la

¹⁰⁸² *Loc. cit.*

¹⁰⁸³ F. Macrez, *J.-Cl. Brevets*, « Activité inventive », fasc. préc., n° 59.

France et dont la date de dépôt est antérieure à la demande de brevet formée par le déposant. L'état de la technique s'entend uniquement des informations accessibles au public, mais de toutes les informations accessibles au public¹⁰⁸⁴. L'accessibilité de ces informations s'entend d'une accessibilité matérielle et intellectuelle¹⁰⁸⁵. Retenant une conception large de la notion de nouveauté, le droit des brevets français intègre dans l'état de la technique toutes les informations accessibles, sans limite de temps ou de lieu : le champ d'antériorités n'est limité à aucun territoire, l'antériorité opposée peut être une invention française ou étrangère¹⁰⁸⁶ et il comprend les informations qui sont antérieures à la date du dépôt de la demande de brevet ou à la date de priorité¹⁰⁸⁷. Seule une antériorité de toutes pièces peut détruire la nouveauté de l'invention, « *c'est-à-dire une antériorité constituée par une seule réalisation globale et identique de l'invention proposée* »¹⁰⁸⁸. Une antériorité seulement partielle ne peut détruire la nouveauté de l'invention. Ces éléments font de la nouveauté en droit des brevets une nouveauté absolue.

La nouveauté est relative en droit des dessins et modèles et en droit des marques. L'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« *[u]n dessin ou modèle est regardé comme nouveau si, à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Des dessins ou modèles sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants* ». Il s'agit d'une nouveauté relative car, même s'il existe des différences mineures, les dessins ou modèles sont considérés comme identiques. Elle s'apprécie donc de manière moins rigoureuse qu'en droit des brevets, ce dernier exigeant une identité sans nuance entre l'invention objet de la demande de brevet et l'antériorité qui lui est opposée. Cette appréciation moins rigoureuse, propre au droit des dessins et modèles, se justifie notamment par l'inspiration existante dans certains secteurs¹⁰⁸⁹, tels que l'habillement ou encore l'ameublement. Cette relativité n'empêche pas le juge d'exiger que l'antériorité opposée soit de toutes pièces pour qu'elle puisse détruire la nouveauté¹⁰⁹⁰.

En vertu de l'article L. 711-3, I, du Code de la propriété intellectuelle, la disponibilité du signe en droit des marques peut être absolue ou relative. Ce texte prévoit les antériorités qui peuvent être opposées au signe au moment de l'enregistrement ou lors d'un contentieux en contrefaçon¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁴ J. Schmidt-Szalewski, *J.-Cl Brevets*, « Nouveauté », Fasc. 4260, LexisNexis, 1^{er} mai 2008, maj. 13 sept. 2024, n° 5.

¹⁰⁸⁵ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 139 et s.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, n° 143.

¹⁰⁸⁷ J. Schmidt-Szalewski, *J.-Cl Brevets*, « Nouveauté », fasc. préc., n° 40. La date de priorité renvoie au droit de priorité, pouvoir de fait octroyé au déposant d'une demande de brevet qui, sous certaines conditions, peut bénéficier « *d'un délai de douze mois pour déposer plusieurs autres demandes sur la même invention dans des pays tiers [...] sans que sa première demande, ni les divulgations intervenues ou les autres demandes déposées par des tiers pendant cette période, ne détruisent la nouveauté des demandes subséquentes* », J. Raynard, E. Py, P. Trefigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 108.

¹⁰⁸⁸ J. Schmidt-Szalewski, *J.-Cl Brevets*, « Nouveauté », fasc. préc., n° 77.

¹⁰⁸⁹ J. Azeïma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1325.

¹⁰⁹⁰ Cass. com., 24 juin 2014, déc. préc.

¹⁰⁹¹ En pratique, la disponibilité du signe n'est pas examinée *a priori* par l'organisme chargé d'enregistrer le titre, sauf en cas d'opposition formée par le titulaire d'un signe antérieur. Elle est, la plupart du temps, appréciée *a posteriori* dans le cadre d'une demande reconventionnelle en annulation de titre. V. en ce sens : J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 146.

Certaines d'entre elles sont relatives, dans la mesure où elles sont soumises au principe de spécialité en vertu duquel la protection du signe s'apprécie au regard des produits ou services qu'il désigne. Cela signifie que l'antériorité qui peut être opposée et rendre le signe indisponible doit exister dans le secteur d'activité pour lequel la marque est déposée¹⁰⁹². Ces antériorités relatives correspondent à tous types de signes, tels qu'une marque antérieure, une dénomination sociale ou encore un nom commercial. D'autres sont absolues, ce qui signifie qu'elles ne sont pas soumises au principe de spécialité. La prise en compte de ces antériorités s'étend donc à tous les secteurs d'activités. Sont concernées les droits d'auteurs, les droits des dessins et modèles, ou encore les droits de personnalité d'un tiers. La liste d'antériorités livrée par l'article L. 711-3, I, n'est pas limitative, celui-ci incluant l'adverbe « *notamment* ».

297. L'appréciation de la nouveauté au regard des antériorités *de lege ferenda*. – En droit d'auteur, les antériorités ne devraient pas être prises en compte dans la caractérisation de la protection. Bien que la Cour de cassation s'évertue à séparer les critères d'originalité et de nouveauté¹⁰⁹³, une tendance se dessine quant à la prise en compte d'une antériorité déguisée. Même si certains arrêts ont déjà pu subir la censure pour l'avoir invoquée¹⁰⁹⁴, de plus en plus de jurisprudences apprécient l'originalité d'un dessin ou d'un modèle en se référant à des œuvres déjà connues, tout en prenant soin de préciser que les antériorités ne peuvent être prises en compte pour caractériser un droit d'auteur sur ces objets¹⁰⁹⁵. Quoique critiquable du point de vue du droit d'auteur et de l'originalité, cette jurisprudence peut trouver une justification dans le pragmatisme qui anime le juge et qui, pour attester de l'originalité d'un dessin ou d'un modèle, use de certaines formules de style de manière à lui éviter la censure par la Cour de cassation¹⁰⁹⁶. Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 7 septembre 2021, a déclaré que « *[l]a notion d'antériorité est indifférente en droit d'auteur, celui qui se prévaut de cette protection devant plutôt justifier de ce que l'œuvre revendiquée présente une physionomie propre traduisant un parti pris esthétique et reflétant l'empreinte de la personnalité de son auteur* », avant d'ajouter que « *[l]outefois, l'originalité doit être appréciée au regard d'œuvres déjà connues afin de déterminer si la création revendiquée s'en dégage d'une manière suffisamment nette et significative, et si ces différences résultent d'un effort de création, marquant l'œuvre revendiquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur* »¹⁰⁹⁷.

Pour pouvoir s'imposer comme un critère incontournable de la définition de la création intellectuelle, l'utilité du critère de la nouveauté doit encore être explorée.

¹⁰⁹² J. Raynard, E. Py, P. Trepoigny, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 393 ; S. Durrande, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Disponibilité des signes », Fasc. 7110, LexisNexis, 20 déc. 2010, maj. 10 juin 2024, n° 3.

¹⁰⁹³ V. *supra* n° 280.

¹⁰⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, déc. préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 janv. 2014, déc. préc.

¹⁰⁹⁵ Pour des jurisprudences récentes, v. CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 29 juin 2021, n° 18/05368 ; CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 11 mai 2022, n° 20/05912.

¹⁰⁹⁶ M. Vivant, J.-M. Bruguier, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 274 ; A.-E. Kahn, « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2022, chron. 10, n° 2.

¹⁰⁹⁷ CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 7 sept. 2021, n° 19/13325 ; A.-E. Kahn, « Un an de droit de la mode », chron. préc., n° 2.

2. Le critère de la nouveauté justifié par son utilité

298. La nouveauté, condition autonome des conditions de brevetabilité. – Avant la loi de 1968, seuls étaient requis la nouveauté et le caractère industriel de l'invention, le critère de l'activité inventive étant inconnu de la loi. La doctrine était divisée entre les auteurs de l'époque qui, à l'instar de Pouillet¹⁰⁹⁸, ne l'abordaient pas conformément à la loi en vigueur, et les auteurs contemporains, qui voyaient dans l'activité inventive une condition de brevetabilité, tel que Roubier¹⁰⁹⁹. En jurisprudence, les décisions rendues par les juges du fond qui allaient en ce sens étaient censurées par la Cour de cassation¹¹⁰⁰. Certains auteurs y voyaient une utilisation « *souterraine et clandestine* » de la notion d'activité inventive¹¹⁰¹. Elle a été consacrée en tant que condition de brevetabilité par la loi du 2 janvier 1968.

Selon la jurisprudence établie, les conditions de brevetabilité sont appréciées séparément¹¹⁰². *A fortiori*, leur examen dépend d'un ordre précis, la nouveauté devant être appréciée avant l'activité inventive¹¹⁰³. Cela signifie que l'activité inventive ne peut être examinée que si la nouveauté a été préalablement caractérisée. Les deux conditions s'apprécient au regard de l'état antérieur de la technique, mais celui de la nouveauté est plus large car il intègre des demandes non encore publiées. Ces dernières ne peuvent donc être opposées à l'invention pour détruire son caractère inventif¹¹⁰⁴. L'état de la technique diffère d'un point de vue quantitatif, mais aussi d'un point de vue substantiel étant donné que l'examen de l'activité inventive dépend d'un référentiel particulier, l'homme du métier. Il s'agit d'un personnage de référence à partir duquel l'évidence ou la non-évidence de l'invention est déterminée. Bien que l'on s'efforce d'apprécier de manière objective l'activité inventive en recourant à un personnage abstrait qu'est l'homme du métier, le fait de rechercher si, pour un tel personnage, l'invention est une évidence réinjecte une dose de subjectivité¹¹⁰⁵. De cette manière, l'activité inventive est appréciée de la manière la plus objective possible, alors que l'appréciation de la nouveauté se veut intrinsèquement objective.

Cela étant, il est des cas où la nouveauté peut constituer un indice dans le cadre de l'examen de l'activité inventive. Elle est, dans une certaine mesure, prise en compte lorsque le problème que l'invention vise à résoudre est nouveau. Le professeur Pollaud-Dulian définit le problème nouveau comme celui qui ne s'est « *jamais posé ou jamais posé de cette façon* » et qui « *témoigne d'une activité inventive* »

¹⁰⁹⁸ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Marchal et Billard, 5^e éd, 1909. L'auteur n'aborde aucunement le critère de l'activité inventive.

¹⁰⁹⁹ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954, n° 151 et s.

¹¹⁰⁰ V. par exemple Cass. req., 11 mars 1865 : *Ann. propr. ind.* 1865, p. 135 et p. 325.

¹¹⁰¹ A. Chavanne, Intervention au Colloque de Strasbourg de 1971 sur *les innovations de la loi du 2 janvier 1968*, Litec, 1972, p. 90, cité par J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 169.

¹¹⁰² Cass. com., 6 mars 1979, *PIBD* 1979, n° 240, III, p. 252 ; Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-24.022 et n° 13-10.227 ; F. Macrez, *J.-Cl. Brevets*, « Activité inventive », fasc. pré c., n° 4.

¹¹⁰³ OEB, *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, mars 2024, partie G, chap. VII, 1.

¹¹⁰⁴ V. par exemple CA Paris, 29 mars 2002, *PIBD* 2002, n° 749, III, p. 389 ; CA Paris, 19 déc. 1979, *PIBD* 1980, n° 256, III, p. 83 ; *contra*. TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 15 nov. 2006, *Soule c. Hager-electro*, *PIBD* 2007, n° 846, III, p. 103 ; P. Vigand, comm. ss. déc. préc., « Attention aux droits antérieurs », *Propr. Indust.* n° 11, nov. 2007, comm. 85.

¹¹⁰⁵ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 354.

à lui seul car il est alors certain que l'invention ne découle pas de façon évidente de l'état de la technique dans lequel le problème, lui-même non évident, n'a jamais été posé. Il ne saurait y avoir d'évidence à donner une solution technique même très simple à un problème qui n'a jamais été posé »¹¹⁰⁶. Ainsi, la nouveauté du problème que se propose de résoudre l'invention peut constituer un indice pour le juge qui doit, cependant, être manié avec précaution par le juge¹¹⁰⁷.

À l'aune de ces éléments, il apparaît qu'en droit des brevets, l'examen de la condition de nouveauté est clairement séparé de celui des autres conditions de brevetabilité.

299. La nouveauté, condition autonome du caractère propre. – Un dessin ou un modèle présente un caractère propre lorsqu'il produit une impression visuelle d'ensemble différente de celle de tout dessin ou modèle qui lui est antérieur. Or, si le dessin ou modèle produit une impression visuelle d'ensemble différente par rapport à ses antériorités, sa nouveauté serait satisfaite par la preuve de son caractère propre, d'autant que le caractère propre et la nouveauté s'apprécient au regard d'un champ d'antériorités identique¹¹⁰⁸. Le critère de la nouveauté serait « absorbé par celui du caractère propre et [perdrait] ainsi une large part de son utilité »¹¹⁰⁹.

Il peut également être soutenu qu'apprécier la nouveauté et le caractère propre d'un dessin ou d'un modèle revient à apprécier la même chose, mais de manière différente : alors que l'exigence de nouveauté consiste en l'absence d'identité entre deux dessins ou deux modèles, l'exigence de caractère propre implique que le dessin ou le modèle se différencie de l'existant. « N'est-ce pas là deux manières d'affirmer la même chose, d'accéder, peu ou prou, au même résultat par des voies séparées ? Face négative : ne pas être identique ; face positive : être différent »¹¹¹⁰. Pour aller plus loin, alors que l'appréciation de la nouveauté serait moins exigeante, celle du caractère propre serait plus sévère¹¹¹¹.

Toujours est-il qu'en jurisprudence, les deux critères doivent être appréciés l'un et l'autre, et de manière distincte¹¹¹². Il existe même une jurisprudence qui, comme en droit des brevets, établit un ordre d'appréciation en s'intéressant d'abord à la nouveauté avant d'apprécier le caractère

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, n° 344.

¹¹⁰⁷ F. Macrez, *J.-Cl. Brevets*, « Activité inventive », fasc. pré c., n° 32.

¹¹⁰⁸ Un arrêt du tribunal de l'Union avait remis en cause l'identité des champs d'antériorités en estimant que l'appréciation du caractère propre se fait, non seulement, au regard des antériorités accessibles du public mais aussi des antériorités susceptibles d'être connues de l'utilisateur averti, Trib. UE, 8^e ch., 13 mai 2015, *Group Nivelles NV c. Easy Sanitary Solutions BV*, aff. T-15/13. Cela revenait donc à devoir prouver deux divulgations du dessin ou modèle, celle à l'égard du public et celle à l'égard de l'utilisateur averti. Une telle solution aboutissait donc à deux champs d'antériorité différents : alors que le champ d'antériorité invoqué pour apprécier la nouveauté n'était assorti d'aucune limite, celui auquel recourait le juge pour apprécier le caractère propre était limité aux antériorités susceptibles d'être connues de l'utilisateur averti. La Cour de justice est venue mettre fin à cette solution, en estimant que « la notion d'utilisateur averti ne saurait être interprétée en ce sens que ce n'est que si cet utilisateur connaît le dessin ou modèle antérieur que ce dessin ou modèle antérieur pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'un caractère individuel au dessin ou modèle postérieur », CJUE, 4^e ch., 21 sept. 2017, *Easy Sanitary Solutions BV et EUIPO c. Group Nivelles NV*, aff. jtes C-361/15 P et C-405/15 P, pt. 126 ; *adde.* J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 703.

¹¹⁰⁹ *Loc. cit.*

¹¹¹⁰ B. Humblot, « Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères "objectifs" de protection des dessins et modèles », *JCP E* n° 24, juin 2003, 902, n° 5.

¹¹¹¹ *Loc. cit.*

¹¹¹² Cass. com., 6 sept. 2016, *Tricotage des Vosges c. Phildar*, déc. préc.

propre¹¹¹³. Une telle démarche n'est pas contradictoire avec une appréciation de la protection du dessin ou du modèle d'abord moins exigeante, à travers la nouveauté, puis d'une appréciation plus sévère, avec le caractère propre, et est prompte à rétablir l'intérêt du critère de la nouveauté.

300. La nouveauté, condition autonome de l'originalité ? – Le passé éclaire d'un jour nouveau les relations entre l'originalité et la nouveauté, qui ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. En effet, avant que ne soit théorisé le critère d'originalité, les juges faisaient déjà référence au critère de nouveauté¹¹¹⁴, en en retenant parfois une conception subjective¹¹¹⁵. La mise en évidence du critère d'originalité, combinée à la théorie de l'unité de l'art, a contribué à la confusion des deux critères en jurisprudence lorsqu'était invoqué un cumul des protections¹¹¹⁶. Intégrer la nouveauté comme paramètre d'octroi d'un droit d'auteur n'est, dès lors, pas sans risque au regard du droit positif, la loi sur le droit d'auteur étant parfaitement silencieuse au sujet de la caractérisation du droit – excepté l'article L. 112-4 qui protège le titre d'une œuvre de l'esprit s'il est original. Seules la loi sur les dessins et modèles et la jurisprudence sont sources d'enseignements. En ce sens, il a été relevé en amont que, depuis que l'ordonnance de 2001, qui a instauré le nouveau droit des dessins et modèles et l'a autonomisé du droit d'auteur, la Cour de cassation veille scrupuleusement à ce que les critères d'originalité et de nouveauté soient ventilés correctement : l'originalité doit être convoquée pour caractériser un droit d'auteur, la nouveauté doit être convoquée pour caractériser un droit de dessin ou modèle. Cette inflexibilité ne l'empêche pas de tolérer le recours implicite aux antériorités dans le cadre de l'examen de l'originalité d'une œuvre. Si la nouveauté devait devenir un paramètre d'appréciation de la protection, il serait opportun de suivre le chemin tracé par la jurisprudence, afin d'éviter toute substitution de conditions. La nouveauté ne pouvant se substituer au caractère propre en droit des dessins et modèles, et à l'activité inventive en droit des brevets, il devrait en être de même, par analogie, en droit d'auteur. Pour prendre l'exemple de la nouveauté en droit des brevets, son exigence « *ne consiste pas dans la présence d'un apport caractérisé à l'état de la technique* »¹¹¹⁷. La nouveauté n'a pas pour rôle de révéler l'apport de la création, quelle qu'elle soit. Elle pourrait intégrer le droit d'auteur, mais sans se substituer à l'originalité dont le rôle est, justement, d'apprécier un apport. La nouveauté entendue juridiquement ne se perçoit donc pas nécessairement à travers « *l'inédit* », rejoignant ainsi le paradoxe de la nouveauté précédemment évoqué¹¹¹⁸. Pour s'en convaincre, il convient de se rappeler que la nouveauté est également cyclique, le secteur de la mode révélant ce phénomène de manière éclatante : ce qui est nouveau aujourd'hui était banal hier, et inversement, ces cycles se répétant à l'envi.

¹¹¹³ CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, *Herta c. Fleury Michon*, n° 2004/18301.

¹¹¹⁴ Cass. crim., 2 déc. 1814, cité par M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 265.

¹¹¹⁵ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, op. cit., n° 687.

¹¹¹⁶ Cass. com., 13 fév. 1996, n° 94-12.102 : P. Greffe, obs. ss. déc. préc., « Dessins et modèles. Conditions de protection : nouveauté et originalité », *D.* 1998. 290 ; A. Lucas, P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* n° 23, 9 juin 1993, I 3681, n° 17.

¹¹¹⁷ J. Schmidt-Szalewski, *J.-Cl Brevets*, « Nouveauté », fasc. préc., n° 75.

¹¹¹⁸ V. *supra* n° 281.

Dès lors, sous réserve des spécificités qui sont propres à chaque droit de propriété intellectuelle, la nouveauté apparaît comme un critère de compréhension de la création intellectuelle. Le critère de l'intervention humaine, quant à lui, apparaît comme un critère indispensable.

C. L'intervention humaine, un critère indispensable

301. L'approche subjective de la création intellectuelle fondée sur l'intervention humaine.

– Quelle que soit la qualification juridique retenue (investissement ou création intellectuelle), une tendance à l'objectivation du droit de la propriété intellectuelle se dessine. Cela se perçoit tant au regard des conditions d'octroi de la protection¹¹¹⁹ qu'au regard des règles portant sur la titularité du droit¹¹²⁰. En effet, à l'aune de ces règles, l'on constate une mise à l'écart, voire une invisibilisation de la personne physique qui est à l'origine de l'objet de propriété intellectuelle protégeable ou protégé. Pourtant, une résistance à cette tendance existe et provient des illustrations en matière d'intelligence artificielle. Si l'objectivation du droit de la propriété intellectuelle semblait permettre une ouverture vers l'appropriation (1) celle-ci se heurte désormais à un obstacle rédhibitoire : l'absence d'intervention humaine à l'origine des créations (2).

1. L'accueil théoriquement possible des créations générées par une intelligence artificielle au sein du droit de la propriété intellectuelle

302. L'accueil variable des créations générées par une intelligence artificielle. – Les implications de l'intelligence artificielle sont multiples. En propriété intellectuelle, ces implications sont à prendre en compte puisque l'intelligence artificielle renouvelle les modes de création. En soi, les créateurs ont toujours eu recours à des outils pour créer ; les outils informatiques, tels que des logiciels, en font pleinement partie¹¹²¹. Ce qui change avec l'intelligence artificielle, c'est que celle-ci permet de créer de manière plus autonome et automatisée, de telle sorte que la figure du créateur tend à s'estomper. L'on s'est alors rapidement demandé si les créations issues d'une intelligence artificielle sont protégeables par les droits de propriété intellectuelle. Seulement, cette interrogation ne se pose pas de la même manière selon le droit de propriété intellectuelle concerné¹¹²², justement en raison de la place très variable laissée au créateur personne physique.

303. L'appropriation théoriquement possible par la propriété industrielle. – Pour certains droits de propriété industrielle, en l'occurrence le droit des dessins et modèles et le droit des signes distinctifs, le fait que la création ait été générée par une intelligence artificielle ne constitue pas un obstacle dirimant pour sa protection. En effet, les conditions de protection propres à chacun de ces droits (nouveauté et caractère propre pour le droit des dessins et modèles ; distinctivité pour le

¹¹¹⁹ V. *supra* n° 282 et s.

¹¹²⁰ V. *supra* n° 191 et s.

¹¹²¹ V. en ce sens S. Merabet, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, 2020, n° 453.

¹¹²² *Ibid.*, n° 449.

droit des marques) sont teintées d'une objectivité qui ne nécessite pas de se référer à la personne du créateur¹¹²³. Ces droits peuvent en théorie constituer une terre d'accueil pour les créations issues d'une intelligence artificielle. Pour le droit des brevets, les références à l'inventeur au sein du Code de la propriété intellectuelle sont davantage présentes ; et l'inventeur entretient historiquement des relations « *fraternelles* » avec l'auteur du droit d'auteur. De surcroît, l'appréciation de l'activité inventive (l'une des trois conditions de brevetabilité) nécessite de se référer à « *l'homme du métier* », autrement dit à une personne humaine. L'on pourrait donc être tenté de penser que le droit des brevets est un droit présentant davantage de subjectivité, faisant ainsi douter de sa capacité à accueillir des inventions générées par une intelligence artificielle¹¹²⁴. Néanmoins, certains auteurs estiment que cette référence à l'homme du métier n'empêche aucunement la réception de telles inventions dans le giron du droit des brevets. D'après le professeur Vivant, une telle référence n'a pour but « *que de savoir si, pour un esprit humain, l'invention faite découlait, ou non, manifestement de l'état de la technique mais il n'est dit nulle part que cette invention doit avoir procédé d'un esprit humain* »¹¹²⁵.

304. L'appropriation complexe par le droit d'auteur. – En propriété littéraire et artistique, c'est surtout le droit d'auteur qui paraît être hermétique à l'appropriation des œuvres générées par intelligence artificielle. Elles s'accordent difficilement avec la *ratio legis* du droit d'auteur fondée sur une vision personnaliste¹¹²⁶. Cela étant, l'appréhension des objets issus d'une intelligence artificielle par le droit d'auteur serait susceptible de différer selon le « *type* » d'originalité retenu.

Dans sa conception subjective, l'originalité ne peut être raisonnablement décelée : tout en relevant d'une appréciation *in concreto*, cette originalité ne peut se résumer à de simples choix ; l'auteur doit avoir conscience du résultat à atteindre, et même s'il peut tout à fait s'aider de techniques de créations automatisées, le processus créatif ne peut être purement et simplement abandonné à la machine. Rechercher l'empreinte de la personnalité d'une intelligence artificielle est vain, car elle « *n'a ni conscience ni émotions* »¹¹²⁷.

Néanmoins, l'originalité, dans sa conception objective, se montrant plus accueillante, celle-ci ne faisant plus référence à l'empreinte personnelle de l'auteur mais à un effort intellectuel de sa part, pourrait rendre possible l'appropriation d'objets générés par une machine, en reportant notamment l'effort de conception sur le programmeur de l'algorithme. Cependant, comme nous avons pu le constater, le juge de l'Union retient, finalement, une conception assez fluctuante de

¹¹²³ *Loc. cit.* ; M. Vivant, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2018, étude 18, n° 3 et s. ; A. Bensamoun, G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019, n° 444.

¹¹²⁴ S. Merabet, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, n° 449.

¹¹²⁵ M. Vivant, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », art. préc., n° 4 ; dans le même sens, A. Bensamoun, G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, n° 449.

¹¹²⁶ S. Merabet, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, n° 458. L'auteur met en avant un risque de dénaturation du droit d'auteur car l'on ferait face à « *des considérations d'opportunité révélant une politique juridique souvent orientée vers la préservation d'un investissement en vue d'assurer la réservation d'une valeur* ».

¹¹²⁷ *Ibid.*, n° 456 ; M. Vivant, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », art. préc., n° 8 ; *contra*. A. Bensamoun, G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, n° 431 et A. Bensamoun, « Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle », in *Mél. M. Vivant*, *op. cit.*, n° 18, remettant en question la condition de conscience inhérente à la création.

L'originalité, puisque tout ce qui peut donner une substance à l'originalité est mentionné dans ses décisions. Or, si l'arrêt *Funko Medien*, considère que les efforts intellectuels ne sont pas, à eux seuls, susceptibles de fonder l'originalité de la création, il conviendrait dès lors, pour prétendre à la protection que d'autres critères soient remplis. C'est ici que l'exigence d'une intervention humaine reprend ses droits¹¹²⁸, comme le confirme la tendance jurisprudentielle actuelle.

2. L'incompatibilité des créations générées par une intelligence artificielle avec l'économie générale du droit de la propriété intellectuelle

305. La protection des créations générées par une intelligence artificielle sacrifiée sur l'autel de l'intervention humaine. – Même si l'approche objective du droit de la propriété intellectuelle était à même de faciliter l'accueil des créations générées par une intelligence artificielle, encore faut-il que le principe de la protection même de ces créations soit acquis. Or, de nombreux contentieux à travers le monde, pour la plupart menés par une même personne, tant en droit d'auteur qu'en droit des brevets, révèlent une convergence de solutions et, partant, une vision commune de la propriété intellectuelle. Dans ces affaires, le *motus operandi* est le même : Stephen Thaler, scientifique et inventeur, est propriétaire d'une intelligence artificielle susceptible de générer des inventions nommée « *DABUS* » (acronyme de « Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Information »), et d'une autre machine intelligente nommée « The Creativity Machine », capable de générer des œuvres. Après être parvenu à générer des inventions et œuvres grâce à ses machines, il a formulé plusieurs demandes de brevets à travers le monde et une demande d'enregistrement d'une œuvre au *Copyright Office* des États-Unis ; la particularité de ces demandes est qu'elles mentionnent le système d'intelligence artificielle en tant qu'inventeur ou auteur. Seulement, toutes ses demandes, tant en droit des brevets qu'en droit d'auteur, se sont soldées par des refus¹¹²⁹. Seul l'office sud-africain des brevets a fait droit à sa demande de brevet¹¹³⁰ ; le juge

¹¹²⁸ M. Vivant, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », art. préc., n° 9.

¹¹²⁹ Pour les demandes de brevet : OEB, 27 janv. 2020, n° 18 275 163.6 et n° 18 275 174.3, confirmée par OEB, ch. rec., 21 déc. 2021, aff. J 008/20 : Ch. Caron, « Les mésaventures de Dabus au pays des brevets », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2020, repère 2 ; Royal Courts of Justice, 21 sept. 2021, *Stephen Thaler v. Comptroller general of patents trade marks and designs* ; USPTO, 22 avr. 2020, n° 16/524, 350 ; District Court for the Eastern District of Virginia, 2 sept. 2021, *Thaler v. Andrew Hirshfeld* ; U.S. Court of Appeals for Fed. Circuit, 5 août 2022, *Thaler v. Vidal*, n° 21-2347 : G. Marti, L. Cluzel-Métayer, S. Merabet, « Droit et Intelligence artificielle », *JCP G* n° 48, 5 déc. 2022, doctr. 1385, n° 6. Pour la demande de droit d'auteur étasunien : U.S. Copyright Office, 14 fév. 2022, *Review Board*, aff. ID 1-3ZPC6C3 : J.-M. Bruguière, note ss. déc. préc., « Droit d'auteur – Auteur non humain – Intelligence artificielle – Machine auteur – Doctrine du *work made of hire* – Machine employeur (non) », *Propr. Intell.* n° 84, juil. 2022, p. 36 et s. ; Ch. Geiger, comm. ss. déc. préc., « De l'Intelligence Artificielle comme auteur ? », *Propr. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 80 et s. ; *add.* U.S. Copyright Office, 21 fév. 2023, *Zarya of the Dawn* : G. Marti, L. Cluzel-Métayer, S. Merabet, « Droit et Intelligence artificielle », *chron. préc.*, n° 6.

¹¹³⁰ *Patent journal*, vol. 54 n° 7, july 2021, p. 255, accessible sur https://iponline.cipc.co.za/Publications/PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf (consulté le 11/11/2024).

australien y avait fait également droit¹¹³¹ avant de finalement revenir sur sa décision¹¹³². Cela est sans compter sur le juge chinois qui a reconnu la protection d'une image générée par intelligence artificielle ayant fait l'objet d'une reproduction par le défendeur à l'instance pour illustrer un article publié sur un réseau social. Pour déclarer l'image originale, le tribunal de Pékin a estimé que « *plus on a de prompts personnels, de requêtes spécifiques, plus l'on peut avoir des chances d'obtenir quelque chose d'original* »¹¹³³.

306. L'intervention humaine, une condition universellement requise. – À l'exception de la jurisprudence chinoise, ces décisions, rendues aux quatre coins du globe, participent d'une convergence des droits nationaux en matière de propriété intellectuelle : quelle que soit la protection sollicitée, son principe est refusé en cas d'absence d'intervention humaine. Si la solution ne surprend pas en matière de droit d'auteur compte tenu de la dimension personnaliste qui l'anime encore, elle peut interpeler s'agissant du droit des brevets. En ce sens, le fait de mentionner l'intelligence artificielle en tant qu'inventeur dans la demande de brevet permet au juge de répondre (enfin) à une question qui n'aurait peut-être jamais dû se poser : celle de la place et de l'importance accordée à l'inventeur au sein du droit des brevets¹¹³⁴.

Sur ce point, l'ensemble des juridictions sollicitées ont répondu à l'unisson, considérant que l'inventeur doit être une personne physique et ne peut dès lors résider dans une machine dotée d'intelligence artificielle. Si certaines décisions, notamment de l'OEB, reposent sur des arguments purement textuels en dénonçant le non-respect de la mention du nom ou de l'adresse de l'inventeur¹¹³⁵, la décision rendue par le juge australien s'en émancipe et donne à son raisonnement une dimension plus essentielle¹¹³⁶. Ce dernier considère que même si aucun texte n'identifie l'auteur en tant que personne, l'économie générale du droit des brevets constitue un obstacle à la brevetabilité des inventions générées par intelligence artificielle. Par ce raisonnement, il donne une vision de la propriété intellectuelle qui va au-delà de l'interprétation de sa seule lettre, de sorte qu'est affirmé ce qui relève de l'évidence et, par voie de conséquence, ce qui n'a jamais eu besoin d'être proclamé auparavant par les textes : que l'inventeur est une personne¹¹³⁷. Cela étant, l'essor de

¹¹³¹ Federal Court of Australia, Justice Beach, 30 juil. 2021, *Thaler v. Commissioner of Patents*, FCA 879, accessible sur <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/> (consulté le 11/11/2024) : Ch. Geiger, comm. ss. déc. préc., « De l'Intelligence Artificielle comme inventeur ? », *Propr. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 85 et s. ; G. Marti, L. Cluzel-Métayer, S. Merabet, « Droit et Intelligence artificielle », *chron. préc.*, n° 8.

¹¹³² Federal Court of Australia, 13 avr. 2022, *Thaler v. Commissioner of Patents*, 2022 FCAFC 62 : G. Marti, L. Cluzel-Métayer, S. Merabet, « Droit et Intelligence artificielle », *JCP G* n° 24, juin 2022, doct. 760, n° 8.

¹¹³³ J.-M. Bruguière, note ss. Beijing Internet Court, 27 nov. 2023, aff. (2023) Jing 0149 Min Chu n° 11279, « IA générative – Photographie de synthèse – Originalité (oui) – Droit chinois », *Propr. Intell.* n° 91, avr. 2024, p. 30 et s.

¹¹³⁴ V. en ce sens M. Clément-Fontaine, « L'influence normative de l'IA en droit de la propriété intellectuelle », *Communitas* vol. 3, n° 1, 2022, p. 64.

¹¹³⁵ V. *supra* note de bas de page n° 1129.

¹¹³⁶ Federal Court of Australia, 13 avr. 2022, *Thaler v. Commissioner of Patents*, déc. préc.

¹¹³⁷ Cela a sans doute conduit Thaler à arguer, dans le cadre du litige au titre du copyright sur l'œuvre générée, que « *cette exigence d'un auteur humain n'est pas constitutionnelle et n'est justifiée par aucun précédent jurisprudentiel* », J.-M. Bruguière, « Droit d'auteur – Auteur non humain – Intelligence artificielle – Machine auteur – Doctrine du *work made of hire* – Machine employeur (non) », note préc.

l'intelligence artificielle semble commander, désormais, de consacrer dans le marbre de la loi, et non dans la seule porcelaine de la jurisprudence, une évidence pour régler une question qui ne s'est pas posée et qui ne pouvait être anticipée à l'heure de l'adoption des premières lois en matière de propriété intellectuelle¹¹³⁸. Le droit positif tout juste exposé n'empêche pas une doctrine autorisée de formuler des propositions tendant à revisiter certains droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur¹¹³⁹, voire des propositions consistant à la mise en place d'une protection tout à fait à part des droits de propriété intellectuelle existants¹¹⁴⁰.

307. La discordance entre la propriété intellectuelle et les créations générées par une intelligence artificielle. – Les multiples contentieux posés à travers le monde par les créations générées par l'intelligence artificielle, tant des œuvres que des inventions, ont une issue commune : le refus de protection de ces objets par un droit de propriété intellectuelle en raison d'absence d'intervention humaine. Cette solution commune, pour ne pas dire universelle, contribue à la convergence des différents droits de propriété intellectuelle, faisant ainsi apparaître une « *économie générale* » de la propriété intellectuelle¹¹⁴¹ qui se refuse, par principe, à protéger toute création générée par une intelligence artificielle de manière autonome, et ce peu important les non-dits voire le silence des textes à ce sujet. En effet, cette solution n'émane pas nécessairement des textes portant sur la propriété intellectuelle, car il était, à l'époque des premières lois sur la propriété intellectuelle, et quel que soit le pays, évident et même naturel que la création ne puisse provenir que de l'être humain¹¹⁴². La limite a déjà été posée pour les animaux créateurs¹¹⁴³, la limite l'est aussi pour la machine qui génère des créations. Au demeurant, cette solution participe d'une vision humaniste de la propriété intellectuelle qui n'est pas propre au droit d'auteur. S'il semble évident que le droit d'auteur est empreint d'humanisme, dire du droit des brevets qu'il revêt une telle dimension semble moins naturel pour une matière très « *technicienne* »¹¹⁴⁴. Or, retenir une vision aussi manichéenne participe des dangers d'une appréhension trop cloisonnée, voire autarcique, des différents droits de propriété intellectuelle en ce qu'elle ignore les liens qui peuvent les réunir.

¹¹³⁸ G. Marti, L. Cluzel-Métayer, S. Merabet, « Droit et Intelligence artificielle », chron. préc., n° 8.

¹¹³⁹ V. par exemple A. Bensamoun, « Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle », art. préc., qui propose de mettre en place un « *droit de l'œuvre* » (n° 13 et s.), l'idée principale étant de revenir sur la condition de conscience (n° 18), et d'appréhender l'originalité sous un autre angle, en tant que « *nouveauté dans l'univers des formes* » (n° 19). À propos de la mise en place d'un droit de l'œuvre, v. J.-M. Brugière, « Le "droit d'auteur économique". Un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », art. préc., n° 42 ; *adde.* A. Bensamoun, G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, n° 438 et s.

¹¹⁴⁰ A. Mendoza-Caminade, « Un droit des brevets sans inventeur ? Plaidoyer pour une autre protection juridique des inventions réalisées par l'intelligence artificielle », *JCP G* n° 49, déc. 2021, doctr. 1309, spéc. n° 22 et s.

¹¹⁴¹ Federal Court of Australia, 13 avr. 2022, *Thaler v. Commissioner of Patents*, déc. préc.

¹¹⁴² Si tant est que l'on soit à l'aise avec cette idée et que la création ne s'entende pas dans le sens seulement démiurgique, v. *supra* n° 241.

¹¹⁴³ U.S. Court of Appeals 9th District, 23 avr. 2018, *Naruto v. Slater*, n° 16-15469.

¹¹⁴⁴ Ch. Geiger, « De l'Intelligence Artificielle comme inventeur ? », comm. préc., p. 85.

308. Double mouvement. – En somme, l’objectivation du droit de la propriété intellectuelle induit une évolution quant à l’appréciation des règles composant les différents régimes qu’il abrite. Cette évolution réside dans un éloignement, une mise à l’écart du sujet de droit dans l’appréciation desdites règles : la personne physique à l’origine de l’objet de propriété intellectuelle a, en effet, de moins en moins d’incidence sur l’appréciation des conditions de protection, ou encore sur les règles de titularité du droit. Pourtant, cette tendance n’induit pas une rupture avec l’être humain qui est à l’origine de l’objet de propriété intellectuelle ; tout au contraire, cette émancipation est justement possible seulement parce qu’à l’origine subsiste l’être humain¹¹⁴⁵.

309. Conclusion du Chapitre II. – La qualification de création intellectuelle n’est pas naturellement taillée pour qualifier unitairement l’objet de propriété intellectuelle. Même si elle a l’avantage de singulariser la propriété intellectuelle au sein du droit des biens, elle souffre d’une certaine porosité face à d’autres notions qui lui seraient voisines. Elle est donc, en l’état, imparfaite pour saisir transversalement l’objet de propriété intellectuelle. Cependant, il n’est pas interdit de repenser la qualification de « *création* » sous l’angle du droit. En ce sens, il est proposé de détacher la notion de création intellectuelle de toute exigence de créativité subjective puisque les conditions de protection propres à chaque droit de propriété intellectuelle s’objectivent. Il convient donc de « *juridiciser* » la notion de création intellectuelle, qui se distingue alors du phénomène de création qui lui préexiste, pour qu’elle soit davantage susceptible d’accueillir l’ensemble des objets de propriété intellectuelle, qu’il s’agisse d’œuvres de l’esprit répondant à l’exigence d’originalité objectivée, de marques, ou encore d’inventions. Si, à ce titre, la notion de création intellectuelle alors objectivée peut se définir à partir du critère du choix, ce critère est insuffisant pour définir à lui seule ladite notion. La nouveauté, malgré ses particularismes, apparaît comme un critère potentiel compte tenu de sa dimension transversale. La définition se complète aussi de l’intervention humaine, critère indispensable qui ressurgit dans la littérature juridique à travers les différentes décisions rendues dans le monde en matière d’intelligence artificielle.

310. Conclusion du Titre II. – Rechercher une qualification juridique susceptible d’embrasser transversalement l’objet de propriété intellectuelle n’est pas chose aisée. Outre l’inadaptation des qualifications classiques déjà connues en droit, la recherche d’une qualification en apparence plus adaptée ne facilite pas l’exercice ; le rapprochement tant avec les notions d’investissement que de création intellectuelle en témoigne.

¹¹⁴⁵ En effet, toutes les adaptations quant aux régimes de droits de propriété intellectuelle ne sont rendues possibles qu’en raison du lien existant entre l’être humain et l’objet de droit de propriété intellectuelle. Par exemple, la dévolution du droit de propriété intellectuelle au bénéfice d’une autre personne, physique ou morale, n’est possible que parce que l’être humain, en tant qu’être doté d’une personnalité juridique, dispose d’un patrimoine depuis lequel peut être dévolu originellement ledit droit.

La qualification d'investissement est, en première lecture, adéquate en ce qu'elle permet de qualifier transversalement et, partant, unitairement l'objet de propriété intellectuelle et, par la même occasion, de prendre acte de la logique d'investissement imprégnant le droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'analyse de cette qualification a permis de révéler ses imperfections. D'une part, les manifestations tangibles de la notion d'investissement en propriété intellectuelle sont trop éparpillées pour en inférer une unité substantielle. D'autre part, la notion même d'investissement s'avère vague et difficile à appréhender. Dès lors, faire de l'investissement le principe directeur de qualification de la propriété intellectuelle aboutirait à un bouleversement de paradigme au sein de la matière qui ne paraît pas souhaitable, car il abaisserait le seuil d'exigence d'entrée dans la catégorie, au détriment de certaines libertés fondamentales.

La qualification de création intellectuelle, au contraire de la qualification d'investissement, révèle immédiatement ses limites. L'idée de créativité subjective innervant la qualification n'est pas partagée par l'ensemble des objets de propriété intellectuelle protégés, et son étude ne semble pas davantage opportune. Pourtant, une relecture prospective de la notion de création intellectuelle sous un angle purement juridique, dénuée de toute idée de créativité, pourrait faire de cette qualification une qualification transversale de l'objet de propriété intellectuelle, à partir des critères de choix finalisés, de nouveauté et d'intervention humaine.

Au demeurant, tant pour l'une que pour l'autre de ces qualifications, leur étude montre qu'aucune d'entre elles n'est envisageable si elle s'enferme dans son carcan notionnel. En réalité, la dichotomie volontairement retenue dans la démonstration, envisageant d'abord l'investissement et ensuite la création, a également pour but de faire apparaître, en filigrane, les limites de chacune de ces qualifications tant qu'elles continuent d'évoluer de manière parallèle. L'heure ne serait donc plus à une opposition mais à une collaboration de ces notions en propriété intellectuelle.

311. Conclusion de la Première partie. – Le premier temps de l'étude, portant sur l'identification de l'objet transversal de propriété intellectuelle, révèle des résultats assez nuancés. En effet, si la recherche d'une définition transversale de l'objet a permis de mettre en exergue des critères de définition substantiels que sont l'immatérialité, la valeur économique et la forme, elle a également pu révéler l'intensité variable de leur prise en considération au sein de la propriété intellectuelle. L'identification d'un objet de droit passant aussi par sa qualification, cet exercice s'est avéré plus complexe à mener, compte tenu des limites propres à chaque qualification envisagée. La qualification d'investissement, à l'examen, insuffisamment précise et topique pour être retenue, conduit à préférer la qualification de création intellectuelle à titre de principe directeur mais à condition que celle-ci soit assise sur des critères de définition juridiques – les choix finalisés, la nouveauté, l'intervention humaine – et indépendants de la variabilité de l'appréciation subjective du phénomène de création qui préexiste à sa réception par le droit.

Malgré la mise en exergue de la définition et la proposition formulée quant à la qualification de création intellectuelle, l'étude atteste de la difficulté ressentie lorsque l'on tente d'aborder de manière transversale l'objet de propriété intellectuelle. En effet, l'analyse transversale de l'objet de

propriété intellectuelle met l'accent sur l'écartèlement de la matière entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle, de sorte que chaque proposition formulée s'éloigne de l'idée de transversalité que l'on s'est faite initialement, à savoir une transversalité qui, justement, permettrait de dépasser cette distinction et d'araser les différences entre ces deux catégories. Or, selon la nature de la proposition, le centre de gravité de l'objet de propriété intellectuelle est irrémédiablement attiré vers l'une ou vers l'autre, de sorte qu'il n'atteint jamais l'équilibre souhaité. Ainsi, même si l'étude de la transversalité de l'objet de propriété intellectuelle n'a pas été vaine, elle ne permet pas de faire ressortir, de manière claire et univoque, l'objet transversal de propriété intellectuelle, à partir de ses manifestations en droit positif.

DEUXIÈME PARTIE

LES ÉLÉMENTS DE TRANSVERSALITÉ DANS LE RÉGIME DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

312. Tenter de déceler un droit commun au sein de régimes spéciaux. – Chaque droit de propriété intellectuelle intègre un régime spécifique. Le régime propre au droit des dessins et modèles n'est pas substituable au régime du droit des brevets, celui du droit d'auteur n'est pas davantage substituable au droit des marques ; les exemples sont déclinables en autant de combinaisons possibles. À l'aune de ce seul constat, il n'existerait donc aucun élément de transversalité permettant d'unir, voire d'unifier, les régimes de propriété intellectuelle.

Cependant, cet *a priori* peut être dépassé et la transversalité du régime de propriété intellectuelle être utilement envisagée afin de construire des règles communes aux différents droits de propriété intellectuelle, voire une théorie générale de la propriété intellectuelle. En ce sens, définir un régime juridique propre à un droit subjectif passe notamment par la détermination de son contenu, c'est-à-dire de ses prérogatives, et de sa sanction. Le régime du droit de la propriété intellectuelle, en tant que droit subjectif, peut tout à fait être appréhendé de cette manière en recoupant les prérogatives de chaque droit ainsi que le mécanisme de défense qui lui est associé.

313. L'ambivalence du résultat. – S'agissant du contenu du régime, une première vue d'ensemble permet de se rendre compte que la teneur du droit est variable ; s'agissant de la sanction du régime, en revanche, l'unité portée par le mécanisme de la contrefaçon est telle qu'elle participe véritablement à la construction d'un régime transversal du droit de la propriété intellectuelle. Autrement dit, si le contenu du régime s'avère quelque peu fluctuant (Titre I), il obéit au même mécanisme de défense (Titre II).

Titre I. Le contenu fluctuant du régime de propriété intellectuelle

314. La constance de la dimension patrimoniale ; l'instabilité de la dimension extra-patrimoniale. – Le droit de la propriété intellectuelle ne se classe parfaitement ni dans la catégorie des droits patrimoniaux ni dans celle des droits extra-patrimoniaux, de telle sorte que celui-ci constituerait une troisième catégorie. Cette forme d'imperméabilité du droit de la propriété intellectuelle vis-à-vis de la catégorie des droits patrimoniaux (dans laquelle sont classés les droits réels et les droits personnels) s'explique par le fait que cette matière est « *tiraillée* » entre cette catégorie et celle des droits extra-patrimoniaux (comprenant les droits de la personnalité, tels que le droit à la vie privée ou encore le droit au nom). Cette hésitation s'explique par la présence, en droit de la propriété intellectuelle, et particulièrement en droit d'auteur, de prérogatives extra-patrimoniales que sont les droits moraux.

Si la présence du droit moral en droit d'auteur contribue à ne pas permettre de situer clairement le droit de la propriété intellectuelle dans son environnement juridique, elle empêche aussi de définir clairement le contenu du droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, en raison de la singularité apparente de la manifestation d'un tel pouvoir du titulaire au sein du seul droit d'auteur et de sa rareté corrélative ailleurs, il est loisible de se demander si le droit moral fait partie intégrante de la définition du droit de la propriété intellectuelle ou s'il n'est que la manifestation d'une spécificité de régime d'une catégorie des droits qui en procède. Répondre à cette question implique de se rendre compte au préalable de son envergure au sein de la matière, et pas seulement en droit d'auteur ; ce n'est qu'au terme de cette démarche qu'il sera possible de déterminer si le contrôle du titulaire conféré par le droit de la propriété intellectuelle va au-delà de la seule maîtrise exclusive de l'exploitation économique de l'objet protégé et s'il recouvre également une dimension extra-patrimoniale.

La présence de prérogatives patrimoniales est, en revanche, plus propice à la mise en exergue d'éléments d'unité. L'exclusivité attachée aux différents droits de propriété intellectuelle est la source principale d'unité, cette exclusivité ayant pour finalité essentielle de garantir les intérêts patrimoniaux du titulaire du droit en lui permettant d'exploiter l'objet protégé.

Dès lors, s'il est possible d'identifier des éléments communs à l'ensemble de la propriété intellectuelle s'agissant du contrôle exclusif de l'exploitation économique de l'objet protégé (Chapitre I), il s'avère, en revanche, plus complexe d'inférer un régime commun à partir de la dimension extra-patrimoniale de cette maîtrise dont les manifestations demeurent parcellaires (Chapitre II).

Chapitre I. La dimension patrimoniale marquée par l'exclusivité relative du droit

315. Le droit de la propriété intellectuelle envisagé comme un pouvoir exclusif de contrôle sur l'exploitation de l'objet protégé. – Le droit de la propriété intellectuelle se caractérise par l'exclusivité qu'il confère à son titulaire¹¹⁴⁶. Cette exclusivité consiste en un pouvoir octroyé par la loi dont le titulaire est le seul à jouir sur l'objet protégé ; il s'agit donc d'un monopole d'origine légale. S'il est récurrent d'envisager ce pouvoir individuel avant tout comme une faculté d'interdire et donc d'exclure, il se manifeste surtout comme un pouvoir d'autoriser. En réalité, la capacité d'interdire constitue souvent le préalable nécessaire à la possibilité de négocier la valeur du droit sur le marché. Du point de vue des utilités économiques, le droit de propriété intellectuelle consiste donc essentiellement en un droit exclusif, octroyant à son titulaire un pouvoir d'autoriser certains actes, essentiellement en contrepartie d'une rémunération ou, éventuellement d'interdire l'exploitation de l'objet de propriété intellectuelle pour en réserver la jouissance à certaines personnes. Bien que la nature des usages réservés au titulaire sur la chose diffère d'un droit à un autre, ces différences peuvent être dépassées par le caractère commun qu'ils partagent, à savoir être des actes d'exploitation.

316. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit exclusif « relatif ». – Toutefois, l'exclusivité conférée par le droit de propriété intellectuelle n'a rien d'absolue ; elle est limitée, entre autres, par l'étendue des prérogatives conférées au titulaire de la protection. Cette étendue n'est pas la même en fonction du droit de propriété intellectuelle envisagé puisque chaque droit confère des prérogatives plus ou moins différentes. En outre, elle trouve surtout sa limite à travers l'énumération d'actes qui sont expressément interdits aux tiers et, dès lors, réservés au seul titulaire, à moins d'une autorisation explicite de sa part. En effet, la majorité des dispositions du Code de la propriété intellectuelle consacrées aux droits conférés repose sur un énoncé commun qui consiste à énumérer les actes interdits aux tiers. Tel est le cas des articles L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle portant sur le droit *sui generis* sur les bases de données, de l'article L. 513-4 en droit des dessins et modèles, de l'article L. 613-3 en droit des brevets, de l'article L. 622-5 sur le droit sur les topographies de semi-conducteurs, et des articles L. 713-2 et suivants, spécialement de l'article L. 713-3-1 en droit des marques. En propriété littéraire et artistique, la phraséologie est quelque peu nuancée car le Code n'énumère pas les actes interdits et fait subsister la conception synthétique propre au droit d'auteur français : après avoir défini le monopole conféré au travers du droit d'exploitation, comprenant le droit de représentation et le droit de reproduction, à l'article L. 122-1, il est précisé que toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle faite sans le consentement du titulaire est illicite à l'article L. 122-4. S'agissant des droits voisins du droit d'auteur, est visé un rôle plus proactif du titulaire de la protection, son autorisation étant

¹¹⁴⁶ Sur cette qualification, v. *infra* n° 583 et s.

explicitement requise pour certains actes, ainsi que le révèle l'article L. 212-3 pour l'artiste-interprète, l'article L. 213-1, al. 2 pour le producteur de phonogramme, l'article L. 215-1, al. 2 pour le producteur de vidéogramme, L. 216-1 pour l'entreprise de communication audiovisuelle, et l'article L. 218-2 pour l'éditeur de presse. Par une lecture *a contrario*, cela signifie que sans autorisation expresse de leur part, ces actes sont interdits aux tiers. Ces interdictions dessinent, en creux, les limites de l'exclusivité qui ne peut déborder du cadre légal dans lequel elle s'inscrit.

317. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit exclusif ou un monopole ? – Au sein de la littérature juridique spécialisée en propriété intellectuelle, les termes de monopole ou du droit exclusif sont tantôt considérés comme synonymes, tantôt considérés comme distincts. En propriété industrielle, les auteurs ont tendance à les évoquer de manière indifférenciée¹¹⁴⁷ ; c'est davantage en propriété littéraire et artistique que certains auteurs tiennent à conserver la distinction entre exclusivité et monopole, notamment en raison de la connotation économique du terme monopole¹¹⁴⁸. Même si cette question ne relève pas d'une simple commodité de langage, il s'avère qu'à ce stade de l'analyse¹¹⁴⁹, il n'y a pas de réel intérêt à opérer une distinction entre monopole et exclusivité puisque l'essence des deux termes est la même : conférer un pouvoir exclusif, une protection privative sur la chose immatérielle protégée. En d'autres termes, qu'il s'agisse de monopole ou de droit exclusif, l'idée sous-jacente reste la même dans la compréhension de la protection octroyée. Ainsi, à l'instar du professeur Caron, il est loisible de souscrire à l'analyse selon laquelle « *tous les droits de propriété intellectuelle confèrent à leur titulaire un monopole et donc un droit exclusif* »¹¹⁵⁰ : la relation entre monopole légal et droit exclusif est alors synonymique¹¹⁵¹.

318. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit exclusif permettant l'exploitation de l'objet protégé. – En somme, le droit de la propriété intellectuelle confère un droit exclusif à son titulaire consistant en un monopole, et plus précisément en un monopole d'exploitation. Dans son versant patrimonial, l'idée sous-jacente de la protection est de permettre à son titulaire de se réserver les utilités économiques de sa création ; « *ces prérogatives offrent toutes un monopole réservant*

¹¹⁴⁷ Cela peut être le cas dans certains ouvrages spécialisés, v. J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, ou encore J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*

¹¹⁴⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 19.

¹¹⁴⁹ Nous insistons car cette distinction aura, en revanche un intérêt en aval, à propos de la nature de la protection, v. *infra* n° 590 et s.

¹¹⁵⁰ Ch. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 39, 22 sept. 2004, doct. 162, n° 8.

¹¹⁵¹ C'est ce qui est également sous-entendu par les définitions données par le doyen Cornu des termes « *monopole* » et « *monopole d'exploitation* ». Le monopole est ainsi défini comme un « *[r]égime de droit (monopole de droit) ou situation de fait (monopole de fait) ayant pour objet ou pour résultat de soustraire à toute concurrence sur un marché donné une entreprise privée ou un organe ou établissement public* ». Un exemple est le monopole de fabrication et de vente dont bénéficie le titulaire d'un brevet. Le monopole d'exploitation renvoie au « *[d]roit exclusif, pour l'auteur d'une œuvre ou le titulaire d'une marque, etc., de procéder ou faire procéder à l'exploitation de celle-ci, et d'en tirer un profit pécuniaire. V. reproduction, représentation, cession, licence* ». G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^e éd., 2024, v. « monopole » et « monopole d'exploitation ».

l'exploitation de la valeur immatérielle au titulaire des droits, assurant à celui-ci le bénéfice exclusif de la valeur économique de la création »¹¹⁵².

La notion déterminante qui ressort de la dimension patrimoniale de la protection s'articule autour de celle d'exploitation. En effet, le versant patrimonial des propriétés intellectuelles est la promesse pour le titulaire de la protection de pouvoir, grâce à l'exploitation de l'objet protégé, tirer un profit de celle-ci, et ce grâce au droit exclusif. De la sorte, même si l'exploitation des créations protégées par la propriété intellectuelle passe par différents actes, ceux-ci poursuivent une même finalité qui est de permettre au titulaire du droit, de manière prioritaire, d'en retirer une valeur économique, plus trivialement un profit.

Toutefois, cette exploitation ne se fait pas sans aucune limite imposée au titulaire. À ce titre, le droit exclusif, quel que soit le droit de propriété intellectuelle qui le confère, fait forcément l'objet de limitations. En effet, la propriété intellectuelle étant conçue, dans son ensemble, comme une exception à la liberté du commerce et de l'industrie en ce qu'elle accorde un pouvoir susceptible de l'entraver, il apparaît nécessaire, voire naturel, de délimiter son étendue. La place particulière réservée par le titulaire de droit au sein du marché grâce à la protection qui lui est octroyée doit donc être envisagée dans cette perspective. Cela suppose de rendre compte d'abord de la capacité de contrôle de l'exploitation économique rendue possible par le droit exclusif (Section 1) et de ses limites (Section 2).

Section 1. Un droit exclusif contrôlant l'exploitation économique de l'objet

319. Les relations entre l'exclusivité du droit et l'exploitation de l'objet protégé. – La notion d'exclusivité, centrale en propriété intellectuelle, ne peut être comprise que par le truchement de la notion d'exploitation (§1). Plus précisément, l'exclusivité conférée par le droit de la propriété intellectuelle peut s'accompagner d'une obligation d'exploitation (§2) incombant au titulaire de la protection et/ou à son cocontractant. Plus abruptement, alors que l'exclusivité permet de contrôler les exploitations de l'objet protégé, certaines d'entre elles échappent au titulaire lorsque certaines de ses prérogatives s'épuisent (§3).

§1. La notion d'exploitation

320. Tentative d'appréhension de la notion d'exploitation. – Dépourvue de définition « officielle », l'exploitation, entendue comme une activité permettant la mise en valeur d'un bien, a pu être définie en doctrine comme « *la jouissance exercée par celui qui dirige et assume la charge de travail nécessaire à transformer un bien en une source permanente de revenus professionnels* »¹¹⁵³. Afin d'approfondir

¹¹⁵² M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, op. cit., p. 14 ; adde. L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 80, qui parle d'un « *droit exclusif d'exploitation* ».

¹¹⁵³ Ch. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ.* 2014. 795, n° 1, citant J.-P. Delmas-Saint Hilaire, *La notion juridique d'exploitation*, th. Univ. Paris, 1955, n° 299.

l'analyse de cette notion, nous nous attacherons à identifier ses caractères (A) et à la distinguer d'autres notions voisines (B).

A. Les caractères de l'exploitation

321. Tentative de définition de l'exploitation. – Le droit exclusif confère à son titulaire un monopole d'exploitation de nature exclusive pour que son titulaire puisse tirer profit de cette exploitation. Or, saisir la notion d'exploitation n'est pas chose aisée. Dans un sens commun, elle se définit sommairement comme l'action d'exploiter, de faire valoir en vue d'une production pour, *in fine*, tirer un profit de cette exploitation¹¹⁵⁴. La notion d'exploitation a également un sens plus figuré, consistant en la mise à profit, l'utilisation de quelque chose, par exemple l'exploitation d'une crise morale ou encore l'exploitation des hommes, avec ici une connotation assez péjorative du terme¹¹⁵⁵. En droit, le dictionnaire Cornu se rapproche du premier sens tout juste donné pour définir la notion d'exploitation, alors perçue comme une « *activité consistant à faire valoir un bien, à accomplir les actes nécessaires, selon sa nature et sa destination, à sa mise en valeur : cultiver, louer, placer, etc.* »¹¹⁵⁶. En droit de la propriété intellectuelle, alors que la notion apparaît comme étant une notion centrale, celle-ci n'est pas davantage définie par le Code éponyme¹¹⁵⁷ ; elle transparait uniquement grâce aux différents actes d'exploitation décrits par les dispositions portant sur les droits exclusifs conférés par chaque droit de propriété intellectuelle. En effet, la lecture des dispositions du Code de la propriété intellectuelle consacrées aux droits patrimoniaux révèle que ces droits se définissent par les actes d'exploitation que permet et/ou qu'interdit chaque droit de propriété intellectuelle¹¹⁵⁸. C'est donc par une méthode essentiellement descriptive qu'est appréhendé le concept d'exploitation. Or, cette méthode induit deux ordres de difficulté : d'une part, par une description visiblement limitative des actes autorisés ou interdits, la matière se passe d'une vision qui permettrait une appréhension prospective d'éventuelles nouvelles manières d'exploiter ; d'autre part, par cette définition descriptive, la notion d'exploitation n'est pas pensée comme un tout puisqu'elle se dilue dans une succession d'actes d'exploitation qui empêchent de percevoir l'éventuelle unité du phénomène.

La notion d'exploitation est également suggérée dans le cadre du triple test propre au droit d'auteur lorsqu'il est question de l'étape de l'exploitation normale de l'œuvre¹¹⁵⁹. Dans le cadre de cette étape,

¹¹⁵⁴ CNRS, *CNRTL*, v. « exploitation », A. 1).

¹¹⁵⁵ CNRS, *CNRTL*, v. « exploitation », B. 1).

¹¹⁵⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « exploitation ».

¹¹⁵⁷ S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », *in* *Mél. A. Lucas, op. cit.*, p. 265.

¹¹⁵⁸ V. *supra* n° 316 pour les dispositions en question. Il est à relever que la propriété littéraire et artistique n'est pas épargnée par le phénomène : même si la rédaction du Code laisse subsister la conception synthétique propre au droit d'auteur français, la conception analytique propre au droit de l'Union, se fondant sur une description précise des actes inclus dans le monopole octroyé, prend le pas, harmonisation oblige.

¹¹⁵⁹ Également appelé test en trois étapes et prévu par l'article L. 122-5, al. 2, du CPI, il s'agit d'un test par lequel doivent passer les différentes exceptions au droit d'auteur pour que celles-ci puissent effectivement jouer. Pour ce faire, l'exception doit être limitée à certains cas spéciaux, elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale

la notion d'exploitation s'entend de manière essentiellement économique, l'OMC l'ayant définie comme « l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres » ; définition qui, finalement, s'inspire du sens commun du terme¹¹⁶⁰.

322. Le caractère économique de l'exploitation. – Malgré l'absence de définition de la notion d'exploitation, celle-ci est teintée d'économie. En effet, quel que soit le sens envisagé, la finalité économique transparait toujours, l'exploitation étant une activité menée aux fins d'en tirer un profit. Se dessine alors un premier critère de définition de la notion d'exploitation, qui est un critère économique¹¹⁶¹. Appliqué à la propriété intellectuelle, est-il suffisant de considérer l'exploitation dans cette seule dimension économique ? Si, *a priori*, il semble possible de s'en contenter – puisque la finalité première de l'octroi de prérogatives patrimoniales est de permettre au titulaire de la protection d'exploiter économiquement l'objet protégé –, l'analyse présente rapidement des insuffisances. En effet, considérer l'exploitation principalement dans son versant économique ne répond qu'incomplètement au cadre dans lequel le droit de propriété intellectuelle s'exerce, car la protection n'a comme unique finalité de permettre à son titulaire de retirer les utilités économiques indépendamment des conséquences économiques ressenties par les tiers. Or, les droits de propriété intellectuelle, par le droit exclusif qu'ils confèrent, instaurent notamment une organisation du marché et de la concurrence qui supposent de saisir plus largement la notion d'exploitation.

323. L'approche économique de l'exploitation affinée à la lumière de la finalité du droit. – L'exploitation permise par le droit exclusif ne peut donc être envisagée *per se*, c'est-à-dire de manière « autarcique », sans tenir compte des considérations économiques et/ou sociales environnantes. Il convient par conséquent d'ajouter à ce critère économique un critère fonctionnel, permettant de contextualiser la notion d'exploitation¹¹⁶² à la lumière de sa finalité.

L'idée sous-jacente à cette analyse est de prendre en compte la fonction poursuivie par un droit de propriété intellectuelle donné pour comprendre en quoi consiste l'exploitation que celui-ci permet à son titulaire. Cette approche n'est pas sans rappeler la construction déjà entreprise par le juge de l'Union, à travers la jurisprudence relative à l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle. L'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle, qui ne doit pas être confondu avec l'objet de propriété intellectuelle, c'est-à-dire la chose immatérielle sur laquelle porte la protection, est une notion à laquelle a recours le juge de l'Union¹¹⁶³ afin de concilier la protection privative octroyée par la matière et les contraintes du marché liées à la libre circulation des marchandises et à la libre

de l'œuvre et elle ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. C'est au stade de la deuxième étape qu'il est question d'exploitation.

¹¹⁶⁰ S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », art. préc., p. 265, citant le rapport du Groupe spécial de l'OMC de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur, 15 juin 2000, WT/DS160/R, § 6.165.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 268.

¹¹⁶² Sur cette recommandation, v. notamment *ibid.*, p. 269 et s.

¹¹⁶³ Depuis CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. C-78/70.

concurrence. En effet, l'objet spécifique a pour but de parvenir à « *un compromis entre, d'une part, la protection des droits exclusifs accordés en application des législations nationales des États membres de la Communauté européenne et, d'autre part, le respect des principes communautaires de libre circulation des marchandises et de libre concurrence* »¹¹⁶⁴. Pour y parvenir, l'objet spécifique se définit donc au regard de certaines prérogatives octroyées par un droit de propriété intellectuelle donné, plus précisément au regard de celles qui sont indispensables à la réalisation de la fonction essentielle du droit en cause, même si elles sont de nature à entraver les libertés susmentionnées¹¹⁶⁵. Dès lors, même si ces prérogatives sont susceptibles de constituer une entrave à ces libertés, le titulaire pourra toujours les invoquer, puisque ce sont elles qui concourent à la réalisation de la fonction du droit visé ; là réside l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle.

Si le recours à la notion d'objet spécifique participe donc effectivement à l'analyse fonctionnelle, finalisée de l'exploitation, et plus largement des droits de propriété intellectuelle¹¹⁶⁶, elle permet essentiellement de comprendre que l'exploitation en propriété intellectuelle n'est pas une « *activité* » exercée sans borne¹¹⁶⁷ ; elle se doit de suivre un sillage dessiné, limité par des considérations aussi bien endogènes qu'exogènes à la propriété intellectuelle.

324. L'exploitation envisagée comme une opération technique. – Outre l'approche économique de l'exploitation, qui relève de l'évidence, et l'approche fonctionnelle, qui lui est adjointe, une troisième approche, technique, peut se dessiner. Une telle analyse trouve par exemple une certaine résonance en droit d'auteur, notamment à propos du droit de reproduction, dont certaines de ses exceptions se fondent sur des considérations purement techniques ; tel est le cas de l'exception de reproduction provisoire transitoire ou accessoire. Elle suscite également un certain écho à propos de l'opération de localisation du territoire où a eu lieu l'exploitation litigieuse, en s'attachant à déterminer si elle s'opère au lieu du serveur hébergeant le site web sur lequel une œuvre a été représentée, ou encore à l'endroit de l'établissement de la personne à l'origine de l'exploitation litigieuse.

325. Le dévoiement de la notion d'exploitation par la reconnaissance de l'exception de copie provisoire transitoire en droit d'auteur. – S'agissant de la première hypothèse, la notion d'exploitation, prise ici dans un versant purement technique, est venue par exemple justifier la mise en place de l'exception de copie provisoire afin de neutraliser de manière certaine le droit exclusif. Il s'agissait alors de caractériser un acte d'exploitation indépendamment de toute communication de l'œuvre au public, la reproduction opérée dans l'univers numérique ne concernant, à ce stade, qu'une relation de machine à machine. Les titulaires de droit revendiquaient l'emprise de leur monopole sur de tels actes mais la nécessité de la reproduction des œuvres pour assurer techniquement leur « *déplacement* » numérique entraînait en contradiction avec la revendication d'une

¹¹⁶⁴ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 25.

¹¹⁶⁵ *Loc. cit.*

¹¹⁶⁶ En effet, connaître leur objet spécifique implique de définir leur fonction essentielle, *loc. cit.*

¹¹⁶⁷ Ce point sera discuté et développé plus en détail par la suite, v. *infra* n° 350 et s.

telle exclusivité, de sorte que le législateur a créé une disposition spéciale pour en permettre la réalisation sans entrave.

Or, il n'est pas certain que la mise en place d'une telle exception fût nécessaire. En effet, même si, selon l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'atteinte au droit de reproduction est caractérisée à partir d'une fixation matérielle par tous procédés, peu important le support sur lequel cette fixation a été réalisée, le caractère provisoire de cette fixation aurait pu naturellement limiter la portée du droit exclusif du titulaire. Dans le cadre du bon fonctionnement de l'Internet, les reproductions provisoires sont légion pour permettre à la technique de fonctionner pleinement. Il s'agit donc de reproductions, de fixations non seulement provisoires (qu'elles soient transitoires ou accessoires) mais aussi techniquement nécessaires¹¹⁶⁸. Il n'est donc pas exagéré de penser que le juge, de manière pragmatique, aurait interprété le droit exclusif de telle manière que celui-ci ne constitue pas un obstacle à cet impératif technique. En d'autres termes, il ne semblait pas nécessaire de passer par la qualification d'acte d'exploitation puis de créer une exception à cet acte d'exploitation pour en autoriser la réalisation sans engager l'accord du titulaire. Il aurait suffi de prévoir que ces fixations, techniquement nécessaires, étaient exclues du périmètre du droit exclusif puisqu'elles ne constituent pas des actes « *d'exploitation* » susceptibles de limiter le bénéfice de son exercice¹¹⁶⁹. Mais le choix a été fait par le législateur européen de faire de ces reproductions provisoires une exception au droit d'auteur¹¹⁷⁰, un choix qui est discutable à plus d'un titre : d'une part, ce choix confère au droit de reproduction, et plus largement au droit d'exploitation une approche technique qu'il est censé ignorer ; d'autre part, il ne participe pas à un regain de confiance en la matière puisque l'approche, consistant à faire de tout acte technique un acte d'exploitation rentrant *a priori* dans le champ du droit exclusif a pu donner « *le sentiment d'une "sur-protection"* »¹¹⁷¹.

326. L'analyse techniciste retenue de l'exploitation lors de la re/transmission des œuvres.

– S'agissant de la seconde hypothèse, qui met en œuvre le droit de représentation du droit d'auteur – ou droit de communication au public du point de vue communautaire –, la sanction de celui-ci implique, en principe, la caractérisation de plusieurs éléments : une communication, un public et un public nouveau en cas de retransmission. L'étendue de ce droit ne se limite pas à des considérations purement techniques puisque la loi précise que cette prérogative trouve à s'appliquer

¹¹⁶⁸ S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », art. préc., p. 273 : « *les actes de simple réception des œuvres devraient échapper à l'emprise de l'auteur* » car ils ne réalisent pas l'exploitation économique en tant que telle et ils « *ne sont pas des actes permettant une circulation publique de l'œuvre* ». Ils ne devraient donc pas nécessiter d'exceptions fondées sur un critère purement technique puisqu'ils n'impliquent aucune exploitation.

¹¹⁶⁹ Cette éventualité est suggérée par A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 263. Par ailleurs, cette solution est retenue par le Code européen du droit d'auteur du projet Wittem.

¹¹⁷⁰ Il l'a fait juste après avoir consacré, au bénéfice des titulaires, « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie* » des objets de droit d'auteur, dir. 2001/29/CE, préc., art. 2.

¹¹⁷¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 264 ; *adde. ibid.*, n° 381, qui nous apprend que ce choix est surtout le fruit d'un lobbying effréné de la part des intermédiaires techniques, et notamment des fournisseurs d'accès à Internet, pour que leur responsabilité ne soit pas invocable sur le terrain du droit d'auteur.

quel que soit le procédé utilisé¹¹⁷². Pour savoir si la représentation opérée a été autorisée ou non, l'on se réfère au territoire sur lequel cette représentation est intervenue, ce qui permet à la fois de chiffrer le montant de la rémunération due en quantifiant le public ayant eu accès à l'œuvre et à déterminer la loi applicable à l'acte en question, voire à l'action en contrefaçon en cas de violation du droit. Mais lorsque la représentation a eu lieu par le biais de l'Internet, il devient immanquablement plus difficile d'identifier cette localisation. Pour y parvenir, le juge, et notamment le juge de l'Union, a pu être amené à se référer à des indices purement techniques afin d'identifier le contrefacteur, tels que la localisation du serveur hébergeant le site web sur lequel l'œuvre est représentée, le lieu où le contenu est accessible, ou encore le lieu d'établissement de l'exploitant¹¹⁷³. Pareillement, à propos de la caractérisation d'une retransmission par satellite, le débat jurisprudentiel fut vif pour savoir si l'acte d'exploitation devait être saisi dans le chef du radiodiffuseur qui contrôle le signal initial, dans celui du distributeur qui le retransmet ou chez les deux opérateurs. La jurisprudence *Airfield* de 2011, en retenant une conception unitaire de l'acte de communication au public, exige du distributeur qu'il obtienne l'autorisation des titulaires de droit lorsque les programmes protégés par un droit d'auteur diffusés par satellite le sont par son intermédiaire¹¹⁷⁴. Plus précisément, leur autorisation est requise chaque fois que la diffusion engendre un acte de communication à un public nouveau ; en revanche, elle n'est pas nécessaire si aucun acte de communication à un public nouveau n'est rapporté et si les titulaires de droits avaient convenu contractuellement avec le radiodiffuseur que leurs œuvres seraient aussi communiquées par ce distributeur¹¹⁷⁵. Cette solution a été contredite par l'arrêt *SBS* de 2015¹¹⁷⁶ quant au public visé et quant à l'appréhension de l'acte de communication au public. D'une part, alors que dans l'arrêt *Airfield*, le public envisagé est celui qui est visé dès l'origine par le radiodiffuseur, dans l'arrêt *SBS*, le public visé par le radiodiffuseur ne réside plus que dans ses distributeurs. Par voie de conséquence, il considère que seul l'acte de communication accompli par le distributeur est un acte de communication au public au sens de la loi, de sorte que l'arrêt *SBS*, au contraire de l'arrêt *Airfield*, admet l'existence de deux actes de communication, l'un étant accompli par le radiodiffuseur à l'égard des distributeurs, l'autre par le distributeur à l'égard du public¹¹⁷⁷. La directive dite « *câble-satellite 2* », adoptée en 2019¹¹⁷⁸, a définitivement répondu à la question de la définition de l'acte de

¹¹⁷² CPI, art. L. 122-2 : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque ».

¹¹⁷³ S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », art. préc., p. 274.

¹¹⁷⁴ CJUE, 13 oct. 2011, *Airfield NV, Canal Digitaal BV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam)* et *Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA*, aff. jtes C-431/09 et C-432/09.

¹¹⁷⁵ Ch. Caron, comm. ss. CJUE, 13 oct. 2011, *Airfield NV, Canal Digitaal BV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam)* et *Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA*, aff. jtes C-431/09 et C-432/09, « À propos de la communication des œuvres par satellite », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2011, comm. 111.

¹¹⁷⁶ CJUE, 19 nov. 2015, *SBS Belgium NV c. Belgische Vere-niging van Auteurs, Componisten en Uitgevers*, aff. C-325/14.

¹¹⁷⁷ *Adde.* CSPLA, *Mission droit de communication au public*, déc. 2016, spéc. p. 29.

¹¹⁷⁸ Dir. (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil, JOUE n° L 130/82 du 17 mai 2019 ; F. Siirainen, « Présentation de l'ordonnance du 23 juin 2021 portant transposition de la directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 (dite "directive CabSat 2") », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2021, étude 17.

communication au public, déclarant en son article 8.1 que « *l'organisme de radiodiffusion et le distributeur de signaux sont considérés comme participant à un acte unique de communication au public* ». Finalement, l'insertion de ces considérations, même si elles ont l'avantage d'apporter des solutions instantanées, ont l'inconvénient de brouiller la dimension essentiellement économique de l'exploitation au profit d'une vision techniciste de la notion.

327. L'inopportunité de la lecture « *techniciste* » de l'exploitation. – La doctrine, notamment par l'intermédiaire de la professeure Dusollier, a proposé de s'écarter de ce prisme technique et d'identifier les « *territoires visés par une exploitation, c'est-à-dire [les] lieux où une valeur est retirée de l'œuvre, parce que le public y est ciblé, qu'un service y est intentionnellement presté* » ; et de « *s'en tenir aux publics ciblés par l'exploitation du droit intellectuel* » plutôt que de faire appel à des critères techniques. Ces derniers montrent, en effet, leurs limites¹¹⁷⁹ notamment parce que la détermination exacte de l'opération technique peut s'avérer délicate en pratique mais aussi parce qu'une telle approche déplace le centre de gravité d'une notion d'essence économique en induisant une forte incertitude quant au périmètre du droit reconnu, surtout à l'aune des évolutions de la technologie. Une telle approche va, en outre, à rebours de l'analyse abstraite des droits retenue en droit français qui permet une plasticité de l'exercice du monopole et ce, en dehors même du droit d'auteur : le droit des marques a vocation à s'appliquer sur Internet car l'usage qui y est fait peut constituer une exploitation même si la loi n'a pas prévu cette hypothèse.

B. Les notions voisines de l'exploitation

328. L'appréhension de la notion d'exploitation à l'aide de notions voisines : l'utilisation et l'usage commercial. – Outre la recherche de critères de définition potentiels de la notion d'exploitation, il convient de se demander si cette notion peut être cernée grâce à des concepts qui lui sont plus ou moins voisins. À ce titre, les notions d'utilisation et d'usage commercial peuvent être opportunément sollicitées. Au sein du Code de la propriété intellectuelle, il est fait régulièrement mention de ces notions lorsqu'il s'agit de viser les actes d'exploitation permis au titulaire et/ou interdits aux tiers¹¹⁸⁰ ; l'utilisation et l'usage commercial sont donc des formes d'exploitation qui nécessitent l'autorisation du titulaire de la protection pour être licites. Cependant, il est des usages dans le commerce qui, curieusement, ne requièrent pas l'autorisation du titulaire de droit. Ces hypothèses concernent surtout le droit des marques, lorsqu'un signe protégé est

¹¹⁷⁹ S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », art. préc., p. 274. Cela conduit l'auteure à penser que l'approche purement technique de la notion d'exploitation – que ce soit par le truchement de la reproduction et/ou de la représentation – ne peut se suffire à elle-même ; elle doit se compléter, comme cela a pu déjà être vu, d'une approche économique et, pourquoi pas, d'une approche fonctionnelle.

¹¹⁸⁰ CPI, art. L. 212-3 qui requiert l'autorisation écrite de l'artiste-interprète pour certaines utilisations de sa prestation ; d'après l'art. L. 513-4, « *sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, le transbordement, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle* » ; l'art. L. 613-3 interdit notamment, à défaut de consentement du breveté, les utilisations du produit objet du brevet ainsi que les utilisations du procédé objet de brevet ; les art. L. 713-2 et s. interdisent les « *usages* » des signes dans la vie des affaires.

référéncé par un moteur de recherche tel que Google. Ce service vend, à titre de mots-clés, des marques protégées à des annonceurs pour que ces derniers puissent générer des liens redirigeant vers leurs sites commercialisant des produits reproduisant ces marques, certain de manière parfaitement légale, d'autres de manière illégale en proposant à la vente des produits contrefaisants. La situation met en avant deux acteurs : le moteur de recherche qui propose les mots-clés composés de marques, les annonceurs utilisant ces marques pour vendre leurs produits potentiellement contrefaisants. Le problème qui se pose pour Google est de savoir si l'activité de référencement sur laquelle il se fonde constitue un usage dans la vie des affaires de ces signes. La Cour de justice a répondu par la négative dans un arrêt retentissant de 2010¹¹⁸¹. Tout en prenant le soin de distinguer la situation de l'annonceur qui, lui, peut engager sa responsabilité¹¹⁸², et celle du prestataire de service de référencement, elle déclare que ce dernier, bien qu'utilisant ces signes, ne les exploite pas pour les besoins « *de sa propre communication commerciale* »¹¹⁸³ ; il fournit simplement les moyens aux annonceurs de développer leur activité commerciale. L'activité de référencement, même si elle nécessite l'usage de signes, n'aboutit pas à un usage de ces signes pour désigner des produits ou des services. La Cour de cassation, qui était à l'initiative de la question préjudicielle qui avait été posée devant la Cour de justice, a suivi cette position en censurant les juges d'appel qui avaient déclaré le moteur de recherche coupable d'actes de contrefaçon en reproduisant les marques protégées de tiers sans leur autorisation¹¹⁸⁴. La solution de la Cour de justice, qui donne lieu à une interprétation stricte de la notion d'usage dans la vie des affaires¹¹⁸⁵, est rigoureuse en

¹¹⁸¹ CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier, Google France c. Viaticum et Luteciel*, et *Google France c. CNRRH e. a.*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08.

¹¹⁸² L'usage de signes protégés à titre de marques par les annonceurs est source d'un riche contentieux, tant en droit de l'Union qu'en droit interne. En droit de l'Union, certains litiges prennent leur source sur les places de marché en ligne, espaces sur lesquels les produits sont commercialisés par des professionnels ainsi que des particuliers. S'agissant de ces derniers, la Cour de justice, à l'occasion de l'affaire *eBay*, s'est livrée à une appréciation quantitative de la contrefaçon : lorsqu'un particulier vend des produits marqués de manière occasionnelle, cette activité ne dépassant pas sa sphère privée, il ne se rend pas coupable d'un usage du signe dans la vie des affaires. La solution s'inverse lorsque les ventes sont plus importantes, à raison de leur volume ou encore de leur fréquence, CJUE, 12 juil. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Récemment, la Cour de justice est venue préciser que lorsque les vendeurs présents sur une place de marché en ligne commercialisent des produits revêtus d'un signe et que l'utilisateur du site établit un lien entre les services de l'exploitant du site (tel qu'Amazon) et le signe en question, elle considère que l'exploitant use lui-même de ce signe. L'utilisateur du site établit un tel lien lorsqu'il croit que c'est l'exploitant du site lui-même qui commercialise ces produits, ce qui caractérise l'atteinte à la marque, CJUE, gde. ch., 22 déc. 2022, *Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Srl e.a.*, aff. jtes C-148/21 et C-184/21. En droit français, les jurisprudences sont abondantes, v. par exemple Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-26.969, Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110, ou encore Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-14.572. *Adde.* J. Canlorbe, J.-Cl. *Marques - Dessins et modèles*, « Contrefaçon de marque. – Usage illicite de marque », Fasc. 7513, LexisNexis, 1^{er} avr. 2017, maj. 19 sept. 2024, spéc. n° 183 et s.

¹¹⁸³ CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier, Google France c. Viaticum et Luteciel*, et *Google France c. CNRRH e. a.*, déc. préc. pt. 56 ; G. Bonet, « Publicité sur Internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE ? », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2010, étude 12 ; J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny-Goy, obs. ss. déc. préc., « Droit du numérique », *D.* 2010. 1966 ; E. Treppoz, obs. ss. déc. préc., « Droit européen de la propriété intellectuelle » *RTD eur.* 2010. 939 ; C. Maréchal, comm. ss. déc. préc., « Service de référencement payant d'un moteur de recherche : un arrêt attendu mais des solutions ambiguës », *Légipresse* 2010. 158 ; M. Malaurie-Vignal, comm. ss. déc. préc., « Google : problèmes posés par le référencement de mots-clés », *Cont. conc. cons.* n° 5, mai 2010, comm. 132.

¹¹⁸⁴ Cass. com., 13 juil. 2010, n° 08-13.944, n° 06-20.230, n° 06-15.136 et n° 05-14.331.

¹¹⁸⁵ M. Malaurie-Vignal, « Google : problèmes posés par le référencement de mots-clés », comm. préc.

droit mais discutable dans son opportunité car « *le droit des marques laisse les titulaires de marque démunis contre cette pratique de référencement qui fournit aux annonceurs les moyens d'une contrefaçon manifeste* »¹¹⁸⁶. La solution est désormais constante en droit français¹¹⁸⁷.

Au sein des dispositions consacrées au droit d'auteur, il est également fait référence au terme « *utilisation* » lorsqu'il est question d'exceptions, c'est-à-dire d'utilisations qui n'entrent pas dans le domaine d'application du droit exclusif¹¹⁸⁸. Autrement dit, ce terme est utilisé lorsque l'utilisation visée ne vise pas une exploitation à proprement parler, susceptible de tomber dans le giron du droit exclusif. À partir de ce constat, la déduction suivante peut être faite : alors qu'en propriété industrielle, les termes « *utilisation* » et « *usage commercial* » apparaissent comme des synonymes du terme « *exploitation* », en propriété littéraire et artistique, et plus particulièrement en droit d'auteur¹¹⁸⁹, le terme « *utilisation* » est sollicité lorsqu'il s'agit de viser, d'identifier des actes qui n'entrent pas nécessairement dans le monopole d'exploitation, et qui ne requièrent pas toujours l'autorisation du titulaire de la protection¹¹⁹⁰. En somme, l'ensemble de la propriété intellectuelle sollicite de manière synonymique les termes d'exploitation, d'usage commercial et d'utilisation, sauf le droit d'auteur (et, d'une certaine manière, ses droits voisins) qui instaure des rapports plus complexes entre l'exploitation et l'utilisation.

329. La subtilité des rapports entre exploitation et utilisation en droit d'auteur. – En droit d'auteur, une part importante de la doctrine s'accorde pour dire que les notions d'exploitation et d'utilisation, bien que très ressemblantes, ne peuvent être tenues pour équivalentes. La racine commune des deux notions est l'idée de tirer parti, de tirer profit de quelque chose, mais elles semblent avoir des finalités quelque peu divergentes. La différence principale tient à la dimension économique qui imprègne la première et qui est indifférente pour la seconde. Certains auteurs s'accordent à dire que l'utilisation, tout en ayant la même portée que l'exploitation, a un sens plus neutre¹¹⁹¹. À tel point qu'il serait donc préférable de solliciter la notion d'utilisation plutôt que celle d'exploitation en droit d'auteur afin d'inclure dans le giron du droit exclusif tout acte qui constituerait un empiètement sur le monopole octroyé, même sans intention lucrative¹¹⁹². Est-ce à dire que la notion d'exploitation, éminemment économique, doit irrémédiablement impliquer la recherche d'un lucre ? C'est ce qu'a suggéré le juge de l'Union dans l'arrêt *Marco Del*

¹¹⁸⁶ G. Bonet, « Publicité sur Internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE ? », comm. préc. L'auteur regrette qu'il n'existe pas, comme en droit des brevets, un équivalent de la contrefaçon par fourniture de moyens.

¹¹⁸⁷ V. par exemple Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011.

¹¹⁸⁸ CPI, art. L. 122-5.

¹¹⁸⁹ Les dispositions propres aux droits voisins usent du terme « *utilisation* » tant pour viser certaines utilisations qui doivent faire l'objet d'une autorisation, tel que l'art. L. 212-3, que pour viser certaines utilisations qui doivent rester hors du monopole octroyé, tel que l'art. L. 211-3.

¹¹⁹⁰ À propos de la référence à l'usage commercial en droit d'auteur, v. J. Lapousterle, « L'usage commercial en droit d'auteur : indifférence véritable ou déni ? », in *L'usage commercial des biens intellectuels*, J. Lapousterle, A. Latil (dir.), Mare & Martin, 2020, p. 63 et s.

¹¹⁹¹ A. Robin, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation (CPI, art. L. 122-1 à L. 122-9) », Fasc. 1240, LexisNexis, 1^{er} mars 2020, n° 24.

¹¹⁹² *Loc. cit.*

*Corso*¹¹⁹³. Même si cet arrêt a été rendu à propos du droit à rémunération du producteur de phonogramme et non à propos du droit exclusif, il est porteur de certains enseignements dans le lien qui peut être fait entre exploitation et recherche d'un lucre. Dans cette affaire, un cabinet dentaire diffusait, dans sa salle d'attente, à destination de sa clientèle, des œuvres fixées sur phonogrammes et dès lors protégées au titre du droit voisin octroyé aux producteurs de phonogrammes. Il a donc été demandé au dentiste de verser la rémunération équitable au titre de la diffusion de ces phonogrammes, puisqu'il est l'auteur d'actes de communication au public. Cependant, la Cour de justice a considéré que cette rémunération équitable n'avait pas à être versée par le dentiste, notamment parce que cette communication ne poursuivait aucune finalité lucrative¹¹⁹⁴. Bien que cet arrêt ait été vivement critiqué en doctrine¹¹⁹⁵, il semble que l'intention lucrative ne doit pas être plus qu'un indice complémentaire dans le cadre de la mise en œuvre du droit de représentation¹¹⁹⁶ : en effet, en conservant la référence à la notion d'exploitation, ce qui est recherché est la protection du titulaire du droit contre les exploitations tierces qui lui causeraient du tort, qui lui feraient injustement concurrence. La référence à l'intention lucrative, sans être érigée en véritable critère de définition du droit de communication au public, a, malgré tout, un intérêt à être conservée en tant qu'indice. *A fortiori*, l'exploitation pouvant être aussi bien gratuite qu'onéreuse¹¹⁹⁷, la recherche d'une intention lucrative montre rapidement sa limite et ne peut raisonnablement être considérée comme un paramètre idoine du droit de communication au public. Il n'y a donc aucune raison à vouloir substituer la notion d'exploitation à celle d'utilisation en droit d'auteur, aussi bien lorsqu'il s'agit de mettre un mot sur le pouvoir du titulaire du droit d'auteur que sur les actes contre lesquels il doit être protégé¹¹⁹⁸.

330. Les limites de la synonymie entre exploitation, utilisation et usage commercial. –

Comme cela a pu être démontré, il serait tentant de traiter ces termes comme des synonymes – la protection consistant de surcroît, en un monopole d'*exploitation*, – voire d'ériger la notion d'exploitation comme une notion « *parapluie* » qui viendrait abriter les notions d'utilisation et

¹¹⁹³ CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *SCF c. Marco Del Corso*, déc. préc. : P. Sirinelli, obs. ss. déc. préc., « Chronique de jurisprudence – Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RIDA* n° 232, avr. 2012, p. 417 et s. ; C. Caron, note ss. déc. préc., « Le dentiste et l'hôtelier confrontés à la rémunération équitable », *Comm. com. élec.* n° 5, mai 2012, comm. 48 ; F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Droits voisins. Communication au public. Cabinet dentaire. Rémunération équitable », *RTD com.* 2012. 325 ; E. Treppoz, obs. ss. déc. préc., « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – Le juge européen et les normes internationales en matière de droit d'auteur », *RTD eur.* 2012. 964.

¹¹⁹⁴ CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *SCF c. Marco Del Corso*, déc. préc., pts. 97-98.

¹¹⁹⁵ V. notamment F. Pollaud-Dulian, « Droits voisins. Communication au public. Cabinet dentaire. Rémunération équitable », note préc.

¹¹⁹⁶ Cela a été suggéré par A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 317.

¹¹⁹⁷ S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », art. préc., p. 268 ; C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, Larcier, 2011, n° 17 ; A. Robin, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation (CPI, art. L. 122-1 à L. 122-9) », fasc. préc., n° 22, qui considère que le terme « *utilisation* » est préférable pour désigner l'exploitation gratuite.

¹¹⁹⁸ Dans ce second temps, il apparaît même que vouloir dénoncer des actes d'utilisation présente un degré de gravité moindre que si l'on parlait d'actes d'exploitation (comme a pu le faire l'entreprise Google), ce qui tendrait alors à faire infléchir le droit exclusif, v. en ce sens *ibid.*, n° 25.

d'usage commercial qui lui sont proches, puisqu'il peut résulter de l'usage commercial ou de l'utilisation une exploitation.

Cependant, quelques différences sont à faire sur le plan juridique : en droit des biens, alors que l'exploitation est le fait du propriétaire, l'usage commercial comme l'utilisation peuvent être le fait du propriétaire mais aussi du non-propriétaire¹¹⁹⁹. Ce raisonnement peut tout à fait être transposé *mutatis mutandis* au droit de la propriété intellectuelle : alors que l'exploitation est le fait du titulaire de la protection, laquelle confère un droit exclusif d'exploitation, l'usage commercial ou l'utilisation peuvent être le fait tant du titulaire que du tiers ; le recours à ces termes par le Code de la propriété intellectuelle le prouve¹²⁰⁰. Une nuance supplémentaire peut être apportée : l'usage commercial, comme le qualificatif l'indique, a une connotation qui implique que la personne qui opère un tel usage le fait pour en retirer un avantage économique, alors que l'utilisation n'a pas ou a moins cette connotation économique¹²⁰¹, de telle sorte que même si l'idée sous-jacente à l'utilisation est également la recherche d'un profit¹²⁰², ce « *profit* » recherché peut avoir une connotation davantage intellectuelle, voire morale¹²⁰³.

L'appréhension de la notion d'exploitation, que ce soit au travers de critères ou de notions voisines, bien que source de clarification, n'est pas suffisante pour comprendre la manière dont elle se déploie dans l'ensemble de la propriété intellectuelle. L'approfondissement de son analyse doit passer par le caractère obligatoire qu'elle peut revêtir.

§2. Une obligation d'exploitation

331. Les fondements de l'obligation d'exploitation. – Le droit exclusif octroyé par les propriétés intellectuelles, parce qu'il instaure une distorsion de concurrence entre le titulaire de la protection et ses concurrents, implique, en contrepartie, que son titulaire exploite effectivement l'objet de propriété intellectuelle protégé. L'ensemble des droits de propriété intellectuelle est touché par une telle obligation d'exploitation, étant donné que les objets qu'ils protègent font partie intégrante des biens dits « *dynamiques* »¹²⁰⁴. La constitution ou le maintien de la mise en valeur de ces biens suppose en effet un comportement actif de la part du titulaire ou du tiers à qui est confiée l'exploitation. La mise en valeur du bien est alors rendue possible grâce à un comportement proactif, dynamique de la personne qui l'exploite¹²⁰⁵.

Mais cette obligation n'a pas comme seul but la valorisation du bien sur lequel elle porte ; comme cela a été suggéré, elle consiste aussi en une contrepartie de l'octroi du droit exclusif afin de « *réactiver*

¹¹⁹⁹ M. Tirel, « La notion d'usage commercial en droit privé », in *L'usage commercial des biens intellectuels*, *op. cit.*, p. 19 et s., spéc. pp. 21-22.

¹²⁰⁰ A. Robin, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation (CPI, art. L. 122-1 à L. 122-9) », fasc. préc., n° 22.

¹²⁰¹ C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, *op. cit.*, n° 13.

¹²⁰² *Ibid.*, n° 17.

¹²⁰³ V. *supra* n° 328 et s.

¹²⁰⁴ Ch. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », art. préc., n° 9.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, nos 4-5.

le jeu du marché, affecté par la reconnaissance de cette exclusivité d'exploitation»¹²⁰⁶. Cette obligation d'exploitation trouve également sa raison d'être en fonction du droit de propriété intellectuelle au sein duquel elle prend racine : en droit des brevets par exemple, c'est l'intérêt général qui justifie la mise en place d'une obligation d'exploitation, en évitant que l'invention non exploitée ne permette pas de contribuer au progrès économique et social¹²⁰⁷ ; l'obligation d'exploitation propre au droit des marques permet d'éviter qu'un signe, alors extirpé du fonds commun, ne soit pas utilisé par son titulaire tout en restant hors de la portée des autres concurrents ; en droit d'auteur, l'obligation d'exploitation portant sur l'ayant cause de l'auteur vise la protection de l'auteur, alors partie faible dans la relation d'affaires et qui ne pourrait raisonnablement imposer une telle obligation sans le concours d'une force « supérieure », en l'occurrence de la force légale.

332. Les illustrations de l'obligation d'exploitation. – En propriété intellectuelle, l'obligation d'exploitation est principalement d'origine légale (parfois d'origine jurisprudentielle) et est directe ou indirecte : elle est directe lorsqu'elle vise le titulaire lui-même, elle est indirecte lorsqu'elle vise la personne à qui l'on confie l'exploitation de l'objet par la voie contractuelle – dans ce cas il s'agira, le plus souvent, du cessionnaire ou du licencié.

333. L'obligation d'exploitation à la charge du titulaire primaire en droit des marques et en droit des brevets. – Le titulaire de la protection peut être soumis à une obligation d'exploitation. Sont concernés par cette obligation le titulaire d'un droit de marque et le titulaire d'un brevet ; le droit des dessins et modèles ne prévoit pas une telle obligation pour son titulaire¹²⁰⁸. Le titulaire d'un droit de marque qui ne fait pas un usage sérieux de sa marque pendant cinq ans peut encourir la déchéance de sa marque, à moins que celui-ci puisse faire état d'un juste motif¹²⁰⁹. L'obligation d'exploitation est même « finalisée » en droit des marques car, pendant l'exploitation du signe, le titulaire doit s'assurer que la distinctivité du signe ne dégénère pas, et qu'il ne devienne pas déceptif¹²¹⁰. Il doit donc faire preuve de vigilance pour éviter de perdre le droit de marque sur son signe. Le titulaire d'un droit de brevet qui n'exploite pas celui-ci se verra contraint de concéder une licence à celui qui en fera la demande, sous réserve de respecter les conditions spécifiques de l'article

¹²⁰⁶ *Ibid.*, n° 22.

¹²⁰⁷ J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 341.

¹²⁰⁸ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1186 ; Ch. de Haas, « La propriété intellectuelle doublement en question », *Propri. Intell.* n° 90, janv. 2024, p. 30. L'auteur préconise de mettre en place une obligation d'exploitation en droit des dessins et modèles.

¹²⁰⁹ CPI, art. L. 714-5, al. 1^{er}. La forclusion par tolérance n'est pas véritablement une sanction du non-respect de l'obligation d'exploitation. Lorsque le titulaire d'une marque antérieure tolère l'usage d'une marque postérieure fait par un tiers, la forclusion n'entraîne pas une perte du droit de marque mais une limitation à la capacité pour le titulaire de la marque antérieure à opposer son titre au tiers. Les effets de la forclusion confirment cette limitation : le droit de marque antérieur en ressort affaibli, uniquement vis-à-vis du signe dont l'usage est toléré. Et réciproquement, le titulaire de la marque postérieure dont l'usage est toléré ne peut opposer son titre au titulaire de la marque antérieure. Les deux marques coexistent et ne peuvent être opposées qu'aux tiers opérateurs. V. en ce sens E. Le Bihan, T. Delory, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Perte de droit à agir : forclusion par tolérance », Fasc. 7405-3, LexisNexis, 23 nov. 2020, ma j. 19 sept. 2024, n° 1 et n° 38.

¹²¹⁰ CPI, art. L. 714-6.

L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle ; l'on peut donc en déduire une obligation d'exploitation pesant sur ce titulaire, même si elle n'est pas expressément énoncée par la lettre du texte¹²¹¹.

334. L'obligation d'exploitation à la charge de l'exploitant. – En droit d'auteur, l'auteur n'est pas concerné par une obligation d'exploitation semblable, en raison des prérogatives morales dont il dispose, et notamment du droit de divulgation. En effet, en vertu de ce droit qu'il peut exercer de manière tout à fait discrétionnaire, un auteur n'a, en soi, aucune obligation de divulguer son œuvre et, subséquemment, aucune obligation de se livrer à l'exploitation de son œuvre¹²¹². L'ayant cause de l'auteur, qui désigne l'autre partie de la relation d'affaires, est, en revanche, visé par une obligation d'exploitation. Auparavant, le droit d'auteur prévoyait une obligation d'exploitation uniquement dans le cadre du contrat d'édition en vertu de l'article L. 132-12, du contrat de production audiovisuelle, conformément l'article L. 132-27 et à l'égard du producteur de phonogramme par une lecture *a contrario* de l'article L. 212-3-3, I, du Code de la propriété intellectuelle. Mais la directive DAMUN de 2019 a généralisé cette obligation à l'ensemble des contrats de droit d'auteur, excepté pour les contrats portant sur les logiciels¹²¹³, une obligation consacrée à l'article L. 131-5-2 du Code de la propriété intellectuelle¹²¹⁴. Pour les contrats de droit d'auteur, la sanction du non-respect de cette obligation par son débiteur consiste en la possibilité pour le créancier – l'auteur – d'invoquer une résiliation de plein droit du contrat par lequel il est lié¹²¹⁵. Pour le cas de l'artiste-interprète ayant conclu un contrat avec un producteur de phonogrammes, l'obligation d'exploitation pesant sur ce dernier conditionne le bénéfice de l'extension de la protection qui, en matière musicale, est passée de 50 ans à 70 ans. En l'absence d'exploitation, l'artiste-interprète peut résilier le contrat qui le lie au producteur¹²¹⁶.

Outre le droit d'auteur, les autres contrats de droits de propriété intellectuelle impliquent également une obligation d'exploitation. En effet, si le contrat en question est une cession de droit de propriété intellectuelle, une obligation d'exploitation se déduira de ce contrat si celui-ci est exclusif et s'il s'accompagne d'une rémunération proportionnelle¹²¹⁷ ; si le contrat est une licence, très souvent,

¹²¹¹ Ch. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », art. préc., n° 16.

¹²¹² Sur cette relation entre droit de divulgation et exploitation de l'œuvre, v. *supra* n° 220.

¹²¹³ Dir. (UE) 2019/790, préc., art. 23.

¹²¹⁴ Cette disposition a été créée par l'ord. n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, préc.

¹²¹⁵ CPI, art. L. 131-5-2, I° ; *adde.* J. Lapousterle, « Le droit contractuel d'auteur issu de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », in *Mél. P. Sirinelli, op. cit.*, p. 432 et s.

¹²¹⁶ Dir. 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 sept. 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOUE n° L 265/1 du 11 oct. 2011, transposée par la loi n° 2015-195 du 20 fév. 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel, JORF n° 0045 du 22 fév. 2015.

¹²¹⁷ J. Lapousterle, « Le droit contractuel d'auteur issu de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique » art. préc., p. 431 pour la cession exclusive en droit d'auteur ; L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 38 pour la cession exclusive en droit des brevets.

L'obligation d'exploitation sera retenue, peu important son caractère exclusif ou non et l'éventuelle rémunération proportionnelle qui l'accompagne. Un doute subsiste toutefois pour la licence de marque. Elle s'accompagne, en principe, d'une obligation d'exploitation à l'égard du licencié si elle est exclusive et/ou si la rémunération est proportionnelle. Si elle est non-exclusive et/ou qu'elle ne s'accompagne pas d'une rémunération proportionnelle, la jurisprudence peut être plus fluctuante mais la doctrine s'accorde à dire qu'une obligation d'exploitation pèse également¹²¹⁸. Ce qui compte est que l'inaction du licencié n'entraîne pas une déchéance du droit de marque pour défaut d'usage sérieux du signe. Il doit donc exploiter la marque et le titulaire concédant doit y veiller. Il doit également veiller à ce que le licencié exploite le signe au regard de la forme couverte par l'enregistrement afin de ne pas altérer le caractère distinctif du signe enregistré¹²¹⁹.

335. Les qualités de l'obligation d'exploitation. – La teneur de l'obligation d'exploitation varie selon les droits de propriété intellectuelle. En droit d'auteur, même si elle a été harmonisée par la directive DAMUN, elle conserve certaines spécificités qui sont fonctions de son destinataire.

L'obligation d'exploitation pesant sur l'éditeur doit être permanente et suivie¹²²⁰. Le caractère permanent de l'exploitation est constaté lorsqu'elle s'inscrit dans la durée, sans discontinuer, faisant du contrat d'édition un contrat à exécution successive¹²²¹. Concrètement, l'éditeur doit assurer la diffusion des exemplaires de l'œuvre et sa promotion¹²²². Pour attester de son exécution, l'éditeur est soumis, en vertu de l'article L. 132-13 du Code de la propriété intellectuelle, à une obligation de reddition, c'est-à-dire une obligation de rendre compte à l'auteur, qui consiste en la production d'un état portant des informations sur le nombre de tirages réalisés, sur les exemplaires restant en stock, etc. Cette obligation a été intensifiée par la directive DAMUN qui, en son article 19, a généralisé l'obligation de transparence à l'ensemble des contrats d'auteur. Si cette obligation de reddition n'est pas respectée, elle peut être sanctionnée soit par la résiliation du contrat d'édition¹²²³, soit par l'octroi de dommages-intérêts à l'auteur¹²²⁴. Selon l'article L. 132-27 du Code de la propriété intellectuelle, l'exploitant de l'œuvre audiovisuelle est aussi soumis à une obligation d'exploitation mais, au contraire de l'éditeur, des doutes subsistaient sur la teneur

¹²¹⁸E. Tardieu-Guigues, C. Le Goffic, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Exploitation du droit de marque : l'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle », Fasc. 7400, LexisNexis, 8 fév. 2022, maj. 1^{er} déc. 2023, n° 112 ; *contra*. A. Boisson, *La licence de droit d'auteur*, LexisNexis, 2013, respectivement n° 700 et n° 706 et s. : l'auteur relève que l'obligation n'est pas caractérisée en présence d'une licence de marque non-exclusive, et à propos de la licence de droit d'auteur aucune obligation d'exploitation ne semble pouvoir être déduite.

¹²¹⁹ CPI, art. L. 714-1, al. 4 ; A. Folliard-Monguiral, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Licence de marque. – Conseils pratiques », Fasc. 7403, LexisNexis, 19 juil. 2023, maj. 1^{er} déc. 2023, n° 39.

¹²²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1971, n° 70-10.900 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n° 91-12.198.

¹²²¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 856 ; A. Lucas, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition (CPI, art. L. 132-1 à L. 132-17-8) », Fasc. 1320, LexisNexis, 13 juin 2022, maj. 15 sept. 2024, n° 63.

¹²²² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, nos 857-858.

¹²²³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, déc. préc.

¹²²⁴ CA Paris, 4^e ch., sect. B, 29 fév. 1989, n° 86/008703 ; A. Lucas, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition (CPI, art. L. 132-1 à L. 132-17-8) », fasc. préc., n° 82.

de son obligation. N'étant ni permanente ni suivie, elle était considérée comme une obligation de moyens¹²²⁵ ; d'autres y voyaient une obligation de résultat car « le producteur devait effectuer toutes les démarches utiles pour parvenir à la réalisation de l'œuvre cinématographique, le défaut total d'exploitation engageant sa responsabilité » sauf cas particuliers¹²²⁶. Depuis la loi « liberté de création » de 2016, le producteur est désormais « tenu de rechercher une exploitation suivie de l'œuvre audiovisuelle, conforme aux usages de la profession » au regard de la nouvelle rédaction de l'article L. 132-27 précité. Même si l'exploitation devant être « suivie » semble être aujourd'hui renforcée, le producteur est uniquement tenu de la « rechercher » alors qu'il était auparavant « tenu de l'assurer »¹²²⁷. La qualification d'obligation de moyens semble devoir s'imposer¹²²⁸, d'autant qu'elle a été retenue par l'accord professionnel du 3 octobre 2016¹²²⁹. L'obligation d'exploitation issue de la directive DAMUN s'imposant à l'ensemble des exploitants est dotée d'une portée quelque peu incertaine. Si elle a l'avantage de s'imposer quel que soit le mode de rémunération choisi – proportionnel ou forfaitaire –, les conditions de mise en œuvre de sa sanction, la résiliation de plein droit du contrat, sont plus restrictives en droit interne que dans le libellé de la directive. Son article 22.1 prévoit que l'auteur ou l'artiste-interprète peut, non pas résilier, mais « révoquer en tout ou partie, la licence ou le transfert de droits en cas de non-exploitation » de l'œuvre ou tout autre objet protégé, alors que l'article L. 131-5-2, I, du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'auteur « peut, en l'absence de toute exploitation de son œuvre, résilier de plein droit la transmission de tout ou partie de ces droits ». En adoptant une telle rédaction, il y a un « risque de stériliser le dispositif, en multipliant les possibilités de contournement offertes à l'ayant cause qui se contenterait d'arguer d'une poussière d'exploitation »¹²³⁰. Pour contenir ce risque, il est proposé de s'inspirer de l'obligation d'exploitation permanente et suivie existant en matière de contrat d'édition¹²³¹.

Au sein des autres droits de propriété intellectuelle, sa teneur peut varier selon qu'elle s'applique à un cessionnaire de droit ou à un concessionnaire de droit. La cession de droit de brevet s'accompagne d'une obligation d'exploitation lorsque le prix consiste en une redevance d'exploitation. Il s'agit d'éviter, en vertu du principe de bonne foi, que le cessionnaire puisse se réserver la possibilité de ne pas payer le prix sous le prétexte de son inaction¹²³². Le principe de

¹²²⁵ P. Kamina, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur. – Exploitation des droits. Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de production audiovisuelle (CPI, art. L. 132-23 à L. 132-30) », Fasc. 1340, LexisNexis, 1^{er} juin 2023, n° 84.

¹²²⁶ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 946, citant la quatrième édition de leur ouvrage, n° 801.

¹²²⁷ CPI, anc. art. L. 132-27.

¹²²⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 946 ; *contra*. F. Pollaud-Dulian, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi “liberté de la création, architecture et patrimoine” », *RTD com.* 2016. 481.

¹²²⁹ V. arrêté du 7 oct. 2016 pris en application de l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 3 oct. 2016 sur l'obligation de recherche d'exploitation suivie relative aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles, *JORF* n° 0245 du 20 oct. 2016.

¹²³⁰ J. Lapousterle, « La révocation des contrats d'auteurs et d'artistes-interprètes », *Propr. Intell.* n° 80, juil. 2021, p. 37.

¹²³¹ A. Lucas, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions générales (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9) », Fasc. 1310, LexisNexis, 31 mars 2022, m.à.j. 15 sept. 2024, n° 83.

¹²³² O. Lestrade, C. Meyrueis, *J.-Cl. Brevets*, « Cession de brevet », Fasc. 4730, LexisNexis, 1^{er} août 2012, m.à.j. 13 sept. 2024, n° 107.

cette obligation, qui est une obligation de moyens, est acquies en jurisprudence¹²³³. Cette obligation est assortie de l'obligation de payer les annuités pour maintenir le brevet en vigueur¹²³⁴. Pour la licence de droit de brevet, l'obligation d'exploitation doit être effective et sérieuse, que la licence soit exclusive ou non exclusive ; son application doit être particulièrement rigoureuse dans le cas de la licence exclusive¹²³⁵. Par ailleurs, le contrat de licence étant conclu *intuitu personae*, seul le licencié doit exploiter personnellement l'invention brevetée, il ne peut la confier à un sous-licencié¹²³⁶. La sanction de cette obligation peut entraîner la résiliation du contrat de licence aux torts du licencié¹²³⁷. Une inconnue de taille subsiste quant à l'exploitant cessionnaire ou licencié d'un droit de dessin ou modèle : est-il soumis à une obligation d'exploitation similaire ? La loi ne fournit aucune réponse, celle-ci étant silencieuse sur les contrats d'exploitation portant sur des dessins ou modèles. Pour répondre à la question posée, il convient donc de se demander si les règles propres aux contrats de droit d'auteur peuvent s'appliquer, par analogie, aux contrats de droits de dessins ou modèles.

336. L'obligation d'exploitation des contrats de droits de dessins et modèles. – Le droit des dessins et modèles, au contraire des autres droits de propriété intellectuelle, n'intègre pas une telle obligation d'exploitation, ni à l'égard de son titulaire, ni à l'égard du bénéficiaire d'une cession ou d'une licence. Cependant, il est loisible de se demander si, à ce propos, le droit des dessins et modèles peut s'inspirer du droit d'auteur, compte tenu des relations existantes entre ces deux régimes en vertu du cumul de protections. Il a déjà été relevé que le cumul de protections ne peut aboutir à une confusion des régimes¹²³⁸. En ce sens, la directive de 2001 sur les dessins et modèles a marqué un éloignement certain vis-à-vis du droit d'auteur et la jurisprudence, qu'elle soit interne ou européenne, suit la direction montrée par la directive. Le juge français a pris acte de la fin de ce cumul absolu¹²³⁹ et le juge de l'Union a affirmé que ces deux protections « *suivent des objectifs foncièrement différents et sont soumises à des régimes distincts* »¹²⁴⁰. Le nouveau droit des dessins et modèles porté par le paquet « *dessins et modèles* » adopté en 2024 n'est pas plus loquace sur les règles applicables aux contrats de droits de dessins ou modèle et, *a fortiori*, sur un éventuel transport des règles contractuelles de droit d'auteur. Le constat peut être renforcé par un raisonnement *a contrario*

¹²³³ Cass. com., 18 fév. 2004, n° 02-17.421.

¹²³⁴ O. Lestrade, C. Meyrueis, *J.-Cl. Brevets*, « Cession de brevet », fasc. préc., n° 108.

¹²³⁵ J.-J. Burst, Y. Basire, *J.-Cl. Brevets*, « Licence de brevets. – Effets du contrat de licence. – Fin du contrat de licence », Fasc. 4741, LexisNexis, 2 juil. 2013, maj. 6 juin 2024, n° 72 ; *adde.* « *le licencié voit peser sur lui, même en l'absence de toute stipulation expresse, une très lourde obligation d'exploitation, effective et sérieuse – et non point seulement apparente* », M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 25 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1266.

¹²³⁶ J.-J. Burst, Y. Basire, *J.-Cl. Brevets*, « Licence de brevets. – Effets du contrat de licence. – Fin du contrat de licence », fasc. préc., n° 87.

¹²³⁷ TGI Paris, 12 juil. 1975 : *PIBD* 1976, n° 170, III, p. 230.

¹²³⁸ V. *supra* n°s 228-229.

¹²³⁹ Cass. com., 29 mars 2017, *Impex c. Hervé et Philippe X Distribution*, n° 15-10.885 : A.-E. Kahn, obs. ss. déc. préc., « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2017, chron. 10 ; N. Binctin, obs. ss. déc. préc., « Droit de la propriété industrielle », *JCP E* n° 48, nov. 2017, 1652.

¹²⁴⁰ CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, déc. préc., pt. 40.

à propos des règles en matière de publicité. Malgré le cumul de protections, l'exigence de publicité du contrat d'exploitation de droit d'auteur n'est pas requise, conformément à l'absence de formalité de dépôt en droit d'auteur – au contraire du contrat d'exploitation de droit de dessin ou modèle. L'absence de publicité de ce contrat n'empêche pas l'auteur cédant d'opposer cette qualité aux tiers, et au cessionnaire d'opposer sa qualité de – nouveau – titulaire des droits qui lui ont été cédés ou concédés. Par ailleurs, au niveau européen, il semble que le droit contractuel du droit d'auteur se dirige vers la propriété industrielle, étant donné que la directive DAMUN a expressément recours aux notions de cession et de licence, comme en propriété industrielle¹²⁴¹. Dès lors, la seule hypothèse dans laquelle un contrat de droit de dessin ou modèle peut être soumis aux exigences formalistes du droit d'auteur est l'hypothèse du cumul de protections qui n'est plus absolu. L'obligation d'exploitation, qu'elle concerne le titulaire du droit et/ou son cocontractant, ne doit pas être perçue comme une charge grevant le monopole légal car elle n'entache pas l'exclusivisme du droit. Elle permet de garantir au titulaire la valorisation économique de l'objet protégé, à l'instar de l'épuisement du droit.

§3. Une exclusivité bornée par l'épuisement des droits

337. L'appréhension de la notion d'épuisement en propriété intellectuelle. – Certaines prérogatives composant le droit patrimonial de la propriété intellectuelle s'épuisent. L'épuisement, à l'image d'un pistolet à un coup, signifie que la prérogative qui y est sujet ne pourra être exercée qu'une seule fois ; dès lors qu'elle aura été « actionnée », son titulaire n'en aura plus la maîtrise exclusive.

338. L'origine de la théorie de l'épuisement des droits. – La règle de l'épuisement a été puisée dans la doctrine allemande à partir des travaux du juriste Kohler. À l'origine, l'épuisement est un moyen de concilier le droit de propriété intellectuelle de l'auteur et le droit de propriété du propriétaire du support de l'œuvre. Après avoir été reprise et consacrée en droit européen, la règle de l'épuisement est surtout justifiée par la libre circulation des marchandises¹²⁴². Le droit anglo-américain du droit d'auteur connaît un principe similaire à travers la « first sale doctrine ».

339. La consécration en droit de l'Union de la règle d'épuisement en propriété intellectuelle. – En droit de l'Union, la règle de l'épuisement a reçu une consécration prétorienne¹²⁴³ et a pu être interprétée comme étant la traduction de l'arrêt *Cassis de Dijon* dans le

¹²⁴¹ En droit français, l'ordonnance de 2021 ne reprend toutefois pas ces termes.

¹²⁴² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 274.

¹²⁴³ CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, aff. C-15/74 pour le droit des marques ; CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, aff. C-16/74 pour le droit des brevets ; CJCE, 20 fév. 1975, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-12/74 pour les indications géographiques ; CJCE, 14 sept. 1982, *Keurkoop BV c. Nancy Kean Gifts BV*, aff. C-144/81 pour le droit des dessins et modèles.

champ des droits de propriété intellectuelle¹²⁴⁴. L'épuisement implique que dès lors qu'un produit grevé d'un droit de propriété intellectuelle a été mis en circulation sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'EEE avec le consentement du titulaire, il doit pouvoir circuler sans entraves dans l'ensemble de ce territoire. Le législateur communautaire n'a pas tardé à consacrer ce principe au sein des textes européens. Outre ses manifestations au sein des différents droits de propriété industrielle¹²⁴⁵, la règle a acquis une portée transversale¹²⁴⁶ en droit d'auteur lors de l'adoption de la directive « *société de l'information* »¹²⁴⁷. Elle est, désormais, majoritairement transposée dans le Code de la propriété intellectuelle, à l'aune de chaque droit de propriété intellectuelle¹²⁴⁸. Néanmoins, il subsiste un écueil à propos du droit sur les topographies de semi-conducteurs qui ne comporte aucune disposition sur la règle d'épuisement. En effet, si la directive 87/54 portant sur les topographies¹²⁴⁹ prévoit bien l'épuisement en son article 5.5, cet article n'a pas été transposé en droit français¹²⁵⁰. Toutefois, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union et de l'effet direct des directives qui n'ont pas été transposées à échéance, ce sera « *au juge national de pallier la lacune en contemplation de la règle communautaire* »¹²⁵¹, ce qui avait déjà été fait pour les certificats d'obtentions végétales avant que la règle ne soit consacrée expressément¹²⁵². Cet écueil n'empêche donc pas de reconnaître à la règle d'épuisement son caractère éminemment transversal et, partant, commun à l'ensemble des propriétés intellectuelles ; sa reconnaissance et sa consécration en tant que principe permettrait même de pallier cette lacune¹²⁵³. Cela étant, il convient de remarquer que si la mise en œuvre de la règle obéit à des conditions qui sont, pour l'essentiel, libellées de la même façon (A), en revanche le domaine d'application diffère (B).

¹²⁴⁴ CJCE, 16 déc. 1976, *Reve-Zentralfinanz eG et Reve-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76 ; M. Vivant, « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », in *GAPI, op. cit.*, n° 17.

¹²⁴⁵ Dir. 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 oct. 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, art. 15 ; règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juil. 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, JOCE n° L 227 du 1^{er} sept. 1994, art. 16 ; dir. 87/54/CEE, préc., art. 5.5 ; dir. (UE) 2015/2436, préc., art. 15 ; règlement (UE) 1257/2012, préc., art. 6.

¹²⁴⁶ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *Légicom* n° 25, fév. 2001, p. 121.

¹²⁴⁷ Dir. 2001/29/CE, préc., art. 4. La règle avait été, au départ, consacrée de manière éparse par des textes spécifiques : dir. 91/250/CEE, préc., art. 4, c) ; dir. 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, JOCE n° L 346 du 27 nov. 1992, art. 9.2 ; dir. 96/9/CE, préc., art. 5, c).

¹²⁴⁸ CPI, art. L. 122-3-1, L. 122-6, 3°, L. 211-6, L. 342-4 (pour la partie propriété littéraire et artistique), L. 513-8, L. 613-6, L. 623-4-1 II, L. 713-4 (pour la partie propriété industrielle).

¹²⁴⁹ Dir. 87/54/CEE, préc.

¹²⁵⁰ Ce silence émane du Code de la propriété intellectuelle comme le relève V. Varnerot, « La densification normative par concentration de la propriété intellectuelle. L'exemple de l'épuisement du droit », in *Le Code de la propriété intellectuelle en 10 articles*, A. Favreau (dir.), Dalloz, 2021, p. 218.

¹²⁵¹ *Loc. cit.*

¹²⁵² V. en ce sens CA Rennes, 1^{ère} ch., 10 janv. 2012, n° 10/08120 : N. Bouche, note ss. déc. préc., « L'héritage de Rosine », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2012, comm. 42.

¹²⁵³ V. Varnerot, « La densification normative par concentration de la propriété intellectuelle. L'exemple de l'épuisement du droit », art. préc., p. 218.

A. La mise en œuvre commune de la règle d'épuisement

340. Des conditions d'application communes. – À la lecture des différentes dispositions consacrées à l'épuisement, ressortent en filigrane les mêmes conditions d'application. Ainsi, la règle d'épuisement s'applique dès lors que *l'objet physique* grevé du droit de propriété intellectuelle, a été *mis en circulation pour la première fois sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne ou de l'EEE, par le titulaire de la protection ou avec son consentement*¹²⁵⁴. Si toutes ces conditions sont remplies, le titulaire ne pourra plus s'opposer aux actes successifs participant à la (libre) circulation desdits objets sur le territoire des autres États membres de l'Union européenne ou de l'EEE.

341. La condition du consentement à la mise en circulation. – S'agissant de la condition tenant au consentement, celle-ci n'a subi aucun tempérament et est toujours exigée de manière non-équivoque en ce que ce consentement « *doit être clair ou résulter de façon certaine des circonstances* »¹²⁵⁵. La Cour de justice, dans son arrêt *Davidoff*, a affirmé que même si le consentement peut être implicitement déduit des circonstances tenant à la mise en circulation, il ne peut en revanche résulter du silence du titulaire de la protection¹²⁵⁶ ; *a fortiori*, le titulaire d'un droit de brevet auquel est imposé une licence obligatoire doit expressément consentir à la mise en circulation de l'invention brevetée opérée par le licencié¹²⁵⁷. L'exigence de consentement est telle qu'elle semble avoir « *une portée d'ordre public international* »¹²⁵⁸. Cela étant, il est des cas où la preuve de ce consentement peut être aménagée au bénéfice du défendeur à l'action en contrefaçon. Si l'arrêt *Davidoff* précité fait peser la charge de la preuve du consentement du titulaire du droit de marque à la première mise en circulation sur le défendeur, une série d'arrêts postérieurs ont aménagé cette charge de la preuve en présence d'un risque de cloisonnement des marchés nationaux empêchant le jeu de la libre circulation des marchandises au sein de l'EEE. Ce risque peut émaner de la mise en place d'un réseau de distribution sélective ou exclusive par le titulaire de la marque, mais pas seulement et exclusivement¹²⁵⁹. Face à ce risque, la Cour de justice, dans l'arrêt *Van Doren* de 2003¹²⁶⁰, tout en énonçant qu'il incombe en principe au défendeur invoquant l'épuisement du droit de prouver que les conditions de l'épuisement sont établies, nuance sa solution en énonçant que si

¹²⁵⁴ Nous soulignons.

¹²⁵⁵ J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 687.

¹²⁵⁶ CJCE, 20 nov. 2001, *Davidoff*, aff. jtes C- 414/99, C-415/99 et C-416/99 : V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 126 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 687.

¹²⁵⁷ CJCE, 9 juil. 1985, *Pharmon BV c. Hoechst AG*, aff. 19/84 : M. Vivant, « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », art. préc., n° 13 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 687.

¹²⁵⁸ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 126.

¹²⁵⁹ CA Paris, 17 déc. 2010, *YSLP*, n° 08/23955 : la seule existence d'un réseau de distribution ne permet pas de faire présumer l'existence d'un risque de cloisonnement, et la seule constatation supposée de prix différents pratiqués par les distributeurs agréés est insuffisante à révéler par elle-même l'existence d'un risque de cloisonnement.

¹²⁶⁰ CJCE, 8 avr. 2003, *Van Doren*, aff. C-244/00.

le défendeur parvient à prouver le risque de cloisonnement des marchés nationaux, le titulaire devra alors établir qu'il a consenti à ce que les produits aient été mis initialement dans le commerce hors de l'EEE pour échapper à l'épuisement. Dans ce cas, le défendeur devra ensuite prouver que ces mêmes produits ont été importés dans cet Espace par ou avec le consentement du titulaire de la marque, de sorte que l'on retombe sur la solution de la décision *Davidoff*. La solution, réaffirmée par les arrêts *Harman* de 2022¹²⁶¹ et *Hewlett Packard* de 2024, est constante¹²⁶².

342. La condition du territoire de la mise en circulation. – S'agissant de la condition tenant au territoire, elle signifie que l'épuisement ne s'applique qu'au niveau communautaire, c'est-à-dire au niveau du territoire de l'Union européenne (ou de l'EEE) : le droit du titulaire n'est épuisé qu'au sein de ce territoire. À l'instar de la condition tenant au consentement, l'épuisement n'a pas de portée internationale, même si certains indices ont pu, à une certaine période, faire penser le contraire. En effet, à l'occasion de l'adoption de la loi de 2011 relative aux certificats d'obtention végétale¹²⁶³, a été créé un nouvel article L. 623-4-1, II, au sein du Code de la propriété intellectuelle qui n'a pas repris la condition d'un épuisement communautaire. Cependant, une consécration implicite de l'épuisement international ne peut raisonnablement être déduite de la lacune de la loi nationale, le règlement 2100/94, qui institue la protection des obtentions végétales¹²⁶⁴, prévoyant en son article 16 le principe d'un épuisement communautaire. Dès lors, en l'absence d'une quelconque distorsion entre le traitement réservé aux obtentions végétales et celui réservé aux autres objets de propriété intellectuelle, la portée territoriale de l'épuisement demeure communautaire¹²⁶⁵.

343. La condition de mise en circulation. – La condition de mise en circulation mérite quelques précisions. En premier lieu, il convient de relever que, du point de vue terminologique, les différentes dispositions du Code de la propriété intellectuelle ne nomment pas cette exigence de la même manière. L'on parle en effet de première vente¹²⁶⁶, de commercialisation¹²⁶⁷, parfois des deux¹²⁶⁸, de mise sur le marché¹²⁶⁹ et de mise dans le commerce¹²⁷⁰. L'apparente diversité de ces

¹²⁶¹ CJUE, 5^e ch., 17 nov. 2022, *Harman International Industries Inc. c. AB S.A.*, aff. C-175/21.

¹²⁶² CJUE, 10^e ch., 18 janv. 2024, *Hewlett Packard Development Company LP c. Senetic S.A.*, aff. C-367/21 : A. Folliard-Monguiral, comm. ss. déc. préc., « Arrêt Hewlett Packard : distribution exclusive et preuve de l'épuisement des droits », *Propri. Indust.* n° 4, avr. 2024, comm. 21 ; J. Passa, « Confirmations et précisions sur la charge de la preuve de l'épuisement des droits », *RTD com.* 2024. 260.

¹²⁶³ Loi n° 2011-1843 du 8 déc. 2011 relative aux certificats d'obtention végétale, préc.

¹²⁶⁴ Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juil. 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, préc.

¹²⁶⁵ La propriété industrielle s'est inspirée du droit d'auteur, v. en ce sens V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 125, parlant d'un emprunt au régime du droit d'auteur.

¹²⁶⁶ CPI, art. L. 122-3-1, L. 122-6, 3^o, et L. 342-4.

¹²⁶⁷ CPI, art. L. 513-8.

¹²⁶⁸ CPI, art. L. 623-4-1, II, visant le matériel de la variété végétale ou le matériel dérivé de celui-ci « *vendu ou commercialisé* ».

¹²⁶⁹ CPI, art. L. 613-4 ; dir. 87/54/CEE, préc., art. 5.5.

¹²⁷⁰ CPI, art. L. 713-4.

formulations commande de préciser la consistance de cette exigence. Tout d'abord, le droit s'épuise dès la première mise en circulation de l'objet grevé du droit de propriété intellectuelle. Même si les dispositions légales relatives à l'épuisement ne mentionnent pas toutes cette exigence de « première » mise en circulation, celle-ci est transversalement exigée par la jurisprudence, quel que soit le droit de propriété intellectuelle en cause. Ensuite, il convient de se demander ce que recouvre cette notion de mise en circulation et, plus précisément, quels sont les modes d'exploitation qui sont concernés par l'épuisement.

Au regard des dispositions légales, comme cela a été relevé, il est question de vente, de mise sur le marché, de mise dans le commerce, ou encore de commercialisation. Ces formulations visent-elles, en réalité, un même mode d'exploitation ? Du point de vue terminologique, l'on peut relever que, au regard de la jurisprudence de l'Union, ces formulations sont utilisées indistinctement, c'est-à-dire de manière synonymique.

344. Une « vente » comme réalisation de la valeur économique. – Il semble toutefois que la notion de vente constitue la référence essentielle : outre le fait que cette notion soit, elle aussi, utilisée de manière indistincte par rapport aux autres expressions, le juge de l'Union, qui en a fait une notion autonome¹²⁷¹, en retient une interprétation très extensive¹²⁷². L'arrêt *Usedsoft*¹²⁷³, très remarqué, retient une définition extrêmement large de la notion de vente comme étant « une convention par laquelle une personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant ». Elle s'entend, pour le dire autrement, d'un transfert de propriété¹²⁷⁴. Pour autant, cette définition semble, *a priori*, se cantonner au seul contexte de la directive « logiciel » compte tenu des circonstances de cette espèce. Mais c'est sans compter sur l'analyse d'un arrêt antérieur, la décision *Peak Holding* datant de 2004¹²⁷⁵, dans lequel le juge – à l'époque communautaire – avait déjà été conduit à se positionner sur la notion de vente¹²⁷⁶. En ce sens, la vente a été définie comme l'acte « qui permet au titulaire de réaliser la valeur économique » de son objet de propriété intellectuelle, en l'occurrence de sa marque. Et c'est la réalisation de cet acte qui

¹²⁷¹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 524.

¹²⁷² Elle ne peut par ailleurs être lue à la lumière de notre droit civil, v. en ce sens *ibid.*, pp. 524-525, note de bas de page n° 5.

¹²⁷³ CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, déc. préc. : E. Treppoz, obs. ss. déc. préc., « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La difficile adaptation de la théorie de l'épuisement à la dématérialisation », *RTD eur.* 2012. 947 ; Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Le programme d'ordinateur selon la Cour de justice (II) : la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit ! », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2012, comm. 106 ; F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Droit de distribution. Épuisement. Programme d'ordinateur. Copie », *RTD com.* 2012. 542 ; M. Vivant, « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », note préc., p. 134 et s.

¹²⁷⁴ CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, déc. préc., pt. 42 ; *adde.* E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La difficile adaptation de la théorie de l'épuisement à la dématérialisation », note préc.

¹²⁷⁵ CJCE, gde ch., 30 nov. 2004, *Peak Holding AB c. Axolin-Elinor AB*, aff. C-16/03.

¹²⁷⁶ Nous précisons que ce dernier arrêt ne porte pas à proprement parler sur la notion de mise en circulation, mais sur le lieu de première mise en circulation, autrement dit sur la condition tenant au territoire. Même si elle ne doit pas être confondue avec la condition de mise en circulation elle-même, cet arrêt n'est, selon nous, pas dénué d'intérêt dans la compréhension de la notion de vente et, subséquentement, de ce que l'on entend par mise en circulation. C'est pourquoi cet arrêt intègre l'analyse.

va produire l'épuisement du droit¹²⁷⁷. Une lecture conjointe de ces deux arrêts permet de déduire, d'une part, que l'approche extensive de la vente ne semble pas être limitée au seul logiciel et, d'autre part, que le juge de l'Union ne donne pleine application à la règle de l'épuisement que lorsque la mise en circulation a consisté en une vente ou tout autre transfert de propriété¹²⁷⁸. Seul un tel transfert permet au titulaire du droit de propriété intellectuelle de « réaliser la valeur économique » de son objet de propriété intellectuelle, ce qui justifie qu'il perde ensuite le contrôle exclusif des exploitations subséquentes et qu'il n'en garde pas le bénéfice économique.

345. Amplitude de la mise en circulation. – Enfin, il est opportun de se demander si cette première mise en circulation s'apprécie de manière globale ou en fonction des exemplaires effectivement commercialisés. De jurisprudence constante, la première mise en circulation et l'épuisement qui s'ensuit touchent seulement les produits, les exemplaires qui ont été effectivement commercialisés, et non les exemplaires qui ne l'ont pas encore été¹²⁷⁹. La première mise en circulation n'est donc pas appréciée globalement mais à l'aune des exemplaires effectivement commercialisés.

346. La condition tenant aux exemplaires matériels commercialisés. – La règle de l'épuisement ne touche que les exemplaires matériels qui ont été commercialisés. Là encore, les expressions utilisées par la loi sont assez diverses : il est question d'exemplaires matériels¹²⁸⁰, de copie matérielle¹²⁸¹, de produit incorporant¹²⁸² ou couvert¹²⁸³ par la protection privative, de matériel¹²⁸⁴, ou encore de produits marqués par un signe distinctif protégé par un droit de marque¹²⁸⁵ ; mais elles rejoignent toutes cette idée selon laquelle seul l'objet physique, tangible est concerné par l'épuisement.

347. L'exemplaire « dématérialisé » ou la notion d'équivalence fonctionnelle. – Toutefois, une distorsion semble s'être immiscée entre les droits de propriété industrielle et le droit d'auteur depuis qu'a été reconnu l'épuisement du logiciel protégé par un droit d'auteur par l'arrêt *Usedsoft* précité. En considérant que « le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel »¹²⁸⁶, le juge de l'Union a étendu le champ d'application de cette condition, celle-ci ne se concentrant plus sur les seuls exemplaires matériels d'une œuvre de l'esprit. Même si nous

¹²⁷⁷ CJCE, gde ch., 30 nov. 2004, *Peak Holding AB c. Axolin-Elinor AB*, déc. préc., pt. 40.

¹²⁷⁸ C'est ainsi que dans l'arrêt *Usedsoft*, la licence a été requalifiée en vente grâce à son interprétation extensive.

¹²⁷⁹ V. notamment CJCE, 5^e ch., 1^{er} juil. 1999, *Sebago et Maison Dubois*, aff. C-173/98, pt. 20 ; CJCE, gde ch., 30 nov. 2004, *Peak Holding*, déc. préc., pt. 37 ; CJUE, 4^e ch., 3 juin 2010, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH c. Simex Trading AG*, aff. C-127/09, pt. 31.

¹²⁸⁰ CPI, art. L. 122-3-1.

¹²⁸¹ CPI, art. L. 342-4.

¹²⁸² CPI, art. L. 513-8.

¹²⁸³ CPI, art. L. 613-4.

¹²⁸⁴ CPI, art. L. 623-4-1, II.

¹²⁸⁵ CPI, art. L. 713-4.

¹²⁸⁶ CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, déc. préc., pt. 61.

avons pu relever que la numérisation, en permettant une dématérialisation du support, n'entraînait pas une disparition de celui-ci mais plus justement une transformation¹²⁸⁷, toujours est-il que l'exigence découlant de la loi induit une idée de matérialité, de tangibilité du support. En effet, même si l'article L. 122-6, 3° du Code de la propriété intellectuelle vise « *la première vente d'un exemplaire du logiciel* » sans contenir une référence explicite à cette exigence de matérialité, la notion d'exemplaire l'induit assez naturellement. Pour en revenir à la solution apportée par l'arrêt *Usedsoft*, celle-ci a été rendue à propos des seuls logiciels ; mais compte tenu des termes généraux de la solution, une doctrine autorisée a pu craindre que la solution concernât toutes les œuvres de l'esprit aux supports dématérialisés¹²⁸⁸. La crainte exprimée n'avait rien d'exagéré puisque le juge de l'Union a réitéré sa position en 2016¹²⁸⁹, en admettant la possibilité de revente d'une copie d'un logiciel, qu'elle soit matérielle ou immatérielle – la revente de la copie de sauvegarde est, en revanche, interdite, son usage devant se limiter aux besoins de son utilisateur-acquéreur.

348. Les limites de l'arrêt *Usedsoft* pour les exemplaires numériques d'œuvres non logicielles. – Mais un autre courant jurisprudentiel, fidèle à l'exigence de matérialité du support, a émergé entre temps, à l'occasion de l'arrêt *Allposters* de 2015¹²⁹⁰, dans lequel il est fermement rappelé que l'épuisement ne peut porter que sur « *l'objet tangible dans lequel une œuvre est protégée ou sa copie est incorporée* »¹²⁹¹. Au surplus, la solution portée par l'arrêt *Allposters* a été réaffirmée en 2019, à propos de livres numériques « *d'occasion* » dans l'arrêt *Tom Kabinet*¹²⁹². Tout en tenant compte de la jurisprudence *Usedsoft*, la Cour relève que, contrairement aux logiciels, il n'y a pas d'équivalence fonctionnelle entre les livres physiques d'occasion et les livres numériques d'occasion ; ces derniers étant même des substituts parfaits aux exemplaires neufs, la règle de l'équivalence fonctionnelle ne peut raisonnablement être appliquée ici. Également, elle prend le soin de préciser la différence qui doit être faite entre les logiciels « *purs* » et les produits dits « *complexes* » qui se composent à la fois d'une partie œuvre, protégeable par un droit d'auteur, et d'une partie logicielle. Tel est le cas des livres numériques, qui se composent d'une partie œuvre littéraire et d'une partie logicielle, ainsi que des jeux vidéo comprenant une partie multimédia et une partie logicielle. En suivant les traces d'une

¹²⁸⁷ V. *supra* n° 60.

¹²⁸⁸ Ch. Caron, « Le programme d'ordinateur selon la Cour de justice (II) : la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit ! », comm. préc. ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 524.

¹²⁸⁹ CJUE, 3^e ch., 12 oct. 2016, *Aleksandrs Ranks*, aff. C-166/15 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « La revente de la copie de sauvegarde est interdite », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2016, comm. 99 ; Th. Guillebon, comm. ss. déc. préc., « La portée de la jurisprudence *Usedsoft* sur la revente de copies de sauvegarde de logiciels », *JCP E* n° 13-14, mars 2017, 1189.

¹²⁹⁰ CJUE, 4^e ch., 22 janv. 2015, *Art & Allposters International BV*, aff. C-419/13 : C. Maréchal comm. ss. déc. préc., « Épuisement du droit de distribution et reproduction de l'œuvre », *D.* 2015. 776 ; F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Droit de distribution. Épuisement. Changement de support. Destination », *RTD com.* 2015. 283 ; F. Picod, obs. ss. déc. préc., « De l'affiche à la toile », *JCP G* n° 5, fév. 2015, act. 133.

¹²⁹¹ CJUE, 4^e ch., 22 janv. 2015, *Art & Allposters International BV*, déc. préc., pt. 40.

¹²⁹² CJUE, gde. ch., 19 déc. 2019, *Nederlands Uitgeversverbond et Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e.a.*, aff. C-263/18 : Ch. Caron, « La mise à disposition de livres numériques d'occasion relève du droit de communication au public », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2020, comm. 31.

solution déjà rendue à propos des jeux vidéo¹²⁹³, la Cour considère que lorsque la partie logicielle est accessoire par rapport à la partie œuvre, cette dernière prévaut nécessairement, de sorte qu'il lui est appliqué de façon unitaire le régime de droit commun du droit d'auteur.

Il ressort de ces diverses jurisprudences que l'épuisement envisage et continue d'envisager essentiellement les exemplaires physiques de l'objet de propriété intellectuelle, et notamment de l'œuvre de l'esprit ; c'est le logiciel, et lui seul, qui est mis à part quant au traitement qui lui est réservé en matière d'épuisement. Pour s'en convaincre, il semble que, de manière plus prospective, les produits virtuels échappent également à la règle d'épuisement¹²⁹⁴.

En dépit des variations afférentes au régime des logiciels, la présentation des conditions de mise en œuvre de l'épuisement a permis de révéler leur transversalité puisque, quel que soit le droit de propriété intellectuelle touché par cet épuisement, elles seront identiques. L'identification de ce point commun ne permet pas, en revanche, de faire l'impasse sur la variabilité du domaine d'application de la règle d'épuisement en fonction du droit de propriété intellectuelle qu'elle vise.

B. Le domaine d'application variable de la règle d'épuisement

349. De la fluctuation à la stabilisation de la mise en œuvre de la règle d'épuisement. – Malgré la cohérence d'ensemble existante au regard des conditions de mise en œuvre de la règle d'épuisement, l'étendue de cette règle varie d'un droit de propriété intellectuelle à un autre en raison de l'objet spécifique qui leur est propre (1). Ces différences sont néanmoins réduites par l'influence qu'exerce le droit de la propriété industrielle sur le droit de la propriété littéraire et artistique à ce propos (2).

1. Un épuisement fonction de l'objet spécifique de chaque droit

350. Le domaine d'application de la règle d'épuisement fonction de l'objet spécifique. – Le domaine d'application de l'épuisement dépend de l'objet spécifique propre au droit de propriété intellectuelle visé, dont la définition n'est pas semblable d'un droit de propriété intellectuelle à un autre.

¹²⁹³ CJUE, 4^e ch., 23 janv. 2014, *Nintendo Co. Ltd e.a. c. PC Box Srl et 9Net Srl*, aff. C-355/12 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « La Cour de justice de l'Union européenne s'intéresse aux mesures techniques de protection », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2014, comm. 26. Sur cette base, le juge français considère alors que le jeu vidéo n'est pas soumis à épuisement, CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 21 oct. 2022, n° 20/15768, *Sté Valve c. UFC – Que Choisir* : P. Kamina, « Pas d'épuisement pour la revente de jeux vidéo dématérialisés – Conditions de validité des licences sur les contenus contribués par les utilisateurs », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2022, comm. 80 ; J. Groffe-Charrier, « Jeu vidéo et droit d'auteur : suite de l'affaire *Steam c/ UFC* », *Dalloz actualité*, 14 déc. 2022.

¹²⁹⁴ Une étude récente se demande si la règle de l'épuisement aurait vocation à s'appliquer aux produits virtuels, et notamment aux NFT. L'étude conclut par la négative, tant à l'aune des produits virtuels non associés à des NFT et qu'aux produits qui y seraient associés, v. en ce sens. J. Crouzet, T. Guichoux, « L'épuisement du droit de distribution des produits virtuels commercialisés dans un métavers », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2022, étude 20.

L'objet spécifique, notion mise en évidence par le juge de l'Union européenne¹²⁹⁵, correspond aux prérogatives qui peuvent « *toujours être exercées, produire leurs effets, même si en résulte une entrave à la libre circulation des marchandises, voire une limite à la libre concurrence* »¹²⁹⁶. En effet, même si l'exercice de ces prérogatives précises peut entraver la libre circulation des marchandises, il est justifié au regard de l'article 36 du TFUE¹²⁹⁷. Autrement dit, c'est seulement dans le périmètre de l'objet spécifique que l'épuisement ne s'applique pas ; mais en dehors de ce périmètre, quand l'objet spécifique est « *réalisé* », l'épuisement aura vocation à s'appliquer. L'identification de cet objet spécifique et, subséquemment, des prérogatives qui ne sont pas touchées par un quelconque épuisement, passe par la révélation de la fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle visé. Mais dans la mesure où chaque droit de propriété intellectuelle obéit à une fonction qui lui est plus ou moins propre, il en résulte un objet spécifique variable et, en conséquence, une application nuancée de la règle d'épuisement d'un droit de propriété intellectuelle à un autre.

351. Le domaine d'application de la règle d'épuisement variable en propriété littéraire et artistique et en propriété industrielle. – À ce titre, il est possible de relever que l'épuisement a une portée plus importante en propriété industrielle qu'en droit d'auteur. En effet, la formulation générale adoptée par les dispositions propres aux propriétés industrielles relatives à l'épuisement « *[enserre] clairement les prérogatives du titulaire dans le carcan de l'épuisement* »¹²⁹⁸, alors qu'en droit d'auteur l'épuisement ne porte que sur le seul droit de distribution, qui apparaît comme l'une des composantes du droit de reproduction. Il en ressort que ni le droit de location, ni le droit de prêt (autres composantes du droit de reproduction), ni le droit de représentation ne sont concernés par un quelconque épuisement¹²⁹⁹. La variabilité du champ d'application de la règle d'épuisement entre la propriété industrielle et le droit d'auteur est telle que l'on semble faire face à un inversement du schéma principe/exception : alors qu'en droit d'auteur, la pleine application des prérogatives constitue le principe, et l'épuisement l'exception, c'est tout l'inverse en propriété industrielle, « *l'épuisement [étant] de l'ordre du principe et le retour au droit exclusif après la commercialisation [constituant] l'exception, d'interprétation stricte* »¹³⁰⁰. Pourtant, certaines jurisprudences participent à la réduction de cette différence entre la propriété industrielle et le droit d'auteur.

¹²⁹⁵ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 118 ; V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, 1997, n° 65.

¹²⁹⁶ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 25.

¹²⁹⁷ « *Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* » (nous soulignons).

¹²⁹⁸ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 118.

¹²⁹⁹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 543 ; V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 120.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 122.

2. Un épuisement fonction des influences de la propriété industrielle sur la propriété littéraire et artistique

352. Les influences susceptibles de réduire les variations de l'application de la règle l'épuisement. – La mise en œuvre de l'épuisement tend à s'uniformiser en raison non seulement de l'influence que le droit des marques exerce sur le droit d'auteur (a), mais aussi de l'ouverture du droit d'auteur vers l'épuisement d'autres prérogatives que le seul droit de distribution¹³⁰¹ (b).

a. L'alignement sur l'épuisement le plus large en cas de cumul

353. Hypothèse d'alignement du droit d'auteur sur le droit des marques en cas de cumul des droits sur un même objet. – La première hypothèse soulevée fait état d'une influence notoire du droit de la propriété industrielle, en l'occurrence du droit de marques, sur le droit d'auteur lorsque ces deux protections sont cumulées sur un même objet. Le point de départ a été donné par l'arrêt *Dansk Supermarked* de 1981¹³⁰², affaire dans laquelle le titulaire d'un droit de marque et d'un droit d'auteur voulut s'opposer à la commercialisation d'articles de second choix (des services de faïences) au Danemark. Ces articles avaient été commercialisés une première fois au Royaume-Uni mais les termes de la vente spécifiaient bien que leur revente était interdite au Danemark. Or, ceux-ci firent l'objet d'une nouvelle commercialisation sur le territoire danois. La Cour de justice ne fit pas droit aux prétentions du titulaire en considérant que ne peut être interdite la commercialisation « d'une marchandise couverte par un de ces droits » dès lors que la commercialisation avait déjà été consentie par le titulaire sur le territoire d'un autre État membre¹³⁰³.

354. L'arrêt *Dior c. Evora*. – La solution a été confirmée par l'arrêt *Dior c. Evora*¹³⁰⁴, dans lequel le juge considéra que le titulaire ne peut s'opposer à l'utilisation, par un revendeur et à des fins publicitaires, de l'image d'un flacon de parfum qui est protégé à titre de marque et en tant qu'œuvre de l'esprit. En se fondant sur l'épuisement du droit de marque, le juge estima que « la protection attribuée par le droit d'auteur en ce qui concerne la reproduction des œuvres protégées dans les publicités du revendeur ne peut en tout état de cause être plus étendue que celle qui est conférée dans les mêmes conditions au titulaire d'un droit de marque »¹³⁰⁵. Le régime du droit d'auteur en matière d'épuisement est donc aligné sur celui du droit de marques¹³⁰⁶, empêchant ainsi le titulaire de conserver un quelconque contrôle sur les utilisations accessoires à la vente de son produit¹³⁰⁷.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 115.

¹³⁰² CJCE, 2^e ch., 22 janv. 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, aff. C-58/80.

¹³⁰³ *Ibid.*, pt. 12 ; V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 123 ; M. Vivant, « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », art. préc., n° 22.

¹³⁰⁴ CJCE, 4 nov. 1997, *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c. Evora BV*, aff. C-337/95.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, pt. 58.

¹³⁰⁶ M. Vivant, « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », art. préc., n° 22.

¹³⁰⁷ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 124. Pour une vision plus nuancée sur ce point précis, v. M. Vivant,

Ces deux jurisprudences qui, certes, poursuivent un impératif de cohérence en cas de cumul de protection ainsi que des considérations d'ordre économique, n'ont pas manqué de faire réagir la doctrine. D'une part, un regret a pu être exprimé quant à ces solutions qui, même si elles s'inscrivent dans une recherche de cohérence, le font au mépris des spécificités propres à chaque droit de propriété intellectuelle. Dans la première espèce, une doctrine autorisée a relevé que le droit moral octroyé au titre du droit d'auteur avait été purement et simplement ignoré par le juge communautaire¹³⁰⁸ ; or, cela est-il logique si l'on se rappelle que le droit moral fait partie intégrante de l'objet spécifique du droit d'auteur ?¹³⁰⁹ De manière plus globale, c'est la logique du droit d'auteur qui a été occultée par l'épuisement du droit de marques, jusqu'à considérer la seconde espèce, particulièrement, comme une hérésie¹³¹⁰. D'autre part, et de manière consécutive, il s'opère un alignement des régimes « *par le bas* », puisque c'est la conception la plus large de l'épuisement, celle qui s'applique en propriété industrielle, qui est retenue et étendue au droit d'auteur. La seconde hypothèse avancée fait état d'un phénomène qui est, cette fois-ci, intrinsèque au droit d'auteur qui serait propice à l'extension du champ d'application de l'épuisement, appliqué normalement au seul droit de distribution.

b. L'épuisement du droit d'auteur dépassant le droit de distribution ?

355. L'absence d'épuisement du droit de communication au public : le rappel formulé par la jurisprudence *Coditel*. – En droit d'auteur, l'épuisement ne porte que sur le droit de distribution. *A contrario*, il ne peut porter sur les autres prérogatives, telles que le droit de représentation. C'est ce qui ressort de la jurisprudence *Coditel* de la Cour de justice¹³¹¹. Cette solution se fonde sur la distinction entre les marchandises et les services, déjà mise en avant par la Cour dans l'arrêt *Sacchi*¹³¹². Le critère de distinction retenu consiste dans l'existence d'un support permettant l'échange, la circulation de ces choses : si l'exploitation de la chose se fait à partir d'un support, il s'agit d'une marchandise, dans le cas contraire, il s'agit d'une prestation de service¹³¹³. La jurisprudence *Coditel* reprend cette distinction et l'applique à la propriété littéraire et artistique en

« Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », art. préc., n° 22, qui estime qu'« [i]l n'est pas absurde de considérer qu'admettre la mise sur le marché d'un [...] flacon de parfum, fût-il une œuvre du point de vue du droit d'auteur, doit impliquer que soit admis tout ce qui peut normalement accompagner un tel acte commercial ».

¹³⁰⁸ A. Françon, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs*, éd. Yvon Blais, 1992, p. 107, cité par V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 123, note de bas de page n° 45.

¹³⁰⁹ TPICE, 2^e ch., 10 juil. 1991, *Magill*, aff. T-69/89, pts. 70 et 71 ; CJCE, 6 avr. 1995, *RTE et ITP c. Commission*, aff. jtes C-241/91 P et C-242/91 P, pt. 28 ; CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins*, aff. jtes C-92/92 et C-326/92, pt. 20 ; *add.* P. Cámara Aguila, « La fonction essentielle et l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle en droit positif : une réflexion sur leur portée en droit d'auteur », in *L'objet et la fonction de la propriété intellectuelle – Réflexions à partir de la jurisprudence de la CJUE*, Pablo Mohr (dir.), Legitech, 2023, p. 45 et s., spéc. p. 47 et s.

¹³¹⁰ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 124.

¹³¹¹ CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I*, aff. C-62/79 ; CJCE, 6 oct. 1982, *Coditel II*, aff. C-262/81.

¹³¹² CJCE, 30 avr. 1974, *Sacchi*, aff. C-155/73.

¹³¹³ A. Lucas-Schloetter, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit de l'Union européenne. – Droit d'auteur et droits voisins dans la liberté des échanges », Fasc. 1810, LexisNexis, 1^{er} avr. 2021, n° 19.

estimant que chaque représentation d'une œuvre – audiovisuelle en l'espèce – implique une nouvelle autorisation et, par extension, le versement d'un prix (il s'agissait d'une redevance en l'espèce), sans que cela ne constitue une restriction à la libre prestation de services garanti par le Traité instituant la Communauté Économique Européenne¹³¹⁴.

356. L'extension de l'épuisement au droit de communication au public : la jurisprudence *Premier League* et les exclusivités territoriales. – La jurisprudence *Coditel* a été quelque peu ébranlée par l'arrêt *Premier League* de 2011¹³¹⁵. Il était question, en l'espèce, de licences territoriales exclusives concédées par la *Football Association Premier League* (FAPL), au titre des droits d'exploitation dont elle dispose sur les rencontres sportives, à des organismes de radiodiffusion, ces licences s'étendant géographiquement au territoire national. Ces organismes diffusent ensuite les rencontres sportives à leurs abonnés, ce qui aboutit à des différences de prix des abonnements entre les pays. Certains commerçants ont alors utilisé des décodeurs afin de proposer ces contenus à leur clientèle. La question de la licéité du recours à ces décodeurs pour pouvoir diffuser les rencontres sportives s'est donc posée. Devant le juge de l'Union, répondre à cette question impliquait d'en poser une autre : celle de savoir si la protection au titre des licences territoriales exclusives consistait en une restriction justifiée ou non au regard du principe de libre-circulation porté par le droit de l'Union assurant la construction du marché unique. Le juge de l'Union, considérant que l'objet en cause, à savoir la diffusion des matchs, était une prestation de service – les décodeurs n'étant que le moyen, l'accessoire permettant la diffusion –, la question a été précisée au regard de la libre prestation de services¹³¹⁶. Si la protection litigieuse consistant en une licence d'exclusivité territoriale au bénéfice de la FAPL n'est pas un droit de propriété intellectuelle, l'objet de cette protection, à savoir les rencontres sportives, n'étant pas des œuvres de l'esprit¹³¹⁷, la Cour ne ferme pas la porte à leur protection par un droit de propriété intellectuelle compte tenu du « caractère unique et [...] original » des rencontres sportives¹³¹⁸. Cette faille justifie donc l'analyse de l'arrêt, notamment dans ses apports néfastes, à l'aune du droit de la propriété intellectuelle¹³¹⁹. La protection au titre de la licence pourrait donc s'analyser en une restriction à la libre prestation de services si les droits que la FAPL cherche à préserver intègrent l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle. En substance, la question posée était la même que dans l'affaire *Coditel*. Cependant, le juge, dans la présente affaire, en définissant l'objet spécifique de la propriété

¹³¹⁴ CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I*, déc. préc., pts. 15 et 18.

¹³¹⁵ CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, déc. préc. : E. Treppoz, comm. ss. déc. préc., « L'épuisement du droit de représentation : outil contesté d'un marché unique numérique », *RTD eur.* 2011. 855 ; F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Télédiffusion par satellite. Libre prestation de services. Libre concurrence. Reproduction. Exception. Communication au public », *RTD com.* 2011. 744.

¹³¹⁶ *Loc. cit.*

¹³¹⁷ CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, déc. préc., pts. 96 à 98.

¹³¹⁸ *Ibid.*, pt. 100.

¹³¹⁹ Pour une analyse critique sur ce point, v. F. Pollaud-Dulian, « Télédiffusion par satellite. Libre prestation de services. Libre concurrence. Reproduction. Exception. Communication au public », comm. préc.

intellectuelle au regard d'une rémunération qui n'a pas à être absolue et qui doit être raisonnable, considère que le prix supplémentaire qui doit être payé par les organismes de radiodiffusion pour bénéficier de l'exclusivité territoriale, « *va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer aux titulaires une rémunération appropriée* »¹³²⁰, et fait ainsi primer la libre prestation de services sur la protection dont est titulaire la FAPL. Dès lors, la licence territoriale exclusive concédée par la FAPL aux radiodiffuseurs apparaît comme une restriction injustifiée à la libre prestation de services. En rendant une telle solution en vertu de cette liberté, le droit de communication au public sur lequel reposent les actes de diffusion d'œuvres se retrouve exposé à un épuisement. Cela aboutit à un élargissement dangereux du périmètre de la règle d'épuisement, normalement cantonnée au seul droit de distribution, qui n'est qu'une facette du droit de reproduction. L'équilibre trouvé par la jurisprudence *Coditel* en ressort bouleversé¹³²¹.

357. L'extension de l'épuisement en l'absence de public nouveau : la jurisprudence *Svensson*. – Une autre manifestation de l'extension du domaine d'application de la règle d'épuisement au sein du droit d'auteur est révélée par la jurisprudence de l'Union en matière de liens hypertextes avec l'arrêt *Svensson*¹³²². Le droit exclusif des titulaires de droit d'auteur s'opposant potentiellement à la fourniture de liens cliquables vers des œuvres en vertu du droit de communication au public qu'il inclut, la question qui s'est posée dans l'affaire soumise au juge de l'Union était celle de savoir si une telle fourniture constituait un acte qui pouvait être appréhendé par le droit exclusif. Pour y répondre, le juge a examiné les différentes conditions devant être remplies pour que le droit de communication au public puisse être enclenché. Il est d'abord nécessaire qu'il y ait un acte de communication ainsi qu'une mise à disposition de l'œuvre, ce qui est le cas en présence de liens cliquables. Il est ensuite requis que cet acte ait été fait à l'égard d'un public nouveau, étant entendu qu'il peut n'être que potentiel. Le juge de l'Union, adoptant une approche quantitative à propos du critère du public, relève qu'un « *nombre indéterminé et assez important de destinataires* »¹³²³ peut être visé par les liens hypertextes. Le juge conditionne le caractère nouveau du public auquel est communiquée l'œuvre à l'existence d'une mesure restrictive : en présence d'une telle mesure empêchant l'accès libre à l'œuvre, la communication opérée se fait nécessairement vis-à-vis d'un public nouveau, tandis qu'en son absence, l'accès à l'œuvre demeure

¹³²⁰ CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, déc. préc., pt. 116.

¹³²¹ E. Treppoz, « L'épuisement du droit de représentation : outil contesté d'un marché unique numérique », comm. préc.

¹³²² CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12 : L. Marino, note ss. déc. préc., « Arrêt Svensson : la CJUE like le linking ! », *Gaz. Pal.* n° 198, juil. 2014, p. 17 ; Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Important arrêt sur les liens hypertextes », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2014, comm. 34 ; P. Sirinelli, obs. ss. déc. préc., « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2014. 2078 ; J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, obs. ss. déc. préc., « Droit du numérique », *D.* 2014. 2317 ; E. Treppoz, comm. ss. déc. préc., « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », *RTD eur.* 2014. 965 ; F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Droit de communication au public. Notion. Extension. Hyperliens », *RTD com.* 2014. 600 ; A. Lucas-Schloetter, note ss. déc. préc., « La CJUE se prononce sur la licéité du linking », *LEPI* n° 4, avr. 2014, p. 1.

¹³²³ La Cour de justice rappelle la jurisprudence *ITV Broadcasting* : CJUE, 4^e ch., 7 mars 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, aff. C-607/11.

libre pour tous les internautes, de sorte qu'aucun public nouveau n'est caractérisé. Les faits de l'affaire ne faisant état d'aucune mesure restreignant l'accès au site internet hébergeant l'œuvre de l'esprit via les liens hypertextes, le public nouveau n'est pas caractérisé de sorte que l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, au titre de son droit de communication au public, n'est pas requise. Cette solution vaut aussi bien pour les liens simples que pour les liens profonds dits « *framing* », c'est-à-dire ceux « *qui donnent directement accès aux pages intérieures du site d'autrui tout en restant dans la fenêtre du site usité* », et pour lesquels « *[l']internaute ne se rend pas compte qu'il a été transporté vers un autre site* »¹³²⁴. Il a pu être perçu dans cette solution une reconnaissance de l'épuisement du droit de communication au public¹³²⁵ ; un épuisement présenté comme une nécessité technologique¹³²⁶, mais qui met en œuvre une logique d'*opt out*¹³²⁷, car il suppose que l'accès aux œuvres via les liens hypertextes soit proactivement restreint. Cela contraint les titulaires de droit d'auteur qui souhaitent continuer de soumettre la communication de leurs œuvres à leur autorisation à faire preuve de prudence et d'attention, par exemple en contrôlant que les sites communiquant leurs œuvres soient des sites dotés de mesures d'accès restrictives, telles que conditionner l'accès au contenu du site à la création d'un compte, à un abonnement, etc.

358. L'extension de l'épuisement en l'absence de mesures techniques de protection : la jurisprudence *VG Bild-Kunst*. – Le clou a encore été enfoncé par l'arrêt *VG Bild-Kunst* de la Cour de justice du 9 mars 2021¹³²⁸ qui semble soumettre le droit de communication au public à un épuisement qui ne dit pas son nom. Les faits sont les suivants : la société SPK exploite la DDB, une bibliothèque numérique localisée sur le territoire allemand. Le site de la DDB apparaît comme une « *vitrine numérique* » en ce qu'il contient des vignettes, c'est-à-dire des liens sous forme d'images, dont le « *clic* » permet de renvoyer vers les sites d'origine. Dans le cadre d'une licence octroyée à la société SPK par la société de gestion collective VG Bild-Kunst (spécialisée dans le domaine des arts visuels), cette dernière autorise l'utilisation de son catalogue d'œuvres par la société SPK, à condition que le licencié (la société SPK) s'engage à mettre en place des mesures techniques de protection efficaces contre la transclusion par les tiers. La société SPK, estimant que cette condition est irraisonnable, dénonce cette clause devant le juge allemand. Le litige étant porté jusque devant le *Bundesgerichtshof* (la Cour fédérale de justice allemande), celui-ci a sursis à statuer car il subsistait un doute sur « *le point de savoir si [...] l'incorporation par transclusion, dans le site Internet d'un tiers, d'une*

¹³²⁴ J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, « Droit du numérique », obs. préc.

¹³²⁵ E. Treppoz, « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », comm. préc.

¹³²⁶ J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, « Droit du numérique », obs. préc.

¹³²⁷ E. Treppoz, « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », comm. préc. ; P. Sirinelli, obs. ss. déc. préc., « Propriété littéraire et artistique », obs. préc.

¹³²⁸ CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19 : V.-L. Benabou, comm. ss. déc. préc., « La Cour de justice persiste et signe sur les liens ou comment se cogner “la tête contre les murs” », *Dalloz IP/IT* 2021. 334 ; J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, note ss. déc. préc., « Droit du numérique », *D.* 2021. 2152 ; N. Maximin, obs. ss. déc. préc., « Mesures de protection contre la transclusion et communication au public », *Dalloz IP/IT* 2021. 176 ; P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « Hyperliens : la CJUE impose une formalité en droit d'auteur et renforce l'épuisement du droit de communication au public », *Comm. com. élec.* n° 5, mai 2021, comm. 34.

œuvre disponible, avec le consentement du titulaire des droits, en l'occurrence *VG Bild-Kunst*, sur un site Internet, tel que celui de la DDB, constitue une communication de l'œuvre au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 lorsqu'elle contourne des mesures de protection contre la transclusion adoptées par le titulaire des droits ou imposées par celui-ci à un licencié »¹³²⁹. Si tel était le cas, la société de gestion collective serait tout à fait en droit d'exiger du licencié la mise en place de telles mesures, puisque ses droits s'en trouveraient affectés. La Cour de justice a répondu par la positive à l'interrogation qui lui a été soumise¹³³⁰.

Si, à première vue, la solution est favorable aux titulaires de droit d'auteur, elle est porteuse de répercussions potentiellement dévastatrices pour l'exercice, voire l'existence, du droit de communication au public¹³³¹. En effet, cette solution restreint fortement cette prérogative car elle subordonne son exercice, voire son existence, à la mise en place de mesures techniques de protection efficaces. Pour étayer ce propos, la Cour considère que lorsque le titulaire impose ce type de mesures contre la transclusion, cela signifie que celui-ci n'a forcément pas consenti à ce que des tiers puissent communiquer librement ses œuvres au public¹³³². Par une lecture *a contrario* de cet argument, cela signifie-t-il que celui qui n'impose pas de telles mesures y consent par défaut ? C'est bien ce que laisse penser l'arrêt ; cette conviction est renforcée par les impératifs de sécurité juridique et de bon fonctionnement de l'Internet qui commandent notamment de ne pas requérir du particulier que celui-ci doive vérifier si le titulaire a entendu s'opposer à la transclusion de ses œuvres¹³³³. Ainsi, parce que le titulaire ne peut « limiter son consentement autrement qu'au moyen de mesures techniques efficaces »¹³³⁴, il existerait, « par défaut, un principe d'autorisation de communication au public le plus élargi sur Internet, instaurant une licence implicite de lier »¹³³⁵. Comme cela a été suggéré en amont, il s'agirait d'un épuisement du droit de la communication au public qui ne dit pas son nom¹³³⁶, ce droit ne pouvant jouer si l'acte de communication sur Internet ne s'accompagne pas d'une mesure technique de protection efficace. Dans cette configuration, le droit d'auteur ne deviendrait plus qu'un simple

¹³²⁹ CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, déc. préc., pt. 16.

¹³³⁰ *Ibid.*, pt. 56 : « L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que constitue une communication au public au sens de cette disposition le fait d'incorporer, par la technique de la transclusion, dans une page Internet d'un tiers des œuvres protégées par le droit d'auteur et mises à la disposition du public en libre accès avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur un autre site Internet lorsque cette incorporation contourne des mesures de protection contre la transclusion adoptées ou imposées par ce titulaire ».

¹³³¹ Notre propos portant sur la règle d'épuisement, les « temps forts » de cet arrêt qui retiennent notre attention sont ceux qui touchent à l'épuisement. Mais les difficultés inhérentes à cette solution ne portent pas que sur l'épuisement, elles touchent aussi la notion de public nouveau ou encore l'introduction *contra legem* de l'exigence de formalités en droit d'auteur par la mise en place de « mesures techniques efficaces », v. en ce sens notamment P. Kamina, « Hyperliens : la CJUE impose une formalité en droit d'auteur et renforce l'épuisement du droit de communication au public », comm. préc.

¹³³² CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, déc. préc., pt. 41.

¹³³³ *Ibid.*, pt. 46.

¹³³⁴ *Loc. cit.*

¹³³⁵ V.-L. Benabou, « La Cour de justice persiste et signe sur les liens ou comment se cogner “la tête contre les murs” », comm. préc.

¹³³⁶ P. Kamina, « Hyperliens : la CJUE impose une formalité en droit d'auteur et renforce l'épuisement du droit de communication au public », comm. préc., n° 8 ; V.-L. Benabou, « La Cour de justice persiste et signe sur les liens ou comment se cogner “la tête contre les murs” », comm. préc.

droit d'interdire, une hypothèse déjà soulevée dans l'arrêt *Svensson*, qui est par ailleurs conditionné à la mise en place de mesures techniques efficaces, l'autorisation pouvant désormais être implicitement déduite de l'absence de telles mesures ou de l'inefficacité de celles-ci. Dès lors, même si cette solution semble, à première vue, favorable aux titulaires, ses répercussions le sont moins, car il pourrait se développer « *un régime à double vitesse : d'une part, des œuvres dont l'accès sera techniquement limité et l'audience contrôlée ; de l'autre, des œuvres "ouvertes" à tous les vents qui pourront faire librement l'objet de liens – y compris sous forme de transclusion –, de sorte que l'exploitant du site pointeur pourra générer des revenus propres qui échapperont complètement au titulaire* »¹³³⁷.

359. Le rapprochement constaté entre les propriétés industrielles et le droit d'auteur, propice à la construction d'un régime transversal de l'épuisement, est-il opportun ? –

L'exposé de ces hypothèses participent au rapprochement des propriétés industrielles et du droit d'auteur puisque ce dernier s'avère, à l'étude, gagné par l'épuisement d'autres prérogatives que le seul droit de distribution *proprio motu*. Pour autant, il s'agit de situations qui concernent soit le cumul, soit le cas spécifique des liens hypertextes – cette dernière visant toutefois la majorité des œuvres de l'esprit puisque la plupart sont exploitables par Internet. En conséquence, l'extension opérée par la jurisprudence demeure parcellaire et le principe selon lequel l'épuisement ne s'applique pas aux actes qui peuvent être qualifiés de prestations de service reste inscrit dans les textes¹³³⁸.

360. L'épuisement de la capacité de contrôle exclusif, un point commun aux droits de propriété intellectuelle. – En conclusion, le caractère transversal de la règle de l'épuisement n'est plus à prouver : l'approche globale permise de ses conditions de mise en œuvre, conjugué à l'agrandissement de son champ d'application en droit d'auteur (même s'il se cantonne aux cas de cumuls et au cas des hyperliens) en font un véritable élément de définition de la propriété intellectuelle¹³³⁹ même si c'est au prix d'une « *mutilation* » regrettable des principes du droit d'auteur sur l'autel de la technique¹³⁴⁰.

Serait-il donc opportun d'ériger une disposition transversale portant sur l'épuisement, en remplacement de toutes les dispositions éparpillées ? L'identité – ou quasi-identité – des conditions de mise en œuvre permet d'abonder en ce sens. Mais s'agissant du domaine d'application de la règle

¹³³⁷ *Loc. cit.*

¹³³⁸ Dir. 2001/29/CE, préc., cons. 29 : La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisé par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi.

¹³³⁹ V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », art. préc., p. 117 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 25 ; *adde.* M. Vivant, « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », art. préc., n° 8, selon qui l'épuisement affine la théorie des propriétés intellectuelles.

¹³⁴⁰ « *Le piège de la substitution du droit par la technique est en train de se refermer sur le droit d'auteur* », V.-L. Benabou, « La Cour de justice persiste et signe sur les liens ou comment se cogner "la tête contre les murs" », *comm. préc.*

d'épuisement, l'inversement du rapport principe/exception entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, tel qu'il a été présenté en amont, est explicitement révélé par la légistique. En effet, à la lecture des différentes dispositions portant sur l'épuisement, il apparaît que, même si les conditions de mise en œuvre sont substantiellement les mêmes, la phraséologie adoptée laisse apparaître la variabilité du domaine d'application de la règle d'épuisement. Alors que les dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique limitent l'épuisement à la seule vente de l'exemplaire de l'œuvre (ou du logiciel, ou de la fixation faite sur un phonogramme ou un vidéogramme, ou de la base de données), les dispositions relatives à la propriété industrielle donnent à l'épuisement une portée bien plus large puisque ce sont les droits conférés, dans une acception très générale, qui sont soumis à épuisement une fois que la première mise en circulation a eu lieu. En dépit de cet écart légistique important entre les deux ordres de propriété intellectuelle, les exemples susmentionnés tirés de la jurisprudence montrent un certain rapprochement, au prix de la logique et de l'esprit propres au droit d'auteur. La recherche d'unité en matière d'épuisement doit-elle être favorisée malgré cela ? La réponse pourrait être positive et serait expliquée, voire justifiée par la dimension économique transversale aux différents droits de propriété intellectuelle. Toutefois, la cohérence substantielle de la propriété intellectuelle ne doit pas méconnaître les principes directeurs du droit d'auteur qui visent à associer les titulaires à l'ensemble des exploitations possibles de leurs œuvres couverts par les droits exclusifs, la recherche d'unité ne pouvant être une fin en soi. Dès lors, l'approche transversale conduirait à limiter la congruence des dispositions relatives à l'épuisement à ses seules conditions de mise en œuvre.

En définitive, si le droit exclusif permet à son titulaire de contrôler les exploitations économiques de l'objet protégé, cette possibilité est, toutefois, bornée par le principe de l'épuisement. L'épuisement permet de définir le centre de gravité du pouvoir du titulaire qui est de réaliser la valeur économique de l'objet protégé par l'exercice de ce droit exclusif, un droit exclusif dont les contours doivent encore être déterminés.

Section 2. Un droit exclusif encadré

361. La relativité de l'exclusivité mise en œuvre. – L'exclusivité en propriété intellectuelle n'est pas absolue ; cet encadrement peut consister en la mise en place de limites à l'exclusivité conférée par la protection (§1), voire en son éviction (§2). La vision transversale de cet encadrement ne peut reposer que sur l'acceptation du principe de l'existence de ces limites et exceptions ; la manière dont s'illustrent ensuite ces limites et exceptions obéit, quant à elle, à la logique propre au droit de propriété intellectuelle pour lequel elles sont pensées.

362. Précisions sur les notions d'exception, de limite et de limitation. – Avant d'entamer l'analyse, il convient d'opérer les distinctions sémantiques qui s'imposent entre les termes « *exception* », « *limite* », ou encore « *limitation* ». L'exception se distingue de la limite : alors que l'exception instaurée par le législateur en droit de la propriété intellectuelle implique la mise à l'écart

du droit exclusif, la limite vient « *borner* » le droit de propriété intellectuelle¹³⁴¹. Dans le cadre de l'exception, le droit exclusif (c'est-à-dire le droit de propriété intellectuelle) est écarté sans pour autant conduire à une « *absence ou une privation de droit* » pour que vienne s'appliquer, de manière dérogatoire, le régime de l'exception¹³⁴². Quant à la limite, celle-ci peut être interne ou externe : la limite interne découle de la définition même du droit soumis à cette limite, c'est-à-dire tel que le droit a été socialement, juridiquement construit ; la limite externe réside dans un « *droit concurrent* » (droit de la concurrence, liberté d'expression, etc.) qui exerce une influence sur l'exercice du droit. Les rapports entre la notion d'exception et celle de limitation sont moins antinomiques, les deux étant susceptibles d'être assimilées¹³⁴³.

§1. L'exclusivité limitée

363. Le droit exclusif limité temporellement et territorialement. – Compte tenu du caractère ubiquitaire de l'objet protégé, les droits de propriété intellectuelle sont nécessairement soumis à des limites qui sont principalement de deux ordres : temporelles (A) et territoriales (B).

A. La limite temporelle, facteur de transversalité de la propriété intellectuelle

364. Le principe de la limite temporelle comme distribution équitable du bénéfice social de l'objet protégé. – S'agissant de la limitation temporelle des propriétés intellectuelles, cette dernière implique que la protection conférée par le droit éponyme soit temporaire. Cette limite à la propriété perpétuelle tire sa justification de la fonction sociale de la propriété intellectuelle qui suppose que la protection conférée ne profite pas indéfiniment à son seul titulaire mais également aux autres opérateurs économiques et à la collectivité tout entière¹³⁴⁴. Le bénéfice social de la propriété intellectuelle est ainsi distribué de manière diachronique : à la révolution du monopole, l'objet devient librement exploitable par tous.

365. L'ouverture du domaine public. – En effet, à l'égard des opérateurs économiques, une durée de protection illimitée aurait pour conséquence de ne plus inciter aussi bien le titulaire que les autres concurrents à la création et à l'innovation, et à l'égard de la collectivité, une durée de

¹³⁴¹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 601.

¹³⁴² V.-L. Benabou, « Les “exceptions” : variations autour d'une notion floue », *RIDA* n° 256, avr. 2018, p. 139 ; J. Passa, « Incidences de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? » *RDC* n° 4, déc. 2020, n° 26.

¹³⁴³ V.-L. Benabou, « Les “exceptions” : variations autour d'une notion floue », art. préc., p. 111. La notion de limitation peut être préférée à la notion d'exception car elle « *[rend] compte des situations dans lesquelles le droit exclusif s'efface pour laisser place à un droit à rémunération* », A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 342 ; *contra*. M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 601, note de bas de page n° 4 : ces auteurs considèrent que l'exception implique l'exclusion totale du droit exclusif, alors que la limitation « *laisse subsister le droit exclusif même si elle peut “comporter, partiellement, en fonction des différentes situations particulières qu'elle régit, une exclusion, une restriction, voire le maintien dudit droit”* », citant CJUE, 4^e ch., 27 juin 2013, *VG Vort*, aff. jtes C-457/11 et C-460/11, pt. 34.

¹³⁴⁴ V. *infra* n° 582.

protection illimitée aurait pour conséquence une réduction du domaine public préjudiciable pour l'ensemble de la société ; comment espérer que la création et l'innovation prospèrent si le domaine public dans lequel on puise est vide ? C'est ainsi que l'ensemble des droits de propriété intellectuelle obéit à ce principe commun d'assortir la protection octroyée d'une durée limitée, et ce principe est révélé par l'existence du domaine public. Différent du domaine public du droit administratif¹³⁴⁵, le domaine public de la propriété intellectuelle peut être défini comme « *ce qui n'est pas protégé par un droit intellectuel, brevet, droit d'auteur ou autre, ou ce qui résulte de l'absence de protection par le seul droit d'auteur ou, de manière encore plus limitée, réfère à l'expiration de la durée de protection du droit d'auteur* »¹³⁴⁶. À travers cette définition, l'on comprend que le domaine public n'est pas qu'un domaine public temporel. Il peut également être « *consenti* », les titulaires de droits privatifs acceptant que leurs créations soient, avant l'expiration de la protection, librement utilisées en les plaçant sous le régime de la licence¹³⁴⁷. Bien qu'il ne soit pas défini et partiellement mentionné dans la lettre du Code de la propriété intellectuelle¹³⁴⁸, il concerne de manière transversale l'ensemble des droits de propriété intellectuelle puisqu'ils sont tous marqués d'un terme et il permet d'éviter, en principe, le rétablissement d'un monopole par une même protection. La célèbre affaire *Lego* illustre parfaitement la difficulté consistant à préserver le domaine public de la propriété intellectuelle. Dans cette affaire, la Cour de Justice a refusé d'accueillir la demande de marque déposée par la société qui, voyant l'expiration de son brevet approcher, a tenté d'obtenir une nouvelle protection par un droit de marque¹³⁴⁹. Seul subsiste le droit moral qui est perpétuel¹³⁵⁰. La jurisprudence tend donc à limiter les formes de protection cumulées successives sur un même objet.

La difficulté patente de garantir et maintenir l'effectivité du domaine public en droit de la propriété intellectuelle trouve justement son origine dans ce manque de reconnaissance par la loi. Il avait été envisagé, lors des travaux préparatoires de la loi pour une République numérique, de consacrer un domaine public ; le pas avait été franchi dans l'avant-projet de loi, consacrant en son article 5 un « *domaine commun informationnel* », mais un rétropédalage a été effectué lors de la présentation du projet de loi devant le Parlement¹³⁵¹. La directive DAMUN, *a contrario*, a définitivement franchi le pas en consacrant positivement, en son article 14, un domaine public propre au droit d'auteur¹³⁵². Cependant, il est permis de se demander si cette consécration n'est pas, en réalité, essentiellement

¹³⁴⁵ Afin d'éviter la confusion, certains auteurs préconisent de parler de « *domaine commun* » pour désigner le domaine public propre à la propriété intellectuelle, v. M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, n° 147.

¹³⁴⁶ M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, v. « Domaine public (propriété intellectuelle) ».

¹³⁴⁷ S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2002, n° 351 ; M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Larcier, 2014, n° 519 et s. ; *adde. infra* n° 585.

¹³⁴⁸ CPI, art. L. 123-8, art. L. 123-9 et art. L. 721-8.

¹³⁴⁹ CJUE, gde. ch., 14 sept. 2010, aff. C-48/09 P, *Lego Juris A/S c. OHMI*.

¹³⁵⁰ CPI, art. L. 121-1.

¹³⁵¹ Ch. Dornbierer, *Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information*, th. Aix-Marseille Université, 2022, n° 233.

¹³⁵² V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », art. préc.

symbolique¹³⁵³, particulièrement à l'aune du droit interne qui n'a pas transposé l'article 14 dans la loi nationale. Le domaine public serait, dès lors, voué à demeurer une notion en creux du droit français de la propriété intellectuelle.

366. Les disparités de durée. – Si ce principe de temporalité limitée semble constituer un élément commun à l'ensemble de la propriété intellectuelle, sa mise en œuvre, en revanche, diffère beaucoup d'un droit de propriété intellectuelle à un autre. L'on peut, en effet, constater de grandes disparités s'agissant des durées de protection propres à chacun de ces droits. En propriété littéraire et artistique, le droit patrimonial d'auteur s'éteint 70 ans après la mort de l'auteur¹³⁵⁴, la durée des droits voisins est de 50 ans mais le point de départ varie selon le titulaire visé¹³⁵⁵, sauf celui des éditeurs de presse qui n'est que de 2 ans¹³⁵⁶. En propriété industrielle, le droit de dessin ou modèle dure 5 ans et est renouvelable par périodes de cinq années pour une durée maximale de 25 ans¹³⁵⁷, le droit de brevet dure 20 ans¹³⁵⁸, le droit sur la topographie de semi-conducteur dure 10 ans¹³⁵⁹, et le droit de marque bénéficie d'une durée identique, à la différence qu'il est renouvelable indéfiniment¹³⁶⁰. Quant au producteur de la base de données, son droit *sui generis* est d'une durée de 15 ans¹³⁶¹.

S'il est donc possible d'affirmer que le droit de la propriété intellectuelle se définit par une durée nécessairement limitée, les disparités existantes quant à cette durée sont telles qu'elles fragilisent l'énoncé même de ce principe directeur et empêchent d'aller plus loin que cet énoncé minimaliste. Certes l'alignement des durées ne relève pas de l'impossible. Mais l'exercice s'avérerait sans doute inopportun car chaque durée de protection suit la fonction du droit pour lequel elle est prévue. À tel point que même la perpétuité, rendue *de facto* possible par le droit des marques grâce à la possibilité infinie de renouvellement des dépôts, trouve sa logique dans la finalité de cette matière, à savoir préserver la garantie d'origine du produit ou service marqué¹³⁶².

367. Le caractère universel de la disparité des durées des droits. – Pour se convaincre du caractère universel des disparités temporelles, il convient de se reporter aux instruments internationaux en matière de propriété intellectuelle, qui tout en imposant des *minima* en termes de durée de protection, adoptent des durées de protection différentes selon le droit de propriété intellectuelle en cause. Pour la propriété littéraire et artistique, à quelques nuances près, les traités

¹³⁵³ M.-A. Chardeaux, « L'article 14 de la directive sur le droit d'auteur du 17 avril 2019. Une consécration symbolique du domaine public ? », *Comm. com. e-lex*, n° 2, fév. 2022, étude 3.

¹³⁵⁴ CPI, art. L. 123-1, al. 2.

¹³⁵⁵ CPI, art. L. 211-4.

¹³⁵⁶ CPI, art. L. 211-4, V.

¹³⁵⁷ CPI, art. L. 513-1, al. 1^{er}.

¹³⁵⁸ CPI, art. L. 611-2, 1^o.

¹³⁵⁹ CPI, art. L. 622-6, al. 1^{er}.

¹³⁶⁰ CPI, art. L. 712-1, al. 1^{er}.

¹³⁶¹ CPI, art. L. 342-5.

¹³⁶² V. par exemple M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 132 : la protection de la marque dure 10 ans à compter du dépôt et est renouvelable indéfiniment, ce qui peut s'expliquer par « le souci de protection du consommateur. La perpétuité du signe assure en effet la permanence de l'identification des produits et services ».

internationaux imposent une durée minimale de 50 ans¹³⁶³. En propriété industrielle, les accords ADPIC prévoient des durées de protection différentes selon le droit en cause : le droit des dessins et modèles et le droit sur les topographies de semi-conducteurs ont une longévité de 10 ans, le droit des brevets est soumis à une protection de 20 années, et le droit des marques répond à un minimum de 7 ans, avec la possibilité explicite d'un renouvellement indéfini (qui confine ainsi à la perpétuité)¹³⁶⁴. Si certaines de ces durées sont l'illustration de leur allongement¹³⁶⁵ – qui peut, à raison, être critiqué –, il ne paraît pas judicieux d'envisager un alignement pur et simple de ces différentes durées de protection compte tenu de leurs finalités respectives, ces dernières ayant également une influence directe sur la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle¹³⁶⁶. À cette limite temporelle du droit, s'ajoute une limite géographique.

B. Le principe de territorialité, source paradoxale d'unité de la matière

368. Le principe de territorialité communément admis. – Les droits de propriété intellectuelle sont également soumis à un principe de territorialité qui s'entend ici d'une limitation géographique de la portée de la protection¹³⁶⁷. Ce mécanisme implique que le droit de propriété intellectuelle octroyé ne produit effet que sur le territoire du pays dans lequel la protection existe, que ce soit par l'accomplissement de formalités¹³⁶⁸ ou par la caractérisation d'autres critères¹³⁶⁹. Bien qu'il ne soit pas explicitement consacré par les textes, ce principe bénéficie d'une reconnaissance unanime, tant par le juge que par la doctrine¹³⁷⁰. Son caractère transversal n'est donc plus à prouver et il participe à la définition du droit de propriété intellectuelle dans son ensemble, plus particulièrement en contribuant à sa délimitation¹³⁷¹.

¹³⁶³ Les accords ADPIC et la Convention de Berne s'accordent pour imposer ce seuil minimum de durée de protection (art. 12 des accords ADPIC et art. 7.1 de la Conv. de Berne), sauf pour les œuvres photographiques et les œuvres d'art appliqué (pour celles-ci, est prévue une durée minimale de 25 ans par l'art. 7.4 de la Conv. de Berne). Le même seuil est retenu pour les titulaires de droits voisins, à savoir les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes, sauf pour les organismes de radiodiffusion dont la durée minimale de protection est de 20 ans (art. 14.5 des accords ADPIC). S'agissant des œuvres de l'esprit, même si elles bénéficient d'une durée de protection minimale identique, en l'occurrence 50 ans, il faut néanmoins préciser que la Convention de Berne fait varier le point de départ de cette protection en fonction du type d'œuvre envisagé, v. par exemple art. 7.2 pour les œuvres cinématographiques et art. 7.3 pour les œuvres anonymes ou pseudonymes. Dès lors, le seuil minimum de 50 ans ne s'entend pas forcément *post mortem auctoris*.

¹³⁶⁴ Ces durées sont respectivement posées par les art. 26.3, art. 38, art. 33, et art. 18 des accords ADPIC.

¹³⁶⁵ A. Robin, S. Chatry, *Introduction au droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 99 et s.

¹³⁶⁶ V. *infra* n° 582.

¹³⁶⁷ N. Bouche, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002, n° 8, qui relève le caractère polysémique de cette expression ; outre ce sens, l'auteur retient un autre sens de ce principe en tant que règle de conflit de lois propre à la propriété intellectuelle pour déterminer la compétence juridictionnelle *ratione loci*, v. *ibid.* n° 678. Il est donc nécessaire d'éviter toute confusion.

¹³⁶⁸ Pour viser les droits de propriété industrielle.

¹³⁶⁹ Pour viser les pays dans lesquels le droit d'auteur n'est pas conditionné à l'accomplissement de formalités, tels que la France.

¹³⁷⁰ N. Bouche, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 24 et s.

¹³⁷¹ Ce paramètre semble pourtant devoir être nuancé, étant donné que ce principe n'est pas l'apanage de la seule propriété intellectuelle et concerne aussi l'ensemble des droits subjectifs, v. en ce sens *ibid.*, n° 59 et s.

369. Les tendances à l'internationalisation. – L'effectivité de ce principe pourrait-elle être bousculée par le phénomène d'internationalisation touchant la propriété intellectuelle ? Si l'on s'en tient à son appréhension en tant que limite géographique de l'étendue de la protection, celle-ci n'est pas remise en cause par le développement du droit international de la propriété intellectuelle¹³⁷². Certes, il peut être relevé que la règle d'épuisement, analysée en amont¹³⁷³, malmène le principe en ce que le titulaire de la protection ne bénéficie plus du pouvoir de contrôle dans les territoires de commercialisation subséquente à celui où a eu lieu la première mise en circulation, créant des effets de contagion d'un régime juridique sur plusieurs territoires. Toutefois, à l'examen, c'est bien en raison de la réception de la règle de l'épuisement dans le pays de destination de l'objet protégé que celui-ci joue et non grâce à une manifestation d'une extra-territorialité du principe de l'épuisement. L'épuisement s'applique au sein de l'Union européenne parce que les États membres en ont décidé. En outre, la tendance à une certaine uniformisation de la propriété intellectuelle au niveau régional, voire international, n'emporte pas de rejet de la limitation « *territoriale* » de la protection. En effet, les conventions internationales et autres textes régionaux touchant à la propriété intellectuelle y adhèrent pleinement en reconnaissant un principe d'indépendance des droits¹³⁷⁴. Même lorsque l'exercice des droits de propriété intellectuelle tend à l'uniformisation par l'harmonisation des prérogatives, par exemple en droit de l'Union, la résolution des conflits demeure en grande partie liée au régime national du droit. Enfin, quand le législateur européen envisage la création de titres ayant une portée géographique dépassant les frontières des États membres, il ne remet pas en cause le principe même de territorialité, mais l'étendue de l'ère sur laquelle ce droit est territorialement borné. La logique du titre unitaire irrigue les droits de propriété industrielle avec la marque communautaire – devenue marque de l'Union européenne –, le dessin ou modèle communautaire, deux titres administrés par l'EUIPO, et le brevet unitaire européen créé par le règlement 1257/2012, entré en vigueur le 1^{er} juin 2023¹³⁷⁵. Le droit d'auteur est, pour l'heure, mis à l'écart de cette logique du titre unitaire au niveau européen. Pour autant, cela n'empêche pas d'intégrer ce pan du droit de la propriété intellectuelle à la réflexion, une doctrine, représentée par la *European Copyright Society*, appelant à la consécration d'un tel titre¹³⁷⁶. On remarquera toutefois que la

¹³⁷² À propos du second sens selon lequel le principe de territorialité apparaît comme une règle de conflit de lois, l'internationalisation de la propriété intellectuelle complexifie effectivement la recherche du juge territorialement compétent, notamment lorsqu'il est question d'actes portant atteinte au droit qui ont été commis par le biais de l'Internet.

¹³⁷³ V. *supra* n° 337 et s.

¹³⁷⁴ Tel est le cas de la Convention de Berne, art. 5.2, ou encore de la Convention de Paris, art. 4 *bis* et 5 *quarter* et art. 6 s'agissant du droit des brevets et du droit des marques, v. en ce sens J.-S. Bergé, *J.-Cl. Droit international*, « Protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle », Fasc. 572-115, LexisNexis, 10 juil. 2023, n° 51.

¹³⁷⁵ Ces mécanismes ne prévoient pas toujours un régime juridique complètement unitaire, et opèrent ainsi un renvoi sur certains points vers les instances nationales. Le cas du brevet européen à effet unitaire est encore plus particulier car son régime juridique n'est pas unitaire et est alors régi par les droits des États membres dans lesquels la protection a été demandée, *ibid.*, n° 55. Au demeurant, la mise en place de ce titre de brevet unitaire s'est accompagnée de l'institution de la Juridiction unifiée du brevet par l'accord éponyme (Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (2013/C 175/01)) qui est chargée de connaître des affaires portant sur ces titres

¹³⁷⁶ V. également M. M. M. van Eechoud, « Territoriality and the Quest for a Unitary Copyright Title », *IIC*, Vol. 25, No. 55, 2014, p. 66 et s.

répartition traditionnelle entre la compétence de l'Union et la compétence des États membres relative au régime de la propriété tend à s'estomper lorsque l'Union crée un titre qui n'existait pas auparavant dans les législations des États membres, à l'instar du droit voisin des éditeurs de presse, et impose de la sorte un droit nouveau dont l'essence même est tirée de textes de l'Union¹³⁷⁷.

En conclusion, l'exclusivité du droit de propriété intellectuelle est bornée tant dans le temps que dans l'espace. Ce bornage induit des différences significatives avec le droit de propriété de l'article 544 du Code civil, notamment quant au caractère absolu de ce dernier¹³⁷⁸. Aux côtés de cette exclusivité limitée, il en est d'autres où elle est purement et simplement évincée.

§2. L'exclusivité évincée

370. La propriété intellectuelle est soumise à exceptions. – Il est des cas où le droit exclusif octroyé par la propriété intellectuelle est évincé, c'est-à-dire purement et simplement mis de côté. Une telle situation se présente lorsque sont mises en œuvre des exceptions, qui ont pour but d'établir un équilibre entre les intérêts du titulaire de la protection et les intérêts des tiers pour rendre compte de la fonction sociale des droits. L'idée sous-jacente à la notion d'exception est qu'elle entraîne une mise à l'écart du droit exclusif face à des usages de l'objet protégé qui, même s'ils sont, à première vue, contraires au droit exclusif, ne doivent pas encourir de sanction pour les raisons sus-évoquées. Ainsi, lorsqu'un usage relève de l'exception visée, le tiers auteur de cet usage, « *l'usager* », n'a aucunement besoin de requérir l'autorisation du titulaire du droit exclusif pour pouvoir user de l'objet grevé d'un droit de propriété intellectuelle. Bien que multiples et singulières selon les types de protection, les exceptions au droit exclusif constituent un point commun à l'ensemble d'entre elles car aucun droit de propriété intellectuelle n'ignore de telles restrictions à son exercice¹³⁷⁹.

En dehors des exceptions, l'autre mécanisme venant nuancer l'exclusivité du droit de la propriété intellectuelle est le droit à rémunération qui consiste à prévoir une rémunération pour les titulaires de droits en contrepartie de certaines utilisations des objets protégés et à laquelle ils ne peuvent s'opposer. Lorsqu'il est prévu, il n'aboutit pas nécessairement une mise à l'écart de l'exclusivité ; il doit davantage être perçu comme un modèle alternatif au modèle exclusiviste, ce dernier n'apparaissant plus comme le modèle fondateur du droit et qui emporte des conséquences particulièrement quant à la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle¹³⁸⁰.

371. La pluralité d'exceptions suit la pluralité de propriétés intellectuelles. – Si l'on peut affirmer que le droit de la propriété intellectuelle est un droit nécessairement assorti d'exceptions,

¹³⁷⁷ Encore que le législateur européen ait, en définitive, également compétence en termes de création de protections, comme en témoigne la création du droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse par la dir. (UE) 2019/790, préc., art. 15.

¹³⁷⁸ V. *infra* n° 562 et s.

¹³⁷⁹ CPI, art. L. 122-5, L. 211-3, L. 342-3, L. 513-6, L. 613-5, L. 622-5, al. 2, et L. 713-6 par une lecture *a contrario*.

¹³⁸⁰ V. *infra* n° 593 et s.

les exceptions propres à chaque droit de propriété intellectuelle ne partagent, *a priori*, aucun point commun. En effet, la création de ces exceptions est intimement liée à la détermination des protections auxquelles elles sont assorties. Les exceptions ne sont pas envisagées de manière abstraite, mais sont liées au droit dont elles découlent. Il est donc *a priori* hasardeux d'opérer des équivalences, des rapprochements entre les différentes exceptions des régimes spéciaux. S'il est certes dangereux d'ignorer ces singularités, certaines de ces exceptions ont, malgré tout, vocation à accéder à un certain niveau de généralité et peuvent participer d'une certaine forme de transversalité de la matière. Cela peut se vérifier d'une part quant aux principes sous-jacents communs à certaines d'entre elles (A) et, d'autre part, quant aux règles communes qui ont vocation à rassembler les exceptions (B).

A. Les principes sous-jacents communs aux exceptions

372. Des justifications communes à certaines exceptions. – Au sein de la diversité des exceptions irriguant les droits de propriété intellectuelle, il est possible d'identifier trois thématiques qui se retrouvent dans la plupart, voire dans tous les droits de propriété intellectuelle s'accompagnant d'exceptions¹³⁸¹. La première catégorie est portée par les exceptions destinées à un usage privé de l'objet grevé d'une propriété intellectuelle, qui se compose de l'exception de copie privée en droit d'auteur et des exceptions tenant dans les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales du dessin ou modèle et de l'invention¹³⁸². S'agissant de leur champ d'application, les exceptions prévues en propriété industrielle ne peuvent jouer que pour des usages ayant eu lieu dans un cadre privé compte tenu du caractère cumulatif des conditions posées¹³⁸³. En droit des marques, elle n'est pas explicitée par la loi mais elle peut être implicitement déduite de l'usage de la marque dans la vie des affaires par un raisonnement *a contrario* : un usage qui n'a pas lieu dans la vie des affaires et qui a lieu, par déduction, dans la sphère privée, n'est pas appréhendé par le droit exclusif. Cette analyse à propos de l'usage dans la vie des affaires a été retenue par l'arrêt *Arsenal*¹³⁸⁴ de la Cour de justice rendu en 2002 et est désormais de jurisprudence constante¹³⁸⁵. La deuxième catégorie renvoie aux exceptions tenant dans les actes accomplis à des fins expérimentales qui est explicitée en droit des dessins et modèles et en droit des brevets, et qui est transposée par analogie aux obtentions végétales¹³⁸⁶. La troisième catégorie rassemble les exceptions visant les actes accomplis à des fins d'illustration et/ou d'enseignement. Originellement

¹³⁸¹ S. Chatry, *Le concours de droits de propriété intellectuelle*, Institut Universitaire Varenne, 2012, n° 399 et s. ; V. Varnerot, « La densification normative par concentration de la propriété intellectuelle. L'exemple de l'épuisement du droit », art. préc., pp. 211-212.

¹³⁸² CPI, art. L. 122-5, 1° et 2, art. L. 211-3, 1° et 2°, art. L. 513-6, 1°, art. L. 613-5, a) et art. L. 623-4, I.

¹³⁸³ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 626 ; J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 316.

¹³⁸⁴ CJCE, cour plénière, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club*, aff. C-206/01.

¹³⁸⁵ J. Canlorbe, « L'usage "dans la vie des affaires" en droit des marques », in *L'usage commercial des biens intellectuels*, *op. cit.*, n° 16.

¹³⁸⁶ CPI, art. L. 513-6, 2° et art. L. 613-5, b), ce dernier étant applicable aux obtentions végétales par analogie, J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1259.

limitée au droit des dessins et modèles, cette exception a gagné une certaine transversalité depuis que le législateur, à rebours de la tradition française réticente à consacrer des exceptions touchant le monde de l'enseignement et de la recherche, l'a prévue expressément en propriété littéraire et artistique¹³⁸⁷. En cette matière, ces exceptions permettent d'échapper au droit exclusif du titulaire en autorisant la reproduction ou la représentation d'extraits d'œuvres à des fins pédagogiques et/ou d'illustrations dans le cadre de l'enseignement¹³⁸⁸ et dans le cadre de la recherche¹³⁸⁹, la fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique¹³⁹⁰, ainsi que l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de la base de données dans le cadre de la recherche¹³⁹¹ et de l'enseignement¹³⁹², sans oublier la conservation des objets protégés par les droits voisins à des fins de recherche¹³⁹³. En droit de la propriété industrielle, le titulaire d'un droit de dessin ou modèle ou d'un droit sur une topographie de semi-conducteur ne peut interdire la reproduction des objets protégés à des fins d'enseignement¹³⁹⁴. La formulation de ces exceptions est plus synthétique et les conditions de mise en œuvre moins strictes que celles prévues en propriété littéraire et artistique.

373. L'impossible dépassement des régimes propres à chaque exception en fonction du droit auquel elle est attachée. – En dépit du fait que plusieurs exceptions partagent les mêmes types de justifications – nonobstant quelques nuances¹³⁹⁵ –, l'énoncé « *transversal* » d'une exception commune demeure complexe. En effet, chaque exception, dans la mesure où elle a été adoptée pour évincer le jeu du droit de propriété intellectuelle qu'elle vise, obéit à des conditions propres et répond à un principe d'interprétation stricte¹³⁹⁶. Les exceptions diffèrent également quant à leur finalité. Certaines sont des exceptions d'intérêt général, telles que l'exception de courte citation prévue par l'article L. 122-5, 3°, a), ou encore l'exception visant les discours politiques destinés au public visée par le c) du 3° du même texte qui permettent de garantir le libre exercice de la presse ainsi que l'information du public ; d'autres visent des intérêts particuliers, comme l'exception posée par l'article L. 122-5, 3°, d), permettant de reproduire les œuvres graphiques ou plastiques dans les catalogues d'une vente judiciaire afin de les proposer à la vente. Les exceptions peuvent également être gratuites ou être accompagnées d'une rémunération : l'exception permettant la représentation d'une œuvre dans le cadre du cercle de famille prévue par l'article L. 122-5, 1°, n'appelle aucune rémunération, tandis que l'exception de copie privée s'accompagne d'une rémunération pour copie

¹³⁸⁷ V.-L. Benabou, « L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur », *PNER*, 2002, n° 6, accessible sur https://edutice.hal.science/edutice-00000031/file/Juri5_Benabou_V3.pdf (consulté le 11/11/2024).

¹³⁸⁸ CPI, art. L. 122-5, 12° (13°) pour le droit d'auteur et art. L. 211-3, 3°, e) pour les droits voisins.

¹³⁸⁹ CPI, art. L. 122-5, 3°, e) pour le droit d'auteur et art. L. 211-3, 3°, d) pour les droits voisins.

¹³⁹⁰ CPI, art. L. 122-5, 10°, à lire en contemplation de l'art. L. 122-5-3.

¹³⁹¹ CPI, art. L. 342-3, 4°.

¹³⁹² CPI, art. L. 342-3, 4° bis.

¹³⁹³ CPI, art. L. 211-3, 7°.

¹³⁹⁴ CPI, art. L. 513-6, 3° et art. L. 622-5, al. 2.

¹³⁹⁵ Il s'agit en effet de tenir compte des objets qui, à titre dérogatoire, ne sont pas concernés par ces exceptions ; tel est le cas du logiciel ou encore de la base de données qui ne sont pas concernés par l'exception destinée à un usage privé.

¹³⁹⁶ V. *infra* n° 382 et s.

privée, initialement prévue au titre de la reprographie¹³⁹⁷, puis étendue par une loi du 17 juillet 2001¹³⁹⁸ aux supports numériques vierges permettant de reproduire des œuvres, tels que les CD, les DVD, les clés USB, et par la loi du 15 novembre 2021 aux appareils conditionnés¹³⁹⁹, cette liste n'étant pas limitative¹⁴⁰⁰. Enfin, certaines exceptions sont liées à l'ouverture d'un marché dérivé, d'autres au contraire garantissent des utilisations non marchandes d'œuvres. C'est ainsi que le marché des pièces détachées repose sur la mise en place d'une exception commune au droit d'auteur et au droit des dessins et modèles, prévue respectivement aux articles L. 122-5, 12°, et L. 513-6, 4°, du Code de la propriété intellectuelle ; *a contrario*, la raison d'être de certaines exceptions repose sur les utilisations non marchandes des œuvres, telles que l'exception posée par l'article L. 122-5, 8°, qui permet à certains établissements, tels que les bibliothèques, les musées ou les services d'archives de reproduire et de représenter des œuvres afin de les conserver et de les rendre accessibles au public.

Cette problématique se pose avec une particulière acuité en cas de concours de plusieurs protections sur un même objet : en pareille situation, il peut être requis d'opérer un « arbitrage » entre deux exceptions susceptibles de s'appliquer à la même situation. À titre d'exemple, les exceptions destinées à un usage privé ne répondent pas aux mêmes conditions de mise en œuvre : ces conditions s'avèrent moins exigeantes au sein des exceptions propres aux droits de propriété industrielle¹⁴⁰¹ qu'à celles existant en propriété littéraire et artistique. Cela conduit à un dilemme dans lequel il faudrait nécessairement choisir entre le cas où l'exception peut jouer et le cas inverse¹⁴⁰². À ce stade, l'impossibilité d'aller plus loin dans l'exercice de transversalité se heurte au défaut d'unité de la propriété intellectuelle dans son ensemble, ce qui empêche de penser spécifiquement l'uniformisation de ces exceptions¹⁴⁰³.

374. L'hypothèse du transport d'une exception d'un droit à l'autre ? Le cas de la parodie. –

Dans le vide des textes, est-il possible d'envisager une application extensive d'une exception en dehors du droit pour lequel elle a été consacrée ? Cette question s'est notamment posée à propos de l'exception de parodie. À l'origine propre au droit d'auteur¹⁴⁰⁴, la question de son transport s'est posée en droit des marques et en droit des dessins et modèles. Le nouveau droit des dessins et modèles émanant du paquet « *dessins et modèles* », adopté en mars 2024¹⁴⁰⁵, met en place l'exception

¹³⁹⁷ CPI, art. L. 122-10.

¹³⁹⁸ Loi n° 2001-624 du 17 juil. 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, JORF n° 164 du 18 juil. 2001.

¹³⁹⁹ Loi n° 2021-1485 du 15 nov. 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, JORF n° 0266 du 16 nov. 2021 ; CPI, art. L. 311-4, al. 7.

¹⁴⁰⁰ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 553.

¹⁴⁰¹ Même si ces conditions cumulées rendent cumulatives l'usage privé et l'absence d'usage commercial, le caractère redondant des deux conditions cumulées peut laisser penser qu'il sera plus aisé de caractériser ces exceptions.

¹⁴⁰² S. Chatry, *Le concours de droits de propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 402.

¹⁴⁰³ *Loc. cit.*

¹⁴⁰⁴ CPI, art. L. 122-5, 4°.

¹⁴⁰⁵ Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 14 mars 2024 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2024/... du Parlement européen et du Conseil sur la protection juridique des dessins ou modèles (refonte), art. 18, e) : A.-E. Kahn, « Adoption par le Parlement européen du paquet "Dessins et Modèles" », *LEPI*

de parodie et entérine ce qui figurait jusqu'alors à l'état de projet¹⁴⁰⁶. En droit des marques, certains usages de signes protégés ont pu être reconnus comme des actes de contrefaçon. Tel a été le cas de la marque de cigarettes Marlboro, détournée dans le cadre d'une campagne anti-tabac. Les défendeurs ont argué, sur le fondement de leur liberté d'expression, d'une utilisation à titre de caricature, ce que le juge a refusé de reconnaître en l'absence de telles dispositions en ce sens au sein du droit des marques¹⁴⁰⁷. En réalité, la seule circonstance intéressant le juge pour retenir ou exclure le grief de contrefaçon de la marque protégée est celle de l'usage du signe dans la vie des affaires. Pour des usages des marques *Danone*¹⁴⁰⁸, *Esso* ou encore *Areva*¹⁴⁰⁹ par des associations, les juges du fond ont d'abord retenu la contrefaçon de marque, l'usage de ces signes consistant en un usage dans la vie des affaires du fait de la reproduction du signe « *en relation* » avec les produits désignés par le signe, de l'influence que peut exercer cet usage sur le commerce de ces produits, en incitant par exemple les consommateurs à se détourner de ces produits. Une telle solution a suscité la critique en doctrine car l'usage parodique de marques est, très souvent, le fait d'associations non gouvernementales, telles que Greenpeace avec les marques *Esso* et *Areva*, qui s'inscrit dans le cadre d'une lutte sociale, et non dans le cadre d'un usage dans la vie des affaires¹⁴¹⁰. Le juge du fond est, finalement, revenu sur sa position à l'occasion des affaires opposant les sociétés *Esso* et *Areva* à l'association Greenpeace jugées en appel le même jour, où il a considéré que cet usage polémique du signe ne relevait pas d'un usage dans la vie des affaires, l'association Greenpeace ne cherchant

n° 5, mai 2024, p. 1 ; J.-Ch. Galloux, P. Kamina, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2024. 1388.

¹⁴⁰⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection juridique des dessins ou modèles (refonte), 28 nov. 2022, COM(2022) 667 final, art. 18, e) ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires et abrogeant le règlement (CE) n° 2246/2002 de la Commission, COM(2022) 666 final, art. 20, e) ; J.-Ch. Galloux, P. Kamina, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2023. 1375 ; *adde.* J.-Ch. Galloux « Le “paquet dessins ou modèles” », *RTD com.* 2023. 68, qui relève que cet ajout permet « *de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE relative à la sauvegarde d'un équilibre entre les intérêts légitimes* ».

¹⁴⁰⁷ TGI Paris, ord. réf., 24 oct. 1991, *Reynolds Tobacco, Seita, Philip Morris c. Comité national contre les Maladies respiratoires et la Tuberculose et Comité national contre le Tabagisme*, cité par M. Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », art. préc., note de bas de page n° 2. V également TGI Paris, 3^e ch., sect. 2, 30 janv. 2004, *SA Esso c. Assoc. Greenpeace France et SA* : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Affaire Esso c/ Greenpeace : décision au fond », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2004, comm. 39, et CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 nov. 2005, *Sté Esso c. Assoc. Greenpeace France*, n° 04/12417. V. également TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 juil. 2004, *SA Sté des participations du commissariat à l'énergie atomique c. Assoc. Greenpeace France et al.* : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « La prétendue “parodie de marque” : une question de responsabilité civile », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2004, comm. 110, et CA Paris, 4^e ch., sect. B, 17 nov. 2006, *Assoc. Greenpeace France, assoc. Greenpeace New Zealand c. Sté des participations du commissariat à l'énergie atomique*, n° 04/18518.

¹⁴⁰⁸ TGI Paris, ord. réf., 23 avr. 2001 et 14 mai 2001, *Danone*, confirmés par CA Paris, 14^e ch., sect. A, 28 nov. 2001, n° 2001/12319 et CA Paris, 4^e ch., sect. A, 30 avr. 2003, n° 2001/14371 : C. Manara, obs. ss. déc. préc., « Une marque sert aussi à critiquer son titulaire », *D.* 2003. 1760 ; S. Durrande, obs. ss. déc. préc., « Les limites à la liberté d'expression », *D.* 2003. 2685.

¹⁴⁰⁹ TGI Paris, ord. réf., 8 juil. 2002, deux ordonnances, *Juris-Data* n° 2002-187495 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Duo dissonant sur la (prétendue) parodie de marque sur les réseaux », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2002, comm. 140.

¹⁴¹⁰ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 239.

pas à promouvoir la commercialisation de produits en faveur de celle-ci¹⁴¹¹. En somme, à moins d'un usage du signe dans la vie des affaires, le droit des marques est impuissant pour réprimer ces utilisations. C'est la raison pour laquelle les titulaires de droit subissant ces usages tiers se tournent vers le droit commun de la responsabilité civile en invoquant des faits de dénigrement, ou encore vers le droit de la presse en invoquant l'atteinte à leur réputation¹⁴¹², cette dernière ne pouvant aboutir que si l'usage vise la société personne morale et non pas seulement les produits ou services qu'elle commercialise, l'atteinte à l'honneur ou à la réputation ne pouvant toucher qu'une entité dotée de la personnalité juridique. Pour en revenir à la propriété intellectuelle, et plus spécifiquement au droit des marques, cette jurisprudence implique-t-elle la reconnaissance d'une exception de parodie ? La doctrine est partagée entre ceux qui défendent son transport en droit des marques en la précisant par rapport à celle du droit d'auteur¹⁴¹³, ceux qui réfutent toute analogie¹⁴¹⁴ et ceux qui proposent la mise en place d'une exception de parodie sans en passer par une analogie avec celle du droit d'auteur¹⁴¹⁵. Cela étant, il est permis de douter qu'une telle exception soit reconnue en droit des marques car le juge ne recherche pas, positivement, l'existence d'une parodie mais, négativement, l'absence d'un usage du signe dans la vie des affaires. L'usage dans la vie des affaires, érigé en notion autonome du droit de l'Union, comprend les usages de signes qui ont lieu « dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé »¹⁴¹⁶. Un usage parodique, humoristique ou encore polémique d'un signe protégé par un tiers n'est pas considéré comme tel s'il ne lui permet pas d'en tirer un avantage économique quelconque. Il n'y a donc nul besoin de recourir au mécanisme de l'exception pour que l'usage parodique reste en dehors de toute répression par le droit privatif. D'ailleurs, il serait malaisé de caractériser l'existence d'une exception de parodie en droit des marques qui ne dirait pas son nom : l'analogie avec l'exception de parodie du droit d'auteur trouve rapidement ses limites, compte tenu des objectifs différents que poursuivent le droit d'auteur et le droit des marques et du principe d'interprétation stricte des exceptions¹⁴¹⁷. Il n'est donc pas tant question de la mise en œuvre de la liberté

¹⁴¹¹ CA Paris, 26 fév. 2003, deux arrêts : B. Edelman, obs. ss. déc. préc., « Droit des marques et liberté d'expression », *D.* 2003. 1831. V. également CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 nov. 2005, *Sté Esso c. Assoc. Greenpeace France*, déc. préc. : P. Tréfigny, comm. ss. déc. préc., « La libre critique esquive – définitivement ? – le droit des marques... », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2006, comm. 4, qui a rejeté le grief de contrefaçon de la marque *Esso*. Et récemment Cass. crim., 27 fév. 2024, n° 23-81.563 : N. Binctin, comm. ss. déc. préc., « L'apport des gilets jaunes au droit des marques », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2024, comm. 43, qui n'a pas retenu le grief de contrefaçon.

¹⁴¹² Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2008, *Assoc. Greenpeace France c. SA SPCEA Areva*, n° 07-11.251 ; Cass. com, 8 avr. 2008, n° 06-10.961 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc. (2 esp.), « Marques et liberté d'expression : l'éternel retour », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2008, comm. 77 ; Ch. Hugon, comm. ss. déc. préc., (1^{ère} esp.), « Application du droit commun de l'article 1382 et absence d'abus de la liberté d'expression », *JCP G* n° 23, 4 juin 2008, II 10106.

¹⁴¹³ E. Baud, S. Colombet, « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *D.* 1998. 227.

¹⁴¹⁴ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, op. cit., n° 1884 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, op. cit., n° 239.

¹⁴¹⁵ TGI Paris, 3^e ch., sect. 3, 21 mars 2000, *RATP c. Laurent M. et Valentin Lacambre* : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Refus de l'exception de parodie de marque sur les réseaux », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2000, comm. 88.

¹⁴¹⁶ CJCE, cour plénière, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club*, déc. préc., pt. 40.

¹⁴¹⁷ Cass. civ. 2^e, 19 oct. 2006, *CNMRT c. Sté JT International GmbH et a.*, n° 05-13.489 : F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Protection de la marque et droit de liberté d'expression d'une association dans le cadre d'une campagne anti-tabac », *JCP G* n° 48, nov. 2006, II 10195. V. également TGI Paris, 3^e ch., sect. 3, 21 mars 2000,

d'expression par le recours à une exception de parodie que des limites du pouvoir du titulaire du droit de marque déterminées en contemplation de ce que recouvre l'usage du signe dans la vie des affaires¹⁴¹⁸.

375. Un rapprochement possible entre les exceptions via la référence aux droits fondamentaux ? – En revanche, parmi les exceptions limitativement et expressément prévues par les textes, certaines sont sous-tendues par certains droits et libertés fondamentaux. Ainsi, l'ensemble des exceptions destinées à un usage privé, telles que l'exception de représentation dans le cercle de famille, l'exception de copie privée en droit d'auteur, ou l'exception tenant dans les actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales en propriété industrielle, trouvent leur justification dans le droit au respect de la vie privée des individus. L'exception de parodie, prévue en droit d'auteur et récemment adoptée en droit des dessins et modèles, tient sa raison d'être de la liberté d'expression¹⁴¹⁹. Les exceptions transversalement prévues permettant d'exercer une activité d'enseignement et/ou de recherche sans craindre de se rendre coupable d'un acte de contrefaçon permettent de concrétiser l'exercice de la liberté d'enseignement et de recherche. Cette mise en exergue de principes communs aux exceptions doit, à présent, être complétée par l'analyse de leurs règles d'interprétation.

B. Les règles d'interprétation des exceptions

376. Les règles communes gouvernant de l'interprétation des exceptions. – Même si les exceptions aux droits de propriété intellectuelle sont diverses, elles obéissent à deux règles communes principales en ce qui concerne leur interprétation : d'une part, les exceptions sont toutes expressément et limitativement prévues par la loi (1) ; d'autre part, elles obéissent en principe à la règle d'interprétation stricte (2). S'agissant des deux règles d'interprétation retenues, il est communément admis que celles-ci irriguent l'ensemble des exceptions aux droits de propriété intellectuelle¹⁴²⁰. S'agissant de leur signification, la règle d'exhaustivité implique que les exceptions sont limitativement prévues et énumérées par la loi. Par conséquent, seul le législateur est en mesure d'en créer des nouvelles, à l'exclusion du juge. La règle d'interprétation stricte signifie, quant à elle, que les conditions de mise en œuvre des exceptions doivent être appréciées strictement ; elles

RATP c. Laurent M. et Valentin Lacambre, déc. préc. : Ch. Caron, « Refus de l'exception de parodie de marque sur les réseaux », comm. préc.

¹⁴¹⁸ J. Passa, « Les conditions générales d'une atteinte au droit sur une marque », *Propr. Indust.* n° 2, fév. 2005, étude 2, n° 10.

¹⁴¹⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection juridique des dessins ou modèles (refonte), 28 nov. 2022, préc., cons. 32 ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires et abrogeant le règlement (CE) n° 2246/2002 de la Commission, préc., cons. 15.

¹⁴²⁰ V. Varnerot, « La densification normative par concentration de la propriété intellectuelle. L'exemple de l'épuisement du droit », art. préc., pp. 211-212. Pour une illustration jurisprudentielle de la règle d'interprétation stricte en droit des dessins et modèles, TGI Paris, 3^e ch., sect. 4, 10 oct. 2013, *Piganiol Sas c. L'Oréal, Publicis Conseil, SA Art. Department Europe et a.* : PIBD 2013, n° 997, III, p. 40.

obéissent à une logique principe/exception. Si la situation est claire en apparence, ces règles ne sont pas exemptes de bouleversements qui, pour la plupart, s'illustrent en droit d'auteur.

1. Les exceptions limitativement énumérées par la loi

377. Le rôle unificateur du test en trois étapes. – Le triple test est un principe directeur visant à encadrer la création d'exceptions, afin de garantir que le législateur ne vide pas le droit exclusif de toute substance. Sa genèse remonte à l'article 9.2 de la convention de Berne dans sa version de l'acte de Paris. Son intégration avait pour but de réaliser un compromis entre les pays connaissant un système d'exceptions limitativement prévues, tels que la France, et les pays connaissant un système d'exceptions plus ouvert, tels que les pays anglo-saxons intégrant le *fair use* ou *fair dealing*¹⁴²¹. Le mécanisme a ensuite été repris au sein des accords ADPIC¹⁴²², au-delà du seul droit d'auteur, ce qui lui confère un caractère transversal. Comme son nom l'indique, le triple test regroupe trois étapes qui doivent être remplies pour que l'acte accompli sur un objet de propriété intellectuelle demeure couvert par l'exception : l'exception doit d'abord être spéciale, elle doit, ensuite, ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé et elle doit, enfin, ne pas porter un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. En droit français, il a été mis en place par la loi DADVSI de 2006¹⁴²³ et a pris place à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose, en son avant dernier alinéa, que « [l]es exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». La première étape oblige le législateur à préciser le cadre dans lequel l'exception se développe, de sorte qu'une indication trop vague ou générale ne permettrait pas de remplir cette première condition. À la lecture de la disposition précitée, il semble que la première étape du triple test n'ait pas été transposée : les exceptions prévues en droit français du droit d'auteur étant déjà limitatives, la première étape était donc d'ores et déjà remplie¹⁴²⁴.

La seconde étape implique que le jeu de l'exception ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé. D'après le rapport de l'OMC rendu le 15 juin 2000 à la suite d'un différend portant sur l'article 110, 5) de la loi sur le droit d'auteur américain, l'exploitation normale renvoie aux « formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable »¹⁴²⁵. L'idée étant de ne pas vider de leur sens les

¹⁴²¹ M. Vivant, J.-M. Bruguier, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 619.

¹⁴²² Malgré une phraséologie variant d'une disposition à l'autre (art. 13, art. 26.2 et art. 30 des accords ADPIC), il est admis qu'elles participent à la reconnaissance internationale du triple test en tant qu'instrument d'interprétation des exceptions, v. M. Senfleben, « Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? », *IIC*, Vol. 37, No. 4, 2006, pp. 407-438.

¹⁴²³ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, préc.

¹⁴²⁴ M. Vivant, J.-M. Bruguier, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 620.

¹⁴²⁵ OMC, *Rapport du Groupe spécial Etats-Unis – Article 110, 5), de la loi sur le droit d'auteur*, 15 juin 2000, WT/DS160/R, n° 6.180, accessible sur <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/160R-00.pdf&Open=True> (consulté le 11/11/2024).

exceptions prévues par la loi, il ne s'agit pas de les condamner *per se*¹⁴²⁶, mais de les évincer lorsque ces exceptions « *concernant un droit exclusif qui est prévue dans la législation nationale va jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre [...], si des utilisations, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficient de l'exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre (c'est-à-dire le droit d'auteur) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles* »¹⁴²⁷.

La dernière étape selon laquelle l'exception ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts du titulaire consiste à « *apprécier la proportionnalité entre l'octroi de l'exception et la préservation des intérêts de l'auteur* »¹⁴²⁸. Par la reconnaissance d'une exception, le titulaire du droit souffre nécessairement d'un préjudice puisqu'il ne peut agir contre ces utilisations couvertes. Cette étape neutralise l'exception lorsque celle-ci lui cause un préjudice injustifié, c'est-à-dire un préjudice qui dépasse ce que le législateur a pu raisonnablement anticiper en créant l'exception.

Bien que le triple test soit un mécanisme favorablement accueilli, l'appréciation qui en est faite suscite certaines réserves. L'approche livrée dans le rapport de l'OMC précité étant éminemment économique et fondée sur une appréciation hiérarchisée des étapes du test, l'Institut Max Planck a proposé une interprétation plus équilibrée du triple test en droit d'auteur en en promouvant une appréciation globale¹⁴²⁹.

378. D'une règle de création de l'exception à une règle d'interprétation des exceptions¹⁴³⁰.

– Le triple test apparaît comme une règle de création en ce qu'il permet la découverte de nouvelles exceptions si tant est qu'elles ne soient pas libellées en des termes vagues ou généraux pour que la première étape soit franchie. En effet, les exceptions n'étant pas exhaustivement prévues, la mise en place du triple test est propice à la création de nouvelles exceptions qui viseraient des cas spéciaux. Ainsi, le législateur de l'Union, en adoptant la directive DAMUN en 2019, a, au sein du Titre II dudit texte, mis en place de nouvelles exceptions, telles que l'exception de fouille des données (ou *data mining*) et les soumet au triple test, son article 7.1 opérant un renvoi vers l'article 5.5 de la directive « *société de l'information* » de 2001 portant sur ce triple test.

Il est également devenu une règle d'interprétation des exceptions depuis l'arrêt *Mulholland Drive* rendu par la Cour de cassation. À l'occasion de cette affaire, l'exception de copie privée a été la première exception à avoir été soumise au test en trois étapes. En l'espèce, l'utilisateur d'un DVD, dans l'impossibilité de réaliser une copie du film vers un autre support en raison de mesures

¹⁴²⁶ « [C]haque utilisation d'une œuvre qui, en principe, entre dans le champ des droits exclusifs et implique un gain commercial, ne porte pas nécessairement atteinte à l'exploitation normale de cette œuvre. Si tel était le cas, pratiquement aucune exception ou limitation ne satisferait à la deuxième condition et l'article 13 pourrait être vidé de son sens, parce que l'exploitation normale serait assimilée au plein exercice de droits exclusifs », *ibid.*, n° 6.182.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, n° 6.183.

¹⁴²⁸ S. Dusollier « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, p. 227.

¹⁴²⁹ Ch. Geiger, J. Griffiths, R. M. Hilty, « Déclaration en vue d'une interprétation du "Test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur », *Cab. Propr. Intell.* n° 1, vol. 24, janv. 2012, p. 147 et s., spéc. p. 151.

¹⁴³⁰ C. Zolynski, « Le test en trois étapes, renouvellement des pouvoirs du juge ? » *Legicom* n° 39, 2007/3, p. 107 et s.

techniques, a saisi le juge judiciaire à l'encontre des producteurs du film. En première instance, le demandeur fut débouté de ses prétentions, mais elles ont été accueillies en appel. Le litige portait sur la question de savoir si la copie privée réalisée par l'utilisateur portait atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale de l'œuvre. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé par les défendeurs à l'instance, a mis en œuvre pour la première fois le triple test et a rendu un arrêt de cassation, considérant que la seconde étape de ce test n'avait pas été vérifiée correctement par les juges d'appel. Elle leur a par ailleurs indiqué la marche à suivre : l'exploitation normale de l'œuvre 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* »¹⁴³¹. Cette solution a été assez critiquée. Bien qu'elle soit conforme à la philosophie économique du test, il lui a notamment été reproché de recourir à la notion de risque alors que le texte vise une atteinte¹⁴³², d'inciter le juge du fond à tenir compte d'études économiques, des spécificités propres à un secteur pour apprécier « *l'importance économique* » que revêt l'exploitation de l'œuvre¹⁴³³. Cela étant, l'exception de copie privée numérique doit désormais s'interpréter à la lumière du test en trois étapes, ce qui en fait un principe d'interprétation judiciaire, précisément parce que le test a été ajouté à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Le juge de l'Union, dans l'arrêt *Infopaq*, fournit une analyse analogue car, tout en rappelant le principe d'interprétation stricte des exceptions, il estime que « *[i] en va d'autant plus ainsi que cette exemption doit être interprétée à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29, selon lequel ladite exemption n'est applicable que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou de l'autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* »¹⁴³⁴. Le triple test conforte donc le principe d'interprétation stricte des exceptions.

379. La règle d'exhaustivité, expression du principe de légalité des délits et des peines. –

La contrefaçon étant une infraction pénale, les exceptions apparaissent comme des faits justificatifs permettant d'exonérer de toute responsabilité celui qui les commet puisque le titulaire du droit ne peut les interdire. Elles sont donc des causes d'irresponsabilité pénale¹⁴³⁵. En affirmant que les exceptions sont soumises à une règle d'exhaustivité, celle-ci constitue alors une illustration du principe de légalité des délits et des peines, ce principe obligeant à ce que les personnes puissent clairement savoir si leur action est pénalement répréhensible. Or, seule l'édiction d'une exception légale peut apporter cette garantie¹⁴³⁶.

¹⁴³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 fév. 2006, n° 05-15.824.

¹⁴³² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 373.

¹⁴³³ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 621.

¹⁴³⁴ CJCE, 4^e ch., 16 juil. 2009, *Infopaq A/S c. Danske Dagblades Forening*, déc. préc., pts. 56 et 58 ; A. Lucas, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif (CPI, art. L. 122-5 à L. 122-5-4 et L. 331-4 ; C. patr., art. L. 132-4). – Problématique générale », Fasc. 1248, LexisNexis, 1^{er} janv. 2022, maj, 1^{er} juin 2024, n° 56.

¹⁴³⁵ A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, LGDJ, 2022, n° 88 et s.

¹⁴³⁶ Toutefois, le principe de légalité des délits et des peines, propre au droit pénal, ne peut s'accommoder de la flexibilité offerte par le triple test. Cet argument avait été mis en avant par les auteurs du recours formé devant le Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi DADVSI assurant la transposition du triple test, « *le justiciable ne*

380. Le pouvoir créateur des juges. – La règle d'exhaustivité a été mise à mal en droit interne par la jurisprudence *Klasen* car elle instaure un contrôle de proportionnalité qui ne dit pas son nom en mettant en balance le droit exclusif du titulaire et les droits fondamentaux dont arguent les défendeurs, à défaut de pouvoir invoquer les exceptions préexistantes. Cette affaire fait suite à l'intégration par un artiste plasticien de photographies préexistantes dans certaines de ses œuvres. Le photographe, estimant qu'il y avait atteinte à ses droits moraux et patrimoniaux, a intenté une action en contrefaçon à l'encontre de l'artiste. En l'absence d'exceptions exonérant l'artiste défendeur, la qualification de contrefaçon semblait inévitable, et les juges du fond ont abondé en ce sens, ne laissant aucune place au moyen tiré de l'atteinte à la liberté d'expression artistique du défendeur. Pourtant, la Cour de cassation, au visa de l'article 10.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, a cassé l'arrêt d'appel lui reprochant de ne pas avoir expliqué « *de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait* »¹⁴³⁷. La solution a été réitérée dans l'affaire *Dialogue des Carmélites*, œuvre adaptée au théâtre en 1957 et dont la représentation faite en 2010 a été jugée dénaturante par les ayants-droits. À cette occasion, la première chambre civile de la Cour de cassation, au même visa, a reproduit le même attendu que celui de la jurisprudence *Klasen* et a enjoint les juges du fond d'opérer une mise en balance des différents intérêts en présence¹⁴³⁸.

La jurisprudence *Klasen* a entraîné pléthore de réactions au sein de la doctrine dont les professeurs Vivant et Bruguière rendent compte¹⁴³⁹ : d'aucuns y ont vu une remise en cause de l'équilibre recherché par le législateur¹⁴⁴⁰, d'autres une inspiration pernicieuse du *fair use* américain¹⁴⁴¹, d'autres encore une « *“méta-exception” externe au droit d'auteur* » dont le champ d'application n'est pas défini¹⁴⁴², ou bien un contrôle basé sur une méthode imprécise mettant à mal le syllogisme¹⁴⁴³. De cette façon, la porte semble avoir été rouverte à la création de nouvelles exceptions par le juge, au détriment de la règle d'exhaustivité des exceptions. Certes, cette règle ne prévoit aucun « *numerus clausus* » en

pouvant savoir à l'avance s'il remplit les exigences du triple test compte tenu des “conditions techniques ou économiques de l'exploitation de telle œuvre en particulier” », A. Lucas, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif (CPI, art. L. 122-5 à L. 122-5-4 et L. 331-4 ; C. patr., art. L. 132-4). – Problématique générale », fasc. préc., n° 63.

¹⁴³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, *Alix Malka c. Peter Klasen*, n° 13-27.391 : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Photographies. Originalité. Preuve », *RTD com.* 2015. 509, et F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral. CEDH », *RTD com.* 2015. 515 ; E. Treppoz, note ss. déc. préc., « Klasen : liberté de création en tension », *JAC* 2016, n° 39, p. 28 ; CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 16 mars 2018, n° 15/06029 : V.-L. Benabou, obs. ss. déc. préc., « Klasen : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres », *Dalloz IP/IT* 2018. 300 ; F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Affaire *Klasen c/ Malka*, l'arrêt sur renvoi : comme un boomerang ? », *RTD com.* 2018. 345.

¹⁴³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, déc. préc. : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Mise en scène. Droit au respect de l'œuvre. Liberté de création », *RTD com.* 2017. 891 ; J. Daleau, obs. ss. déc. préc., « “Dialogue des Carmélites” : le couperet est tombé », *Dalloz IP/IT* 2017. 536 ; A.-E. Kahn, comm. ss. déc. préc., « *Dialogues des Carmélites* : atteinte disproportionnée au droit moral », *JAC* 2016, n°39, p. 32.

¹⁴³⁹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 650.

¹⁴⁴⁰ F. Pollaud-Dulian, « Quo vadis lex ? », *RTD com.* 2016. 641.

¹⁴⁴¹ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 578.

¹⁴⁴² A. Bensamoun, P. Sirinelli, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... », *D.* 2015. 1672.

¹⁴⁴³ P.-Y. Gautier, « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015. 2189, spéc. n° 6 et s.

termes d'exceptions ; elle signifie simplement que la création de nouvelles exceptions ne peut venir que du législateur. En adoptant une telle position, la jurisprudence remet en cause cette règle et crée une insécurité juridique vis-à-vis des titulaires de droit. Une autre frange de la doctrine, dont la vision semble teintée de pragmatisme, s'est montrée plus favorable à cette solution. Le droit de la propriété intellectuelle, en tant que droit fondamental, doit nécessairement faire l'objet de cette mise en balance lorsqu'il est confronté à un autre droit fondamental. L'insécurité juridique que crée cette mise en balance est inévitable puisque l'appréciation menée est forcément *in concreto*, mais elle n'est aucunement synonyme de hiérarchisation du droit de la propriété intellectuelle vis-à-vis d'un autre droit fondamental. En effet, la mise en balance n'établit pas un rapport principe/exception¹⁴⁴⁴. Le pragmatisme peut aussi être de mise à l'égard de la solution de la Cour de cassation : il a pu être relevé que la Cour de cassation, en cassant l'arrêt d'appel, n'a rien fait d'autre que contrôler l'arrêt d'appel en droit, dont la solution était quelque peu « *abrupte* » en ce qu'elle a privilégié le droit d'auteur « *faute d'intérêt supérieur* », alors même que le défendeur invoquait son droit à la liberté d'expression¹⁴⁴⁵. La doctrine favorable à ce courant expansionniste met également en avant l'adaptabilité innervant un système d'exceptions ou de limitations plus ouvert, plus en prise avec la rapidité des évolutions sociales et technologiques. Mais c'était sans compter l'intervention du juge de l'Union.

381. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice quant à l'exigence d'une exception d'origine légale. – Cette jurisprudence a été écartée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans une série de trois arrêts du 29 juillet 2019¹⁴⁴⁶ qui réaffirme le caractère exhaustif des exceptions du droit d'auteur. Ces trois affaires font état de faits distincts : il était question d'un échantillonnage, ou

¹⁴⁴⁴ Ch. Geiger, « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », *in GAPI, op. cit.*, p. 16 et s., spéc. n° 17.

¹⁴⁴⁵ M. Vivant, J.-M. Bruguier, *re, Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 650.

¹⁴⁴⁶ CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17 ; CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, et CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, aff. C-516/17 : A. Latil, « Les exceptions aux droits d'auteur : une mise en balance sous surveillance », *Daloz IP/IT* 2020. 317 ; E. Treppoz, « De l'apparente rigidité du droit d'auteur européen en matière d'exceptions », *RTD eur.* 2019. 927 ; F. Benoît-Rohmer, « Chronique UE et droits fondamentaux - Liberté d'information et droits d'auteur (art. 11 et 17 de la Charte) », *RTD eur.* 2020. 324 ; V. Varet, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la Cour de justice entre régression et innovation », *Légipresse* 2019. 541 ; Ch. Alleaume, « Propriété littéraire et artistique », *Légipresse* 2020. 69 ; J.-M. Bruguier, « L'équilibre des droits en matière de droit d'auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions », *JCP G* n° 40, sept. 2019, act. 992.

N. Maximin, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, déc. préc., « Soumission du *sampling* à l'autorisation du producteur de phonogrammes », *Daloz IP/IT* 2019. 465 ; F. Pollaud-Dulian, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, déc. préc., « *Sampling* et droit de reproduction : exceptions et liberté de création à l'assaut du droit exclusif », *RTD com.* 2020. 74 ; Ch. Caron, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, déc. préc., « Les arrêts du 29 juillet 2019 (1/3) : à propos de l'échantillonnage », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2019, comm. 75. N. Maximin, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, déc. préc., « Liberté d'expression, droit d'auteur et documents militaires classifiés », *Daloz IP/IT* 2019. 464 ; Ch. Caron, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, déc. préc., « Les arrêts du 29 juillet 2019 (2/3) : les mystères de la balance des intérêts », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2020, comm. 1. F. Pollaud-Dulian, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, déc. préc., « Nouvelle interprétation des exceptions et promotion de la liberté d'expression : les coups de boutoir de la CJUE contre le droit d'auteur », *RTD com.* 2020. 83 ; Ch. Caron, comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, déc. préc., « Les arrêts du 29 juillet 2019 (3/3) : des précisions sur deux exceptions au droit d'auteur », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2020, comm. 11.

sampling, d'un phonogramme protégé dans l'affaire *Pelham*, de la reproduction de documents militaires dans l'affaire *Funke Medien* et d'une publication non autorisée sur un site internet par un éditeur d'un manuscrit écrit par un homme politique dans l'affaire *Spiegel*. Dans l'arrêt *Pelham*, il était notamment demandé si les États membres disposaient d'une certaine marge de manœuvre dans la création de nouvelles exceptions. Le juge de l'Union y répond négativement et réaffirme la règle d'exhaustivité des exceptions : les États membres ne peuvent créer de nouvelles exceptions, y compris au nom des droits et libertés fondamentaux. La solution est en conformité avec le considérant 32 de la directive « société de l'information » de 2001 qui pose la règle selon laquelle les exceptions prévues par la directive sont exhaustives. Par ailleurs, elle ne fait que rappeler une jurisprudence bien établie¹⁴⁴⁷. Les exceptions garantissent déjà un équilibre interne entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Funke Medien*, outre la question posée à propos de la protection de documents militaires¹⁴⁴⁸, le juge national a également demandé au juge de l'Union s'il était nécessaire d'en passer par une mise en balance des intérêts lorsque le droit de la propriété intellectuelle entre en conflit avec un autre droit fondamental. Là encore, une réponse négative est formulée, les exceptions prévues par la directive de 2001 opérant déjà une mise en balance interne, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recourir à un équilibre externe¹⁴⁴⁹. La solution rendue dans l'affaire *Spiegel* réitère les solutions des autres arrêts, en rappelant que le droit d'auteur comporte déjà un équilibre interne permettant de le concilier avec les autres intérêts en présence et que les exceptions s'interprètent strictement. Une certaine doctrine a considéré qu'il avait été mis fin, par ces décisions, au « contrôle de proportionnalité externe au droit d'auteur »¹⁴⁵⁰. Mais, selon plusieurs commentateurs, les conséquences de cette jurisprudence ne s'arrêteraient pas là : non seulement la création d'exceptions au niveau national devra, désormais, correspondre au cadre tel que défini par le droit de l'Union, mais aussi la liberté jusqu'alors laissée au législateur national pour créer de nouvelles exceptions est supprimée¹⁴⁵¹. La directive « société de l'information » de 2001, bien qu'elle harmonise fortement les exceptions, laissait une certaine marge de manœuvre aux législations nationales s'agissant de la transposition de certaines exceptions de nature facultative. Mais cette série d'arrêts qui participe au parachèvement de la construction européenne du droit d'auteur à propos des exceptions peut être interprétée comme une restriction à cette liberté. Si la règle d'exhaustivité est rappelée est entérinée par la jurisprudence de l'Union, la règle d'interprétation stricte des exceptions en est ressortie plus nuancée.

¹⁴⁴⁷ CJUE, 3^e ch., 16 nov. 2016, *Soulier et Doko*, aff. C-301/15, ou encore CJUE, 7 août 2018, *Renckhoff*, aff. C-161/17.

¹⁴⁴⁸ V. *supra* n° 304.

¹⁴⁴⁹ Ch, Caron, « Les arrêts du 29 juillet 2019 (2/3) : les mystères de la balance des intérêts », comm. préc.

¹⁴⁵⁰ *Loc. cit.*

¹⁴⁵¹ Au surplus, les exceptions nationales qui n'ont pas d'équivalent en droit de l'Union devront être supprimées, *loc. cit.*

2. La règle d'interprétation stricte des exceptions

382. Le fondement de la règle : *exceptio est strictissimae interpretationis*. – Compte tenu du caractère dérogatoire des exceptions, leurs conditions de mise en œuvre doivent être appréciées de manière stricte. Pour ce faire, elles obéissent à une règle d'interprétation stricte. Cette règle, logée dans la locution latine *exceptio est strictissimae interpretationis*, signifie que « *les exceptions admises par la loi doivent être renfermées dans leurs termes littéraux, et aussi que l'interprète n'a pas le pouvoir d'admettre des exceptions [...] sans texte* »¹⁴⁵².

383. L'interprétation « finaliste » des exceptions. – Ce que la série d'arrêts de 2019 susmentionnée a donné d'une main, elle l'a reprise de l'autre main. En effet, si, à propos de la règle d'exhaustivité, la Cour de justice a simplement évincé tout contrôle de proportionnalité, elle a réintégré ce paramètre à l'aune de la règle d'interprétation stricte des exceptions en ajoutant que leur interprétation doit, en quelque sorte, être finalisée en ce qu'elle doit prendre « *en considération les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union* »¹⁴⁵³. Désormais, l'appréciation des exceptions doit s'effectuer au regard des droits fondamentaux, passant ainsi d'une logique principe/exception à une logique de recherche d'équilibre entre deux droits de nature équivalente (droit exclusif et droit fondamental). Concrètement, cela implique que le droit fondamental invoqué « *doit se loger au sein d'une exception prévue par le législateur européen pour en guider l'interprétation* »¹⁴⁵⁴. Ce changement de méthode participe à une remise en cause de la règle d'interprétation stricte¹⁴⁵⁵.

La Cour de justice avait déjà dégagé une règle d'interprétation « finaliste » des exceptions, laissant entendre que l'exception devait jouer dans la pleine mesure de sa justification à l'occasion de l'affaire *Eva Maria Painer*. À la suite de l'enlèvement d'une jeune fille en Autriche, sa photographie, prise par une photographe réalisant des portraits d'enfants dans les écoles, avait été largement diffusée dans les médias. Des années plus tard, après que la jeune fille ait pu échapper à son ravisseur, la photographie a alors fait l'objet de nouvelles publications dans les journaux, sans que l'autorisation de la photographe ait été recueillie. La question de la protégeabilité de la photographie étant mise de côté, il s'agissait notamment de savoir si l'utilisation de la photographie de la jeune fille par les médias pouvait être couverte par une exception tenant dans un impératif de sécurité public. En droit français, une telle exception est prévue par l'article L. 331-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *[L]es droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique* ». Mise en place à l'origine pour éviter que le droit d'auteur, et particulièrement le droit moral de divulgation, ne constitue une obstruction à la justice, cette exception peut trouver à s'appliquer lorsque des situations impérieuses

¹⁴⁵² J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, PUF, 2^e éd., 2017, n° 157.

¹⁴⁵³ Ch. Caron, « Les arrêts du 29 juillet 2019 (3/3) : des précisions sur deux exceptions au droit d'auteur », comm. préc.

¹⁴⁵⁴ *Loc. cit.*

¹⁴⁵⁵ A. Latil, « Les exceptions aux droits d'auteur : une mise en balance sous surveillance », obs. préc.

l'exigent, tel que l'enlèvement d'un enfant dont la photographie doit impérativement être diffusée. Les éditeurs de presse, en l'espèce, ont tenté d'invoquer cette exception, mais l'argument a été rejeté par la Cour de justice. L'article 5.3, e), de la directive de 2001 prévoyant cette exception laisse une certaine marge de manœuvre aux États membres pour déterminer les conditions dans lesquelles elle peut être invoquée. Elle précise néanmoins que cette marge doit être guidée par le respect des principes généraux du droit de l'Union, en particulier du principe de proportionnalité¹⁴⁵⁶. Elle doit également être interprétée strictement¹⁴⁵⁷ et être soumise au triple test¹⁴⁵⁸. Au regard de ces éléments, la Cour en déduit qu'un média ne peut invoquer cette exception de sa propre initiative. Cela ne peut être possible que si l'État membre prend des mesures visant à assurer la sécurité publique, telles que le déclenchement d'une alerte enlèvement, qui justifieraient alors que les médias puissent invoquer cette exception afin de contribuer « *ponctuellement* » à la diffusion de l'œuvre normalement protégée¹⁴⁵⁹.

384. L'unité tout juste perceptible des exceptions. – À la lumière de ces éléments, il apparaît que la recherche d'une transversalité en matière d'exceptions aux droits de propriété intellectuelle se heurte rapidement aux singularités des droits eux-mêmes et, corrélativement, des exceptions qui les accompagnent. Toutefois il est possible de percevoir un semblant d'unité au regard des idées communément partagées par certaines exceptions et des règles d'interprétation qui semblent toutes les gouverner, au-delà de la profusion des divergences « *sectorielles* ».

Pourtant, la mise en place de dispositions communes portant sur les exceptions ne serait pas dénuée d'intérêt : comme cela a pu être relevé¹⁴⁶⁰, malgré les points de rencontre qui peuvent être identifiés, les dispositions portant sur les exceptions demeurent dispersées au sein du Code de la propriété intellectuelle et, surtout, occupent une place qui n'est en rien révélatrice de leur importance. L'érection de règles communes relatives à des exceptions « *transversales* » participerait d'une visibilité accrue des équilibres que la propriété intellectuelle entend sauvegarder entre le jeu du droit exclusif par le titulaire et la capacité d'usage ouverte aux tiers.

385. Conclusion du Chapitre I. – Dans son versant patrimonial, l'unité du droit de la propriété intellectuelle est substantiellement perceptible par sa nature exclusive. Mais cette exclusivité s'avère paradoxalement relative en ce qu'elle est conditionnée par la réalisation d'une forme d'obligation d'exploitation, réduite par l'épuisement de certaines prérogatives, limitée dans le temps et dans l'espace et enfin sujette à la conciliation avec des intérêts rivaux par le biais d'exceptions.

Cette exclusivité se traduit par un monopole « *d'exploitation* », à savoir par la possibilité pour le titulaire de réaliser la valeur économique de son droit. À l'étude, il apparaît que ce monopole

¹⁴⁵⁶ CJUE, 3^e ch., 1^{er} de c. 2011, *Eva Maria Painer*, déc. préc., pt. 105.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, pt. 109.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, pt. 110.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, pts. 113-116.

¹⁴⁶⁰ V.-L. Benabou, « Les “exceptions” : variations autour d'une notion floue », art. préc., p. 109.

n'est pas sans limite dans la mesure où la faculté d'autoriser ou d'interdire l'exploitation n'est pas une fin en soi mais le moyen d'accomplir l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle en cause, selon la fonction essentielle qui lui a été assignée par le législateur. Il en résulte que l'exploitation de l'objet protégé n'est pas toujours à la discrétion du titulaire mais s'inscrit dans une forme d'obligation qui peut adopter plusieurs déclinaisons selon qu'elle est sanctionnée par la perte de la protection légale ou par la seule perte de l'exclusivité pour celui qui ne satisfait pas aux obligations qualitatives et quantitatives d'exploitation.

Le monopole d'exploitation confère à son titulaire la capacité de réaliser la valeur économique du droit, ce qui se comprend également au regard de l'épuisement de l'exclusivité lorsque cette valeur est réalisée. Le droit patrimonial du titulaire est, en effet, limité dans son exercice après le premier acte de mise en circulation de l'objet protégé. L'étude approfondie de cet épuisement a permis de révéler la transversalité de ses conditions de mise en œuvre, en dépit de la variabilité de son domaine d'application selon les droits concernés. À droit constant, la transversalité de l'épuisement des droits se limite donc aux conditions de sa mise en œuvre même si un certain rapprochement entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle est à l'œuvre s'agissant des prérogatives sujettes à épuisement.

Cette exclusivité est enfin encadrée en ce qu'elle peut être limitée, voire évincée. Par nature, le droit exclusif du droit de la propriété intellectuelle s'accompagne de limites temporelles et géographiques partagées par l'ensemble des régimes, mais qui peuvent présenter des spécificités. Tel est le cas de la limite temporelle qui induit une protection temporaire dont la durée varie selon le droit de propriété intellectuelle envisagé. Au surplus, le droit exclusif peut être évincé lorsque sont mises en jeu les exceptions. Toutefois, en dehors du principe même d'un droit sujet à exception, qui est communément admis, et hormis certaines justifications sous-jacentes communes aux exceptions, tels que l'usage privé, il reste compliqué de percevoir une logique transversale aux différentes exceptions retenues dans les régimes spécifiques. Seules les règles d'édiction et d'interprétation des exceptions semblent procéder d'une telle logique, encore que la jurisprudence puisse susciter des doutes quant à leur stabilité.

Au terme de cette analyse de la dimension économique du droit de propriété intellectuelle surgit, au-delà des divergences propres à chaque régime, un embryon de droit commun consistant dans la reconnaissance d'un droit exclusif certes, mais d'une exclusivité relative, limitée dans le temps comme dans l'espace, conditionnée par la réussite du maintien du délicat équilibre entre poursuite de la réalisation de la valeur du droit pour le titulaire et conciliation des intérêts légitimes des tiers dans l'usage de l'objet protégé. À cette dimension économique vient toutefois s'ajouter une texture extra-patrimoniale dont il convient de déterminer si elle est porteuse de forces centrifuges ou centripètes pour la cohérence d'ensemble de la matière.

Chapitre II. La dimension extra-patrimoniale éprouvée par l'approche transversale

386. Le droit moral « au-delà du droit d'auteur, mais par le droit d'auteur »¹⁴⁶¹. – Envisager la dimension extra-patrimoniale, ou plus précisément ce qu'il est convenu de nommer le droit moral dans le cadre d'une étude consacrée à la transversalité en propriété intellectuelle peut sembler contre-intuitif. En effet, à première vue, le droit moral central en droit de la propriété littéraire et artistique, demeure assez méconnu des droits de propriété industrielle ; de ce constat rapide devrait donc s'inférer celui, non moins expéditif d'une impossible convergence de la propriété intellectuelle sur le sujet. Si tel est le cas, cela signifierait-il que la place du droit moral en propriété intellectuelle est contingente¹⁴⁶², accessoire¹⁴⁶³, de sorte qu'il puisse être purement et simplement écarté de l'exercice de définition ambitionné ? Une telle réponse, à tout le moins livrée aussi tôt, se fonde néanmoins sur un argument *a priori* dont il convient de vérifier auparavant qu'il est effectivement fondé. En outre, la ligne directrice de la présente étude étant précisément d'identifier les éléments transversaux susceptibles de poser les jalons d'une définition substantielle du droit de la propriété intellectuelle, un abandon précoce du potentiel fédérateur du droit moral constituerait une occasion manquée à cet égard. En somme, pour savoir si le droit moral constitue un élément incontournable de la définition du droit de la propriété intellectuelle, il importe d'interroger sa transversalité. Cette interrogation, formulée de manière neutre, donne lieu à des résultats empreints de nuance : il est loisible d'observer une transversalité relative du droit moral de la propriété intellectuelle (Section 1), qui doit être mise en relation avec le traitement ambivalent qui lui est réservé (Section 2).

Section 1. *De lege lata*, la transversalité partielle du droit moral

387. La transversalité du droit moral analysée avec modération. – Appréhender de manière transversale le droit moral en droit de la propriété intellectuelle commande de réaliser l'exercice avec la plus grande prudence, tant au regard des occurrences constatées que de leur nature supposément « morale ». Or, les éléments de contexte propres au droit de la propriété intellectuelle ne placent pas l'analyse envisagée dans des dispositions idéales : le terrain d'élection du droit moral est originellement le droit d'auteur, un droit de propriété intellectuelle qui se distingue, assez

¹⁴⁶¹ Cette formulation est fortement inspirée du *leitmotiv* « au-delà du Code civil, mais par le Code civil » que l'on doit à Saleilles et qui révèle la méthode de la libre recherche scientifique prônée par ce dernier, v. en ce sens V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 653. Pour ce propos, cette formulation est davantage un pastiche (qui ne s'entend pas d'une parodie) qu'une application de la méthode proposée par Saleilles : il s'agit de révéler l'idée force de l'analyse actuellement menée qui est de rechercher un droit moral transversal au-delà du droit d'auteur, mais tout en revenant aux règles qu'en donne le droit d'auteur lorsque cela s'impose, à défaut de régime de droit moral équivalent dans le reste du droit de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁶² J.-M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, « De la propriété comme modèle », *in* *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, n° 26.

¹⁴⁶³ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 343 et s., spéc. n° 357.

nettement des autres droits de propriété intellectuelle intégrés dans la catégorie du droit de la propriété industrielle. En somme, s'il est possible de relever des manifestations du droit moral au-delà du droit d'auteur (§1), il est nécessaire de se demander si elles sont effectivement dotées d'une nature extra-patrimoniale (§2).

§1. Les manifestations discrètes du droit moral en propriété intellectuelle

388. La recherche d'occurrences de droit moral en propriété intellectuelle. – Guidée par l'idée de mesure, l'approche transversale du droit moral ne consiste pas à percevoir du droit moral dans les moindres recoins des différents droits de propriété intellectuelle mais à identifier les mécanismes présents au sein de ces catégories variées de prérogatives et qui pourraient cependant s'abriter sous une bannière commune. En ce sens, le droit moral irrigue déjà la propriété littéraire et artistique en ce qu'il est reconnu tant aux auteurs titulaires d'un droit d'auteur qu'aux artistes-interprètes titulaires d'un droit voisin (A). À l'aune des autres droits de propriété intellectuelle, l'exercice est, en revanche, moins aisé ; en l'état du droit actuel, seule la notion de paternité¹⁴⁶⁴ semble constituer une constante au sein de la propriété intellectuelle (B). Si la proposition peut s'appuyer sur des éléments de droit positif, c'est à condition d'envisager la notion de paternité de manière renouvelée (C).

A. Le droit moral reconnu aux acteurs de la création en propriété littéraire et artistique

389. Le droit moral de l'artiste-interprète, justification du voisinage en droit d'auteur. – En propriété littéraire et artistique, le droit moral est doté d'une transversalité patente en ce qu'il est reconnu aux auteurs et aux artistes interprètes. D'ailleurs, c'est la reconnaissance du droit moral aux artistes-interprètes par l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle qui justifie le voisinage entre le droit voisin et le droit d'auteur¹⁴⁶⁵. Cette reconnaissance est justifiée par le fait que leur prestation porte la marque de leur personnalité¹⁴⁶⁶. Cela étant, la transversalité constatée n'est pas totale : bien que le droit moral de ces acteurs de la création convergent quant à ses caractères (1), il diverge quant à son contenu (2).

1. La convergence des caractères du droit moral

390. Un droit moral qualitativement équivalent. – L'article L. 212-2 précité dispose, en ses alinéas 2 et 3, que le droit moral « *inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne* » et qu'il est « *transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt* ».

¹⁴⁶⁴ L'expression « *droit d'attribution* » peut être préférée pour s'émanciper de la connotation patriarcale, voire sexiste, imprégnant l'expression « *droit de paternité* ». V. par exemple, M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 499.

¹⁴⁶⁵ V. *supra* n° 199.

¹⁴⁶⁶ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1385.

Par comparaison avec le droit moral de l'auteur qui est inaliénable, imprescriptible et perpétuel¹⁴⁶⁷, les deux premiers caractères sont explicitement mentionnés par la disposition, tandis que le caractère perpétuel est passé sous silence ; le texte se contente de dire que ce droit est transmissible aux héritiers de l'artiste. Cette absence n'empêche pas une doctrine autorisée d'y voir un droit moral perpétuel, *a fortiori* lorsque, en vertu de l'article L. 211-2, « le ministre chargé de la culture peut saisir l'autorité judiciaire, notamment s'il n'y a pas d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou désérence »¹⁴⁶⁸. Le fait que certains textes internationaux laissent une certaine latitude aux États sur ce point ne constitue pas davantage un obstacle à la reconnaissance de la perpétuité du droit moral de l'artiste-interprète. Parmi ces textes, le traité de l'OMPI¹⁴⁶⁹ et le traité de Beijing¹⁴⁷⁰ prévoient, en leurs articles 5.2 respectifs, que les droits moraux de l'artiste soient « après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux ». Ces textes, qui prévoient des minima, ne constituent aucunement un obstacle à la mise en place d'une protection perpétuelle. Ainsi, en droit français, c'est la perpétuité qui semble être de mise, la jurisprudence s'étant référée à l'imprescriptibilité du droit dans l'affaire *Henri Salvador*¹⁴⁷¹. Cependant, le caractère perpétuel du droit moral ne peut être entièrement déduit de son imprescriptibilité. Alors que la perpétuité est une qualité visant un droit subjectif, l'imprescriptibilité vise l'action en justice à disposition de son titulaire. Dire d'un droit qu'il est imprescriptible vise, en réalité, la dimension temporelle de la plénitude de pouvoir laissée à son titulaire, qui peut ne pas user de son droit sans craindre de le perdre. Dès lors, il ne peut être touché par une prescription extinctive tant que son droit perdure. S'il est logique que la perpétuité d'un droit subjectif soit suivie par son imprescriptibilité, l'inverse n'est pas automatique. De manière globale, le droit moral de l'auteur et de l'artiste-interprète se rejoignent dans leurs caractères ; mais ils tendent à diverger quant à leur contenu.

2. La divergence du contenu du droit moral

391. Un droit moral quantitativement différent. – L'article L. 212-2, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « [l']artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation ». Au contraire du droit moral de l'auteur, l'artiste-interprète ne dispose que d'un droit au respect et d'un droit de paternité, et ne connaît donc pas le droit de divulgation et le droit de retrait et de repentir.

392. Les prérogatives morales non reconnues à l'artiste-interprète. – L'artiste-interprète ne dispose pas d'un droit de divulgation. Il a déjà pu être relevé que le droit d'autoriser l'utilisation de son interprétation dont il dispose n'équivaut pas, pour le juge, à un droit de divulgation¹⁴⁷². Il en

¹⁴⁶⁷ CPI, art. L. 121-1, al. 3.

¹⁴⁶⁸ M. Vivant, J.-M. Bruguier, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 1273.

¹⁴⁶⁹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), 20 de c. 1996, TRT/WCT/001.

¹⁴⁷⁰ Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles, 24 juin 2012, TRT/BEIJING/001.

¹⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-11.112 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1461.

¹⁴⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petruciani c. SA Francis Dreyfus Music*, déc. préc. ; v. *supra* n° 220.

est de même pour le droit de retrait et de repentir : il n'en est pas fait mention dans l'article L. 212-2 précité. Cette absence s'explique sans doute par la prééminence du droit d'auteur sur le droit voisin de l'artiste-interprète telle que posée par l'article L. 211-1 du Code de la propriété intellectuelle étant donné que l'interprétation est, en réalité, l'interprétation d'une œuvre préexistante. Il serait donc peu commode que l'artiste puisse exercer un droit de retrait ou de repentir, alors même que l'auteur ne s'oppose pas à l'exploitation de l'œuvre interprétée¹⁴⁷³.

393. Les prérogatives morales reconnues à l'artiste-interprète. – L'artiste-interprète dispose d'un droit au respect et d'un droit de paternité.

Le droit au respect se décline en un droit au respect de son interprétation et de sa qualité. Même s'il est légalement reconnu, son application peut varier en pratique, notamment en matière de compilations. Bien que le juge reste, en principe, attaché au respect de cette prérogative tel que l'a illustré l'affaire *Jean Ferrat*¹⁴⁷⁴, sa garantie n'est pas automatique, en particulier lorsque l'artiste relève du genre musical auquel est consacrée la compilation¹⁴⁷⁵.

Le droit de paternité de l'artiste-interprète est équivalent à celui de l'auteur ; il peut être exercé positivement mais aussi négativement à travers le droit à l'anonymat¹⁴⁷⁶. Il peut cependant être neutralisé « *lorsque le mode d'utilisation de l'interprétation ou exécution impose l'omission de cette mention* »¹⁴⁷⁷. Qu'en est-il lorsqu'il s'agit de défendre le nom d'un groupe d'artistes ? Étant donné qu'il s'agit de la défense d'une entité et non d'artistes personnes physiques dans leur individualité, les professeurs Vivant et Bruguère considèrent que « *[l]a défense de ce nom ne relève vraisemblablement pas du droit moral* »¹⁴⁷⁸. La défense de ce nom pourrait davantage être envisagée sur le terrain du droit des marques, et/ou sur le terrain du droit des biens par le mécanisme de l'indivision, comme l'a suggéré l'affaire *Gipsy Kings*. Suite à l'exclusion de l'un des membres du groupe par les autres membres, celui-ci a intenté une action visant à leur interdire l'utilisation du nom du groupe sur le fondement de son droit d'auteur. Les juges du fond l'ont débouté de sa demande et la Cour de cassation a approuvé, en retenant que « *cette dénomination, qui était indissociable de l'existence du groupe qu'elle désignait et de son expression artistique originale et appartenait indivisément aux membres de ce groupe, ne pouvait pas faire l'objet d'une quelconque appropriation au titre de la propriété intellectuelle* »¹⁴⁷⁹. Il s'agirait donc d'une indivision, mais dotée d'une « *nature très personnelle* », et dont il faudrait tirer les conclusions qui s'imposent, en accordant aux membres exclus de son usage une indemnité d'occupation au titre de l'article 815-9, al. 2, du Code civil, ce qui éloigne d'une prérogative de nature extra-patrimoniale¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷³ V. *supra* n° 223.

¹⁴⁷⁴ Cass. soc., 8 fév. 2006, déc. préc.

¹⁴⁷⁵ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 5 juil. 2006, déc. préc. ; v. *supra* n° 222.

¹⁴⁷⁶ X. Daverat, J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits de l'artiste-interprète. – Droit moral (CPI, art. L. 212-1 à L. 212-10) », Fasc. 1430, 2 sept. 2019, maj. 15 sept. 2024, n° 14.

¹⁴⁷⁷ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), art. 5.1, préc.

¹⁴⁷⁸ M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1276.

¹⁴⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, n° 95-16.267.

¹⁴⁸⁰ M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1276.

En somme, la transversalité « *quantitative* » du droit moral en propriété littéraire et artistique se fonde essentiellement sur le droit au respect et le droit de paternité. C'est principalement ce dernier qui permet de poursuivre l'analyse transversale du droit moral au-delà des frontières de la propriété littéraire et artistique.

B. Le droit moral clairsemé des droits de propriété industrielle

394. La paternité, fil d'Ariane du droit moral de la propriété intellectuelle ? – L'exégèse des règles en matière de droit de la propriété industrielle n'est pas propice à la révélation d'un droit moral véritablement transversal (2), seul le droit de paternité étant propice à une approche transversale (1).

1. La présence d'un droit de paternité

395. L'analyse exégétique. – La recherche de manifestations du droit moral ailleurs qu'en droit d'auteur ne relève pas de l'évidence. Alors que le droit moral s'affiche expressément dans la première partie du code de la propriété intellectuelle, il n'est pas directement identifiable au sein du droit de la propriété industrielle, qui est essentiellement tourné vers l'industrie et l'économie.

Si on s'en tient à la lettre, l'exégèse du Code de la propriété intellectuelle conduit à exclure *a priori* certains domaines que sont le droit des dessins et modèles et le droit des signes distinctifs entendu largement. Les règles contenues dans le Livre VII consacré aux marques et aux autres signes distinctifs ne contiennent aucune disposition susceptible de suggérer un quelconque attribut moral. Certaines règles prévues par le Livre V portant sur le droit des dessins et modèles peuvent être plus ambiguës : mais bien qu'il y ait quelques dispositions faisant mention du « *créateur* » du dessin ou du modèle protégé, aucune d'entre elles ne laisse penser que le droit des dessins et modèles comporte des attributs de nature morale. Il est possible de mentionner, dans la demande d'enregistrement, le nom du créateur ; cependant, même si cette absence de mention implique de « *joindre une déclaration signée par le demandeur attestant que le ou les créateurs ont renoncé au droit d'être désigné(s)* », cette injonction n'est suivie d'aucun effet puisque cela n'est pas soumis à examen¹⁴⁸¹. Il est donc délicat, voire risqué, de parler ici d'attribut moral au profit du créateur, personne physique.

Toutefois, cette absence ne signifie pas qu'un dessin ou un modèle ne puisse pas être protégé au titre du droit moral : une telle protection est susceptible d'intervenir grâce au cumul permis entre le droit des dessins et modèles et le droit d'auteur. Dans ce cas, le droit moral pourra être invoqué par le titulaire de la double protection, mais sur le seul fondement du droit d'auteur.

396. Les résultats partiels de l'analyse exégétique. – Outre la propriété littéraire et artistique, il est possible de percevoir un droit moral de l'inventeur en droit des brevets. Cela peut ne pas relever de l'évidence dans la mesure où la figure de l'inventeur est susceptible de s'effacer derrière celle de

¹⁴⁸¹ J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 594.

l'employeur (personne physique ou personne morale) et les nécessités économiques propres au milieu de l'innovation. Or, l'inventeur, restant indispensable dans le processus¹⁴⁸², peut tout à fait faire preuve de créativité et également laisser la « *marque de sa personnalité* » dans son invention ; une marque qui ne sera pas de l'ordre de la sensibilité mais davantage de l'intelligence¹⁴⁸³. C'est ainsi que l'on peut percevoir, à la lecture de l'article L. 611-9 du Code de la propriété intellectuelle¹⁴⁸⁴, selon lequel « *[l']inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet ; il peut également s'opposer à cette mention* », un droit moral conféré à l'inventeur qui consiste en un droit au nom susceptible d'être exercé positivement ou négativement (se traduisant en un droit à l'anonymat). Même si cette disposition s'applique tout autant à l'inventeur salarié, une difficulté apparaît lorsque l'invention est une invention dite « *de mission* » : l'employeur en ayant la maîtrise totale est libre de décider de ne pas divulguer l'invention, l'inventeur restant ainsi dans l'ombre. Dans cette circonstance, l'inventeur ne peut, sur la base de son seul droit de paternité, exiger de l'employeur la demande d'un brevet pour que sa paternité soit révélée¹⁴⁸⁵.

2. L'absence d'autres formes de droit moral

397. La « libre recherche »¹⁴⁸⁶ d'occurrences extra-patrimoniales. – Les résultats peu concluants de l'analyse de la lettre de la loi peuvent inciter à rechercher des occurrences de droit moral dans des endroits plus reculés, à savoir dans la notion de divulgation, dans l'exigence de citation de la source et dans la fonction d'identité d'origine de la marque.

398. La divulgation en propriété intellectuelle. – Bien que la divulgation soit, au premier abord, une notion transversale de la propriété intellectuelle, elle est porteuse d'effets différents selon le droit de propriété intellectuelle dans lequel elle a vocation à jouer. En propriété littéraire et artistique, la divulgation désigne le fait qui permet de révéler l'œuvre au public, ainsi que le droit de divulgation, prérogative morale qui permet à son titulaire de décider de la divulgation de son œuvre ainsi que de ses modalités. En propriété industrielle, particulièrement en droit des dessins et modèles, en droit des brevets et en droit des obtentions végétales, la notion de divulgation se retrouve également mais d'une manière différente. Alors que la divulgation en propriété littéraire et artistique est perçue comme un événement qui emporte des conséquences juridiques bienvenues,

¹⁴⁸² N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2013, étude 5, n° 4 : « *on a aujourd'hui une meilleure connaissance des mécanismes de l'innovation. L'implication de l'inventeur plus en aval dans le processus de production et de commercialisation est souvent présentée comme un facteur de réussite. L'humain reste donc indispensable dans le schéma industriel* ».

¹⁴⁸³ *Ibid.*, n° 8 ; *contra.* F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* n° 29, juil. 1994, I 3780, n° 7.

¹⁴⁸⁴ CPI, art. L. 611-9 : « *L'inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet ; il peut également s'opposer à cette mention* ».

¹⁴⁸⁵ N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », art. préc., n° 20.

¹⁴⁸⁶ La méthode de la « *libre recherche scientifique* », pensée par le doyen Gény, s'inscrit à rebours de la méthode exégétique en ce qu'elle préconise de s'intéresser à d'autres disciplines telles que l'économie, la sociologie ou encore la philosophie lorsque l'étude du seul droit ne permet pas de rapporter l'intention du législateur pour pouvoir interpréter une norme juridique, V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 432.

telles que le début de l'exploitation économique de l'œuvre et la révélation des pleines prérogatives tant patrimoniales que morales de son titulaire, en propriété industrielle, la divulgation, qu'elle soit opérée par le demandeur ou par un tiers, a pour effet néfaste de détruire la nouveauté de l'objet, condition de protection dont l'absence empêche toute reconnaissance d'une protection privative¹⁴⁸⁷. La personne ayant formulé une demande de dépôt d'un droit de brevet, d'un droit de dessin ou modèle ou d'une obtention végétale s'expose alors au rejet de sa demande du fait de cette divulgation, voire à la nullité de celle-ci si une action est intentée par un tiers à ce titre. Le moyen principal, pour ce dernier, de se prémunir face à ce risque est de conclure un accord de confidentialité avec les personnes susceptibles de divulguer¹⁴⁸⁸ qui, non seulement, permet de ruiner l'effet de la divulgation mais, également, d'engager la responsabilité contractuelle de la partie au contrat auteure de la divulgation. En dehors de cette hypothèse, il ne dispose pas, à l'instar de l'auteur, d'un droit lui permettant d'agir à l'encontre du tiers ayant divulgué. Ceci s'explique par le fait que l'auteur titulaire d'un droit d'auteur, au contraire du titulaire d'un droit de propriété industrielle en devenir, ne perd pas son droit privatif par le fait de divulgation d'autrui. En propriété industrielle, la divulgation, lorsqu'elle n'est pas couverte par l'un des cas spéciaux prévus par la loi¹⁴⁸⁹, se retourne donc contre le demandeur au titre.

399. L'exigence de citation en propriété intellectuelle, outil d'identification du créateur. –

En droit d'auteur, il est requis de citer la source utilisée pour que certaines exceptions prévues par l'article L. 122-5, 3°, du Code de la propriété intellectuelle puissent jouer. L'exactitude de la citation implique de mentionner le nom de l'auteur de la source, le titre de la source, sa date d'apparition ainsi que son éditeur. Cette exigence trouve son fondement dans le droit de paternité de l'auteur de l'œuvre citée et dans le droit au respect de son œuvre¹⁴⁹⁰. Il est courant de penser que cette exigence n'est réservée qu'aux seules œuvres littéraires, mais elle concerne l'ensemble des œuvres, telles qu'une œuvre musicale ou une encore une œuvre cinématographique¹⁴⁹¹. En réalité, cette exigence dépasse le champ du droit d'auteur car elle « *correspond à un usage déontologique [...] conduisant parfois la jurisprudence à imposer la mention de la source en cas d'emprunts substantiels portant sur des éléments non protégés et qui a même pu faire naître l'idée que l'auteur doit à l'honnêteté de citer ses devanciers qui lui ont permis de remonter aux sources* »¹⁴⁹². Une telle exigence peut trouver à s'appliquer s'agissant des exceptions destinées à couvrir les actes accomplis à des fins d'illustration ou d'enseignement¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁷ CPI, art. L. 511-2, art. L. 611-1°, 1, et art. L. 623-6.

¹⁴⁸⁸ Pour une illustration en droit des brevets, v. Cass. com., 17 mars 2015, *Brötje Automation*, n° 13-15.862.

¹⁴⁸⁹ On pense notamment aux expositions officielles à l'occasion desquelles une invention peut être présentée à un public, CPI, art. L. 611-13, b), à la divulgation jugée abusive, CPI, art. L. 511-6, al. 3, pour le droit des dessins et modèles, art. L. 611-13, a), pour le droit des brevets.

¹⁴⁹⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 462 ; M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 656 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica 2^e éd., 2014, n° 1212.

¹⁴⁹¹ M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 652 ; M. Vivant, « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP G* n° 3, janv. 1989, I 3372.

¹⁴⁹² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 462.

¹⁴⁹³ V. *supra* n° 372.

En droit des dessins et modèles, elle est prévue par l'article L. 513-6, 3°, qui écarte du droit exclusif les « *actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement, si ces actes mentionnent l'enregistrement et le nom du titulaire des droits, sont conformes à des pratiques commerciales loyales et ne portent pas préjudice à l'exploitation normale du dessin ou modèle* ». L'arrêt *Nintendo*, rendu par la Cour de justice en 2017, en fournit une illustration¹⁴⁹⁴. L'article 20.1 du règlement 6/2002 comporte cette exception libellée en des termes proches et qui ne comporte pas d'autres indications quant à la mise en œuvre de cette exigence. La Cour de justice est donc venue la préciser en estimant qu'une telle exigence est remplie lorsque « *le type d'indication choisi à cette fin [permet] à un consommateur normalement informé, raisonnablement attentif et avisé d'identifier facilement l'origine commerciale du produit qui correspond au dessin ou au modèle communautaire* »¹⁴⁹⁵. Cette exigence appliquée au droit des dessins et modèles poursuit-elle une finalité similaire à celle du droit d'auteur, qui est de préserver un intérêt extra-patrimonial ? À la lecture de l'arrêt et des conclusions qu'avaient formulées l'avocat général, ce n'est pas tant la préservation de l'intérêt extra-patrimonial du titulaire qui est recherché que l'incitation à l'innovation de la part des tiers. Il s'agit, pour le juge de l'Union, de ne pas les décourager à innover en retenant une interprétation trop restrictive de la notion d'illustration. Partant, et au regard de « *l'économie générale* » du règlement 6/2002¹⁴⁹⁶, il convient de permettre aux tiers de reproduire des dessins ou des modèles à des fins d'illustration, y compris dans un cadre commercial, du moment que cet acte est conforme aux pratiques commerciales loyales. Sur ce dernier point, la Cour marque, de nouveau, un éloignement vis-à-vis du droit d'auteur en « *transposant mutatis mutandis sa jurisprudence rendue en matière de marques* »¹⁴⁹⁷ et définit ainsi ces pratiques commerciales loyales de la même manière que sont définis les usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale¹⁴⁹⁸.

400. La fonction d'identité d'origine de la marque, outil d'identification du titulaire. – La raison d'être du droit des marques réside dans sa fonction essentielle d'identité d'origine du produit. Cette fonction signifie que la marque désignant un produit ou un service permet au consommateur de pouvoir identifier l'origine du produit ou service en le rattachant à la même personne, qu'elle soit morale ou physique et, par extension, de les différencier de ceux proposés par d'autres opérateurs économiques¹⁴⁹⁹. Cette fonction qui permet de garantir l'origine du produit ou du service

¹⁴⁹⁴ CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16 : J.-Ch. Galloux, P. Kamina, obs. ss. déc. préc., « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2018.1566 ; S. Clavel, F. Jault-Seseke, obs. ss. déc. préc., « Droit international privé », *D.* 2018. 966 ; A.-E. Kahn, comm. ss. déc. préc., « Interprétation de l'exception de reproduction à des fins d'illustration », *Dalloz IP/IT* 2018. 190.

¹⁴⁹⁵ CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, déc. préc., pt. 84.

¹⁴⁹⁶ Conclusions de l'avocat général Y. Bot, 1^{er} mars 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16, pt. 75.

¹⁴⁹⁷ A.-E. Kahn, « Interprétation de l'exception de reproduction à des fins d'illustration », comm. préc.

¹⁴⁹⁸ CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, déc. préc., pt. 79 et pt. 80 : « *un acte de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement des dessins ou des modèles protégés n'est pas conforme aux pratiques commerciales loyales, au sens de ladite disposition, lorsqu'il est réalisé d'une manière telle qu'il donne l'impression qu'il existe un lien commercial entre le tiers et le titulaire des droits conférés par lesdits dessins ou modèles, ou lorsque le tiers, qui souhaite se prévaloir de la limitation prévue à cette disposition dans le contexte de la commercialisation de produits qui s'emploient conjointement avec des produits correspondant à des dessins ou à des modèles protégés, viole les droits conférés au titulaire du dessin ou du modèle protégé par l'article 19 du règlement n° 6/2002, ou encore lorsque ce tiers tire indûment profit de la renommée commerciale dudit titulaire* ».

¹⁴⁹⁹ CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin c. Terranova*, aff. C-119/75.

au consommateur permet également au titulaire de la marque de se distinguer de ses concurrents et d'être clairement identifié par les consommateurs. L'intérêt à être reconnu comme tel est donc réputationnel et, en filigrane, économique puisque la captation et la fidélisation d'une clientèle sont permises par cette fonction d'identité d'origine¹⁵⁰⁰. Elle peut alors être également perçue, de manière incidente, comme une fonction d'identification vis-à-vis du titulaire. Or, là encore, il est possible de douter que cette fonction permette de préserver un intérêt extra-patrimonial du titulaire de la marque. Certes, l'atteinte à la réputation apparaît comme une atteinte à un intérêt extra-patrimonial et fait d'ailleurs partie intégrante de la mise en œuvre du droit moral au sens de l'article 6 bis de la Convention de Berne. Cependant, la reconnaissance d'une atteinte à la réputation du titulaire de la marque, personne physique ou morale, n'a d'intérêt que dans la mesure où cette atteinte lui cause un préjudice économique consistant, par exemple, en une perte significative de clients, ou encore en une baisse des ventes des produits ou services marqués qu'il commercialise.

401. L'analyse globale du droit moral rendue possible par une notion renouvelée de paternité. – À travers la mise en évidence du droit au nom de l'inventeur, c'est plus largement l'idée de paternité qui participe de l'approche transversale du droit moral et, par extension qui pourrait fonder la généralisation de la théorie du droit moral à l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle. D'ailleurs, une doctrine autorisée estime qu'aucune raison ne justifie que le droit de paternité soit limité au droit d'auteur et au droit des brevets : celui-ci devrait concerner tous les acteurs de la création, sans exception (les créateurs de marques, de topographies, des obtentions végétales, etc.)¹⁵⁰¹. Il serait donc tout à fait possible d'envisager un transport de cette prérogative morale au sein des autres droits de propriété intellectuelle, voire de lui faire acquérir une véritable dimension commune. Encore faut-il que la notion de paternité, entendue comme le lien unissant le créateur à l'objet de propriété intellectuelle, ne soit pas remise en cause dans son principe.

C. La paternité, fondement transversal du droit moral

402. La raison d'être du droit moral fondée sur le lien entre le créateur et sa création. – En droit d'auteur, si le critère de l'originalité justifie, du point de vue de la technique juridique, l'octroi des prérogatives morales et patrimoniales, c'est le lien existant entre l'auteur et son œuvre qui fonde, du point de vue philosophique, l'existence du droit moral. Plus ce lien serait fort, « intime », plus le droit moral serait doté d'une certaine puissance¹⁵⁰². L'importance de ce lien est corroborée par la vision personnaliste du droit d'auteur, laquelle provient, au demeurant, du rattachement que permet le droit moral entre l'auteur et son œuvre. En d'autres termes, une relation de réciprocité s'est

¹⁵⁰⁰ CJCE, 4 oct. 2001, *Merck & Krell*, aff. C-517/99 ; J. Passa, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 1, *op. cit.*, n° 8.

¹⁵⁰¹ M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 9.

¹⁵⁰² Pour une appréciation de la contrefaçon en fonction des conditions de protection, v. *infra* n° 444 et s. ; *adde.* A. Lucas-Schloetter, « Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur », in *Le droit moral au 21^e siècle : le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Larcier, 2015, p. 54.

installée : la raison d'être du droit moral implique l'existence de ce lien entre l'auteur et son œuvre ; un lien qui est précisément renforcé par l'existence et l'octroi du droit moral.

403. La raison d'être du droit moral artificiellement fondée sur le lien entre le créateur et la création ? – En droit français, la justification reposant sur le lien de « *filiation* » entre l'auteur et son œuvre n'en est pas pour autant exempte de tout bouleversement. À ce titre, le cas de la personne morale démontre une forme de schizophrénie sur la prise en compte ou non de ce lien pour justifier que les prérogatives morales lui soient dévolues. Si l'attribution du droit moral à une personne morale devrait, logiquement, passer par la recherche de sa qualité d'auteur¹⁵⁰³, la jurisprudence montre qu'un chemin de traverse existe : celui de l'œuvre collective.

L'illustration est fournie par la jurisprudence *Charroy* de 2012¹⁵⁰⁴ : une ancienne salariée d'une société a utilisé des créations qui étaient siennes afin de lancer son activité. La société qui l'avait employée, revendiquant ces créations, a alors intenté une action en contrefaçon de droits patrimoniaux, mais également de droits moraux. Bien que les créations litigieuses semblassent répondre au régime de l'œuvre collective¹⁵⁰⁵, la Cour d'appel de Paris a débouté la société demanderesse de toutes ses demandes dans un arrêt du 5 novembre 2010. Au terme d'un pourvoi, la Cour de cassation a finalement permis à la société de défendre de nouveau sa cause devant la Cour d'appel de renvoi sur le terrain de l'atteinte aux seuls droits moraux. Pour en arriver à une telle solution, la Cour de cassation semble avoir, ni plus ni moins, éludé la recherche de la qualité d'auteur de la personne morale pour justifier l'attribution des prérogatives morales à son bénéficiaire. Elle s'est, en réalité, fondée sur la qualification d'œuvre collective (visiblement caractérisée par les juges du fond) pour estimer, dans un attendu assez général, que « *la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral* » ; elle casse ainsi l'arrêt d'appel sur cet unique point, qui avait estimé, de manière très classique que « *la société [demanderesse] n'a pas la qualité de créateur et ne peut donc prétendre être titulaire du droit moral attaché à la personne de l'auteur* ». Pour légitimer la solution rendue par les Hauts juges, il a été suggéré de distinguer la qualité de créateur et celle d'auteur – distinction manifestement éludée par les juges d'appel –, l'idée étant que, si seules les personnes physiques peuvent être des créateurs, la personne morale peut tout à fait être un auteur, puisqu'un auteur « *n'est autre qu'un titulaire des droits d'auteur* »¹⁵⁰⁶.

À suivre ce raisonnement, le terme « *créateur* » serait le terme usuel, générique, commun, qui ne conviendrait qu'aux personnes physiques, tandis que le terme « *auteur* » serait le terme juridique propre à la propriété intellectuelle, qui couvrirait évidemment les personnes physiques, mais qui

¹⁵⁰³ Sur ce point, v. *supra* n° 209 et s.

¹⁵⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, déc. préc. : F. Pollaud-Dulian, note ss. déc. préc., « Œuvre collective. Présomption de titularité. Droit moral », *RTD com.* 2012. 321 ; V. Varet, obs. ss. déc. préc., « Œuvre collective et droit moral : un point de plus pour le droit d'auteur "économique" », *Légipresse* 2012. 377 ; Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Le droit moral de la personne morale », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2012, comm. 61 ; Th. Revet, « La qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit », *RTD civ.* 2012. 338 ; A. Latil, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », *D.* 2012. 1246.

¹⁵⁰⁵ F. Pollaud-Dulian, « Œuvre collective. Présomption de titularité. Droit moral », note. préc.

¹⁵⁰⁶ A. Latil, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », art. préc., n° 10.

pourrait également convenir aux personnes morales. Une telle explication n'est guère convaincante. Bien que le terme « *auteur* » ait été juridicisé – non seulement par la propriété intellectuelle, mais aussi par le droit pénal –, sa racine étymologique nous enseigne que le terme auteur est intimement lié à l'œuvre. En effet, le terme auteur provient du latin « *auctor* » dont il découle le terme latin « *auctoritas* » qui veut dire autorité. Au fil d'évolutions, l'*auctor* désigne « *celui qui se porte garant de l'œuvre* », et désigne ainsi à la fois celui qui est écrivain et qui détient l'autorité, c'est-à-dire celui qui est lu mais également celui qui est cru¹⁵⁰⁷. Ainsi, le terme auteur ne peut être appréhendé comme une « *pure* » traduction juridique de la création (puisque'il y aurait, de manière évidente, un décalage entre la création humaine et la création juridique qui s'émanciperait de toute empreinte humaine) ; sans compter que la loi sur la propriété intellectuelle n'ignore aucunement la « *création* » ou encore le « *créateur* ». L'explication plus plausible réside dans le fait que la Cour de cassation a purement, simplement et délibérément omis de s'enquérir de caractériser la qualité d'auteur ou de créateur de la personne morale, cette omission étant permise par la caractérisation de l'œuvre collective. Or, le régime de l'œuvre collective octroyant à la personne morale, *ab initio*, la titularité des droits sur les œuvres soumises à ce régime, c'est donc en cette qualité de titulaire que les droits moraux lui ont également été dévolus. Ainsi, même si, en l'espèce, la société ne pouvait faire valoir ses droits patrimoniaux dans la mesure où elle ne les a pas conservés (par la qualification d'œuvre collective, elle en était la titulaire originaire ; mais dans les faits, elle n'a pas conservé les droits patrimoniaux car il a été relevé que ces œuvres ont été exploitées par des sociétés tierces qui avaient commandé auprès de la société en cause lesdites œuvres), en vertu de la conception dualiste du droit d'auteur impliquant notamment l'inaliénabilité du droit moral, ce dernier lui était originairement attribué et est resté entre ses mains, au contraire des droits patrimoniaux.

404. La recherche du lien éludée par la caractérisation de l'œuvre collective ? – La portée ainsi conférée au régime de l'œuvre collective permet-elle de considérer qu'une personne morale puisse être « *auteure* » (ou créatrice) d'une œuvre, en l'occurrence d'une œuvre collective, sans passer par la recherche du lien de « *filiation* » ? En cas de réponse positive, faut-il craindre un phénomène de contagion dépassant le seul cas de l'œuvre collective ?

L'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle, tant dans sa lettre que dans son esprit, ne semble rien dire de tel ; mais sa formulation, assez concise et générale, peut être sujette à interprétation, ce texte prévoyant que la personne, physique ou morale, qui a divulgué sous son nom l'œuvre collective, est « *investie des droits de l'auteur* ». L'interprétation peut se faire soit de manière restrictive, soit de manière large. *Stricto sensu*, sans davantage de précision sur la teneur des droits octroyés et en vertu de la conception dualiste du droit d'auteur, l'on peut penser que ce sont les seuls droits patrimoniaux qui lui sont dévolus, l'utilisation du pluriel n'étant pas un obstacle à cette opinion, puisque le droit d'auteur accorde « *des* » droits patrimoniaux. *Lato sensu*, c'est cette même formulation au pluriel qui laisse penser que peuvent, en réalité, être octroyés à la personne

¹⁵⁰⁷ F. Entrialgo, « La notion d'auteur comme objet de l'art », *ESBAM*, 2004, accessible sur <https://www.articule.net/wp-content/uploads/2008/10/definitionetgenealogie.pdf> (consulté le 11/11/2024).

propriétaire de l'œuvre collective qui l'a divulguée sous son nom, aussi bien les droits moraux que les droits patrimoniaux. Les deux lectures sont concevables, et rien ne permet de trancher entre l'une ou l'autre, si ce n'est la position de la jurisprudence telle qu'elle a été vue et paraît se dessiner¹⁵⁰⁸. Il semble donc que l'attribution des prérogatives morales, à rebours de ce qui a habituellement cours, puisse se passer de la recherche du lien de « *filiation* » entre l'auteur et son œuvre dans le cas de l'œuvre collective.

La réponse donnée à la première question étant donc positive, il apparaît légitime de s'inquiéter d'une éventuelle extension de cette solution au-delà de la seule œuvre collective. En effet, même si l'œuvre collective relève d'un régime dérogatoire, son importance pratique est telle qu'elle régit un très grand nombre de situations. Pourtant, et ainsi que cela vient d'être suggéré, le fait d'attribuer des prérogatives morales sans passer par la caractérisation du lien de filiation ne semble être possible que dans le cas de l'œuvre collective. La jurisprudence a, en effet, récemment précisé que la présomption de titularité offerte à la personne morale dans le cadre d'une création salariée ne permet pas à l'employeur, qu'il soit une personne physique ou morale, d'arguer de prérogatives morales¹⁵⁰⁹. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence devra être attentivement observée lorsque des cas similaires se présenteront, de même que les influences que pourraient avoir l'analyse des droits étrangers en la matière.

405. La recherche du « *lien de filiation* » dépassée par l'approche utilitariste de la propriété intellectuelle ? – L'analyse comparée du droit moral nous enseigne qu'outre-Manche, l'octroi du droit moral ne se fonde pas sur la caractérisation du lien entre l'auteur et l'œuvre ; ce sont les intérêts du public qui ont été pris en compte pour introduire certaines prérogatives morales, celles-ci ayant pour but de garantir l'intégrité et la paternité de certaines œuvres. Se fonder sur les intérêts du public pour justifier leur adoption présente certaines vertus car cela permet de « *mettre l'accent sur la dimension culturelle, et pas seulement économique de la propriété intellectuelle* »¹⁵¹⁰. Toutefois, le droit moral existant en *Common Law* ne s'assimile pas au droit moral du droit d'auteur français : il ne vise pas principalement la protection et la défense des intérêts des auteurs mais aussi et surtout ceux du public en leur garantissant « *l'origine et l'authenticité des produits culturels qu'il consomme* »¹⁵¹¹ – formule qui n'est pas sans rappeler la fonction essentielle du droit des marques –, ce qui a pour conséquence de fortement nuancer sa portée¹⁵¹². Est-ce à dire que la conception anglaise et la conception française du droit moral sont antinomiques ? Ce n'est pas l'opinion qui semble se dessiner : même si le droit moral des pays de droit civil, et notamment le droit moral français, est très attaché à une conception personnaliste de la matière, il n'est pas inenvisageable que la conception dite

¹⁵⁰⁸ Pour une confirmation récente, v. CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 oct. 2020, n° 18/27357 : P. Greffe, comm. ss. déc. préc., « Recevabilité à agir – Personne morale – Droit moral », *Propri. Indust.* n° 12, déc. 2020, comm. 72.

¹⁵⁰⁹ *Loc. cit.*

¹⁵¹⁰ A. Lucas-Schloetter, « Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur », art. préc., p. 67.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵¹² La réglementation mise en place est accompagnée d'exceptions, mais également d'une possibilité de renonciation à la protection conférée par le droit moral, *ibid.*, p. 67.

« *utilitariste* » du droit moral en *Common Law* influence les autres systèmes. Une telle lecture permettrait de renouveler notre approche que certains auteurs considèrent dépassée¹⁵¹³, sans pour autant remplacer purement et simplement le critère du lien de filiation entre l'auteur et son œuvre par le critère fondé sur les intérêts du public pour apprécier l'atteinte à un droit moral. En effet, un bouleversement aussi radical pourrait avoir comme conséquence néfaste de « *contraindre l'auteur à divulguer, à taire sa paternité ou à supporter une modification de son œuvre au motif que cela plaît au plus grand nombre* »¹⁵¹⁴.

Le fondement du droit moral qui réside dans le lien unissant le créateur à l'objet de propriété intellectuelle peut être réceptionné dans la notion de paternité. En effet, en faisant abstraction de la connotation masculine voire patriarcale des mots, la notion de paternité désigne de manière figurée le lien entre le créateur et l'objet de propriété intellectuelle, comme elle désigne de manière propre le lien unissant le père à son enfant¹⁵¹⁵. Malgré les altérations que subit ce lien qui unit le créateur à son objet, la notion de paternité peut recevoir une application transversale à travers le droit de paternité en droit d'auteur, le droit au nom de l'inventeur en droit des brevets, voire un droit de paternité étendu aux autres droits de propriété intellectuelle. Cependant, la prudence qui guide l'analyse incite à ne pas se contenter de constater ces occurrences et de se demander, à présent, si elles ont véritablement la nature d'un droit moral.

§2. L'examen mesuré des manifestations du droit moral

406. S'agit-il de droit moral ? – Pour rappel, le droit moral de l'auteur se définit à travers certains caractères et les différents attributs qu'il renferme. En ce sens, le droit moral en droit d'auteur est un droit perpétuel, imprescriptible et inaliénable ; il se décline à travers le droit de divulgation, le droit de paternité, le droit au respect de l'œuvre, et le droit de retrait et de repentir. Le premier temps de l'analyse n'explicite rien quant à l'intensité, ni même quant à la nature des manifestations supposées du droit moral. Or, il faut pouvoir constater des attributs moraux pour pouvoir les qualifier comme tels. Cela implique d'étudier la proposition formulée tant sous l'angle quantitatif que sous l'angle qualitatif. En effet, compte tenu de la rareté des manifestations du droit moral au sein des autres droits de propriété intellectuelle – qui se résume, en réalité, au seul droit au nom de l'inventeur en droit des brevets –, il semble pertinent de se demander si ces fragments supposés de droit moral empêchent ou non la qualification d'attribut moral (A). Également, il est indispensable de se demander si la manifestation supposée du droit moral revêt les mêmes qualités que le droit moral du droit d'auteur (B).

¹⁵¹³ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵¹⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « paternité ».

A. L'examen quantitatif des manifestations du droit moral

407. La variabilité quantitative du droit moral. – D'un point de vue quantitatif, seul un droit de paternité peut être mis en évidence. Si l'on souhaite renforcer la transversalité du droit moral, l'on peut être force d'autres propositions et imaginer d'autres prérogatives morales qui intégreraient les autres droits de propriété intellectuelle. De telles propositions ont déjà été formulées en ce sens par la doctrine. En effet, il a été proposé de densifier le droit moral spécifique de l'inventeur en droit des brevets, ou encore de mener une réflexion plus globale sur le droit au respect des créations.

S'agissant spécifiquement de l'inventeur, il a été proposé, de manière inédite, de reconnaître à l'inventeur personne physique un « *droit inaliénable de contester les utilisations faites de son invention* », certains d'entre eux ayant pu formuler des regrets face au détournement de leur invention¹⁵¹⁶ ; en revanche, un droit de repentir et un droit au respect de l'invention ne semblent pas envisageables, en raison de considérations essentiellement économiques pour l'un et davantage sociétales pour l'autre¹⁵¹⁷. Un droit de divulgation pourrait également s'envisager pour l'inventeur indépendant, et uniquement pour celui-ci ; l'attribution de cette prérogative à l'inventeur salarié serait plus complexe, sa situation étant proche de celle de l'auteur salarié¹⁵¹⁸.

Outre un transport pur et simple du droit moral au-delà du droit d'auteur, une réflexion plus globale a été menée à propos du droit au respect des objets de propriété intellectuelle. L'idée-force est que l'application de cette prérogative est possible à toute création, pour autant que celle-ci soit fondée. Le problème devient apparent lorsqu'il existe un droit au respect pour des créations pour lesquelles il ne semble pas être fondé. C'est le cas des œuvres dites de « *petite monnaie* » appréhendées par le droit d'auteur : ce droit au respect n'aurait, en effet, pas de sens lorsqu'il porte sur une œuvre conçue comme un produit¹⁵¹⁹. Une telle situation serait évidemment source de discriminations entre des œuvres censées être protégées de manière identique ; or, certaines différences de traitement existent déjà et sont plus ou moins justifiées – ou du moins acceptées – par la pratique.

408. La variabilité du droit moral a-t-elle une influence sur la qualification de droit moral ?

– Cette réflexion menée à propos du droit au respect débouche sur la question de la variabilité du droit moral : malgré la proposition d'un droit de paternité transversal¹⁵²⁰, le renforcement du droit

¹⁵¹⁶ Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle *épurée* », art. préc., n° 59.

¹⁵¹⁷ Le droit de retrait et de repentir n'est pas envisageable car il n'existe « *aucun équivalent dans le domaine des créations techniques* » ; il a d'ailleurs été supprimé pour l'auteur du logiciel car il s'agit d'une « *faculté difficilement conciliable avec une logique économique* », *ibid.*, n° 15. Quant au droit au respect, « *une transposition dans le domaine des créations techniques est inenvisageable. Reconnaître une telle prérogative à l'inventeur aurait pour effet de paralyser le progrès scientifique et technique* », *ibid.*, n° 25. Le professeur Vivant abonde dans le même sens à propos du droit au respect, v. M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 17.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, nos 23-24. Au surplus, il convient de relativiser la portée de ce « *droit* » de divulgation en ce que « *cette faculté de décider du sort de l'invention s'apparente plus à un pouvoir de fait dont jouit nécessairement tout créateur sur le produit de son esprit qu'à un véritable droit* », *loc. cit.*

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, n° 17.

¹⁵²⁰ V. *supra* n° 402 et s.

moral de l'inventeur, voire l'extension du droit au respect à d'autres objets de propriété intellectuelle, cette variabilité du droit moral dans ses applications n'empêche-t-elle pas de percevoir du droit moral dans ces éventuelles manifestations ? Pour pouvoir répondre à la question, il convient d'observer la manière dont le droit d'auteur lui-même s'en saisit. *De lege lata*, le droit moral du droit d'auteur fait preuve d'une effectivité fluctuante. En théorie, si le système du droit moral montre une certaine stabilité, il s'avère que, en pratique, il s'applique de manière variable selon l'œuvre de l'esprit envisagée. Par exemple, les prérogatives de droit moral ont été fortement réduites en matière d'œuvres logicielles. En vertu de l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle, le concepteur de logiciel ne bénéficie pas du droit de retrait et de repentir et voit le droit au respect de son œuvre fortement limité. Quant aux autres prérogatives morales, le droit de paternité sera rarement utilisé, le concepteur travaillant le plus souvent en équipe ; seul le droit de divulgation semble être resté intact¹⁵²¹. La finalité de cette édulcoration est principalement de ne pas entraver l'exploitation économique du logiciel. À l'image du concepteur de logiciel, le fonctionnaire bénéficie également d'un droit moral « *atrophie* », afin que celui-ci ne constitue pas une entrave au fonctionnement du service public¹⁵²² ; l'architecte réalisant une œuvre architecturale voit également son droit moral être réduit, ou plus exactement être relativisé par rapport au droit de propriété du propriétaire du bien immeuble¹⁵²³. De la sorte, si le droit moral fait preuve d'une certaine constance d'un point de vue théorique, la pratique révèle une application disparate de ses prérogatives. Cela étant, l'existence de ce droit moral « *à géométrie variable* » en droit d'auteur n'a pas à être déplorée en ce qu'il « *constitue un correctif bienvenu à l'extension contestable de son champ d'application* »¹⁵²⁴. Ce constat qui vaut pour le droit d'auteur peut tout aussi valoir pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle de sorte que la variabilité du droit moral n'est pas un obstacle à sa reconnaissance en tant que telle. La même question va se poser avec plus d'acuité en ce qui concerne les qualités du droit moral.

B. L'examen qualitatif des manifestations du droit moral

409. La nature du droit au nom de l'inventeur. – Si l'hypothèse d'un droit moral transversal peut tout à fait s'accommoder d'un droit moral variable d'un droit de propriété intellectuelle à un autre, encore faut-il que ce droit moral ait les caractères d'un droit moral. La question se pose d'ores et déjà en doctrine et est assez débattue entre les partisans¹⁵²⁵ et les détracteurs¹⁵²⁶ d'un droit moral de l'inventeur. Concrètement, l'analyse s'efforcera donc de démontrer si le droit au nom de l'inventeur constitue une prérogative de nature morale ou non. Pour répondre à cette interrogation,

¹⁵²¹ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 291, parlant d'un « *droit moral atrophié largement théorique* ».

¹⁵²² CPI, art. L. 121-7-1 ; *adde.* Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 296 pour de plus amples détails.

¹⁵²³ En ce cas, l'infléchissement du droit moral de l'architecte n'est pas automatique, le propriétaire du bien immeuble devra justifier d'une raison valable ou d'un motif légitime, *v. ibid.*, n° 294.

¹⁵²⁴ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.* n° 537.

¹⁵²⁵ N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », art. préc.

¹⁵²⁶ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 362 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 206 ; Ph. Gaudrat, « La structure juridique des propriétés intellectuelles », art. préc., p ; 187, note de bas de page n° 18.

L'analyse se focalisera sur plusieurs points participant à la définition du droit moral, c'est-à-dire les modalités d'apparition du droit, les qualités du droit et la sanction du droit.

410. La naissance du droit au nom de l'inventeur. – L'existence du droit conféré par un brevet dépend de l'accomplissement de la formalité de dépôt. Ce dernier est, en effet, constitutif du droit de propriété industrielle, et plus précisément du droit « *patrimonial* » de propriété industrielle. Or, s'agissant du droit au nom de l'inventeur prévu à l'article L. 611-9 du Code de la propriété intellectuelle, son existence ne dépend pas de l'accomplissement de cette formalité, mais de la seule existence de l'invention. En effet, ce droit au nom, qui tient sa source du seul acte inventif, préexiste à la demande de brevet. Autrement dit, le droit au nom de l'inventeur existe en dehors de toute délivrance du titre de propriété industrielle : il se manifeste en présence d'une invention brevetable et non encore brevetée¹⁵²⁷. Au surplus, le droit au nom de l'inventeur se rapproche du droit moral tout en s'éloignant des droits généraux de la personnalité puisque son existence n'est pas innée : tout comme le droit moral de l'auteur qui dépend du fait créatif et qui est attaché à l'œuvre de l'esprit¹⁵²⁸, le droit au nom de l'inventeur dépend de l'acte inventif et est attaché à l'invention. Ni l'un ni l'autre ne sauraient défendre ou protéger la personne de l'auteur ou de l'inventeur en tant que telle. Il ressort donc de ce premier élément d'analyse un rapprochement entre le droit au nom de l'inventeur et la qualification de droit moral.

Cependant, alors que les prérogatives morales et patrimoniales du droit d'auteur forment ce tout indivisible – malgré sa structure dualiste –, le droit au nom de l'inventeur se révèle être parfaitement autonome du droit patrimonial de brevet. Cette autonomie est due au fait que, contrairement au droit d'auteur dont l'apparition, tant de son versant moral que patrimonial, dépend du seul fait de la création, le droit au nom de l'inventeur et le droit patrimonial de brevet ont chacun une origine propre. On l'a vu, le droit au nom de l'inventeur est issu de l'acte inventif, tandis que le droit patrimonial de brevet dépend de l'accomplissement de la formalité de dépôt. Il existe donc deux droits de propriété intellectuelle qui semblent se désavouer l'un l'autre : d'une part, le droit d'auteur qui, malgré une structure dualiste, se fonde sur une unité conceptuelle en ce que ses deux ordres de prérogatives ont une origine commune, et, d'autre part, le droit des brevets qui, *a priori* purement

¹⁵²⁷ N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », art. préc., n° 10.

¹⁵²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizéau et a.*, déc. préc. : J. Raynard, comm. ss. déc. préc., « Droit moral. Champ d'application. Défense de l'intégrité des œuvres, du nom et de la qualité de l'auteur. Défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi (non). Article de presse mettant en cause certains épisodes et sympathies supposées de l'auteur. L. 11 mars 1957. Application (non). Défaut de mention d'un quelconque écrit de l'auteur », *JCP G* n° 46, nov. 1993, II 22161 ; A. Françon, comm. ss. déc. préc., « Limites de l'exercice par un légataire du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire : autonomie du droit moral par rapport aux autres droits de la personnalité », *D.* 1994. 78 et A. Françon, « Œuvre littéraire. Droit moral, Champ d'application, Droits de personnalité », comm. préc. Cette solution de jurisprudence est constante désormais : Cass. civ. 1^{ère}, 18 juil. 2000, n° 98-15.851 : E. Dreyer, comm. ss. déc. préc., « Trompe-l'œil sur la fraude artistique », *D.* 2001. 541 ; Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Apposition d'une signature apocryphe sur une œuvre d'art : les délicates frontières du droit au nom », *D.* 2001. 2080 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-14.525 : P. Tafforeau, comm. ss. déc. préc., « Usage du nom d'un auteur pour désigner un produit : le droit moral ne joue plus », *Légipresse* 2013. 474.

patrimonial, dissimule un substrat de droit moral qui pourrait remettre en cause sa construction s'il était qualifié comme tel.

411. Les qualités du droit au nom de l'inventeur. – Qualifier le droit au nom de l'inventeur de droit moral, au sens retenu par le droit d'auteur, implique d'y voir une prérogative inaliénable, perpétuelle et imprescriptible. Si ces caractères sont incontournables dans la définition du droit moral, ils peuvent être appréhendés avec une certaine souplesse selon la prérogative morale envisagée. À titre d'illustration, le droit de retrait et de repentir est intransmissible compte tenu de son caractère viager¹⁵²⁹, ce qui emporte comme conséquence son extinction à la mort de l'auteur. Également, le caractère inaliénable du droit moral n'a pas la même intensité selon la prérogative visée. Si l'inaliénabilité emporte notamment la prohibition de la renonciation au droit de paternité et au droit au respect de l'œuvre, c'est seulement la renonciation « *préalable et générale* » qui est prohibée¹⁵³⁰. Ainsi, par une lecture *a contrario*, la renonciation spéciale est possible. De ces éléments, il en ressort une certaine flexibilité du droit moral dans l'appréhension de ces caractères qui peut se montrer utile dans la démonstration dans la nature extra-patrimoniale du droit au nom de l'inventeur. Si ce dernier semble effectivement inaliénable¹⁵³¹, il ne paraît, en revanche, être ni perpétuel ni imprescriptible. Cela étant, ces écueils ne sont pas des obstacles à la qualification de droit moral. En effet, l'on justifie, en doctrine, que le droit au nom de l'inventeur s'éteigne au décès de ce dernier par le truchement de la qualification de droit de la personnalité ; mais l'on critique que l'action en défense du droit au nom de l'inventeur ait été soumise au délai de prescription applicable à l'action en revendication de brevet¹⁵³². Le régime juridique que l'on voudrait applicable au droit moral de l'inventeur semble donc être le résultat d'un mélange entre la définition du droit moral de l'auteur et la définition des droits de la personnalité. Les droits de la personnalité sont sollicités car ils sont régulièrement avancés en doctrine pour, justement, qualifier le droit moral de l'auteur et légitimer sa présence au sein de l'ordonnement juridique actuel¹⁵³³. Or, il y a, selon nous, des incompatibilités, voire des contradictions entre le droit moral et les droits de la personnalité qui empêchent d'envisager clairement la qualification du droit au nom de l'inventeur. Par exemple, comment justifier l'inaliénabilité du droit au nom de l'inventeur par l'indisponibilité

¹⁵²⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 587.

¹⁵³⁰ *Ibid.* n° 545. Désormais, il semble que l'on ne s'intéresse plus qu'au caractère général des termes employés dans la clause, v. *ibid.*, n° 466 citant CA Paris, 4^e ch. 13 fév. 2009, *Les démons de minuit*, n° 07/2113 : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Droit au respect de l'œuvre. Œuvres musicales. Œuvre dérivée. Pot-pourri », *RTD com.* 2009. 305.

¹⁵³¹ N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », art. préc., n° 31, citant CA Montpellier, 14 fév. 2011, n° 09/01763.

¹⁵³² Le délai de prescription était de trois ans à l'époque, CA Colmar, 11 sept. 2012, *A. Remonato c. A. Moos*, n° 08/01612 : P. Vigand, comm. ss. déc. préc., « Action en revendication d'un brevet français et du brevet européen correspondant », *Propri. Indust.* n° 2, fév. 2013, comm. 8 ; *adde.* N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », art. préc., n° 30.

¹⁵³³ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, op. cit., nos 723-724 ; F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », art. préc. ; *contra.* A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., nos 533-534. Sur le sujet, v. A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002.

des droits de la personnalité et ignorer le phénomène de patrimonialisation qui les touchent ? Dès lors, qualifier le droit au nom de l'inventeur de véritable droit moral procéderait non pas d'une simple déduction, mais davantage d'un postulat. Au demeurant, il n'est pas plus opportun d'exclure le droit au nom de l'inventeur de la qualification de droit moral en le rapprochant des droits de la personnalité¹⁵³⁴. Même si l'on garde à l'esprit que le droit moral est un droit de la personnalité « *spécifique* » qui ne se fonde pas dans les droits de la personnalité, la subtilité du raisonnement est trop marquée pour ne pas céder à l'amalgame d'ailleurs déjà initié par l'article 6 bis de la Convention de Berne. Il ressort de cette disposition un droit moral « *pris en étau* » entre son régime propre et le régime des droits de la personnalité, celle-ci prévoyant que l'auteur peut notamment « *s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* ». Il émane de cette disposition un « *compromis* » en cherchant à intégrer le droit moral dans le giron des droits de la personnalité avec la référence à la réputation et à l'honneur de l'auteur¹⁵³⁵. Seulement, elle n'est pas appliquée telle quelle au sein des pays signataires, de sorte que ce rattachement avec les droits de la personnalité n'est pas toujours évident. En effet, le droit français ne requiert pas, en principe, l'établissement d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, exceptions faites de l'auteur fonctionnaire et du concepteur de logiciel¹⁵³⁶. En droit comparé, la situation est variable : certains pays se fient à la règle portée par la Convention de Berne, d'autres suivent la logique subjective à l'image de la loi française, d'autres encore adoptent une solution intermédiaire en mettant en place des critères plus subjectifs, plus personnels que l'atteinte à l'honneur ou à la réputation¹⁵³⁷.

412. La sanction du droit au nom de l'inventeur. – En matière de sanction, l'atteinte au droit moral de l'auteur s'analyse comme un acte de contrefaçon. En effet, en vertu de l'unité fondamentale du droit d'auteur qui constitue l'origine commune du droit moral et du droit patrimonial, l'acte de contrefaçon réside aussi bien dans l'atteinte du droit moral¹⁵³⁸ que du droit patrimonial. S'agissant de l'atteinte au droit au nom de l'inventeur, la situation est toute autre : il n'est pas question d'acte de contrefaçon, ni même de nullité du brevet¹⁵³⁹. La seule possibilité pour l'inventeur dont l'atteinte au droit au nom a été constatée par une décision passée en force de chose jugée est de demander à l'INPI qu'il soit mentionné comme tel dans les exemplaires des publications de la demande de brevet ou des fascicules du brevet non encore diffusés¹⁵⁴⁰, ou encore de se tourner vers les mécanismes du droit commun de la responsabilité civile¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁴ V. en ce sens F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », art. préc., n° 7, qui le rapproche du droit à la réputation.

¹⁵³⁵ F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », art. préc., n° 13.

¹⁵³⁶ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 617.

¹⁵³⁷ A. Lucas-Schloetter, « Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur », art. préc., p. 56, note de bas de page n° 4.

¹⁵³⁸ L'atteinte au droit moral constitue un acte de contrefaçon sur le plan pénal, v. en ce sens Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256, Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954, Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156.

¹⁵³⁹ CA Bordeaux, 1^{ère} ch., 15 fév. 1999, déc. préc.

¹⁵⁴⁰ CPI, art. R. 611-16 ; *add.* N. Bronzo, « Le droit moral de l'inventeur », art. préc., n° 18.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, n° 35.

413. Le droit moral de la propriété intellectuelle, un paramètre en quête de légitimité. –

L'approche transversale du droit moral a permis de révéler, de manière prudente, que la notion de paternité pouvait avoir une envergure dépassant le seul droit d'auteur à travers le droit au nom de l'inventeur. Cette transversalité *variable* du droit moral en propriété intellectuelle n'apparaît pas comme un obstacle rédhibitoire à son affirmation ; en revanche, la mise en lumière de la nature du droit au nom de l'inventeur s'accompagne de quelques zones d'ombre. Cependant, même si la loi ne l'envisage pas explicitement comme un droit moral, cela n'empêche pas, en principe d'en construire le régime à l'image du droit moral de l'auteur¹⁵⁴². L'effort de transversalité permis par la méthode exégétique se trouve ainsi limité au droit de paternité qui ne concernerait que le droit d'auteur et le droit des brevets parce que ce sont les seuls droits privatifs où des personnes physiques sont susceptibles d'être en rivalité de titularité avec des personnes morales. D'ailleurs, cette transversalité timide du droit moral risque de demeurer au stade théorique face à l'avenir incertain du droit moral en droit de la propriété intellectuelle.

Section 2. *De lege ferenda*, la place réservée au droit moral

414. Le droit moral, élément incontournable ou contingent du droit de la propriété intellectuelle ? –

La promotion de l'approche transversale du droit moral ne peut faire l'économie de la place qu'occupe structurellement le droit moral en propriété intellectuelle. Or, l'appréhension actuelle du droit moral ne permet pas d'envisager avec clarté sa potentialité de constituer un élément indispensable du régime des droits de propriété intellectuelle. La difficulté tient à ce que, au sein des autres droits de propriété intellectuelle que le droit d'auteur et le droit voisin de l'artiste interprète, le droit moral est soit inexistant, soit parcellaire, ce qui limite la capacité de procéder à une analyse globale du droit moral. L'autre issue serait donc d'emprunter un chemin parfaitement contraire et de considérer qu'au regard de ces faiblesses, au regard de cette « *contingence* », le droit moral n'est pas un élément de définition transversal et, partant, incontournable de la matière. Néanmoins, une telle solution impliquerait d'ignorer l'importance, voire la prédominance du droit moral en droit d'auteur. Partant, une possible lecture transversale du droit moral en propriété intellectuelle se heurte à deux écueils : mettre en exergue sa prédominance historique en droit d'auteur (§1) qui serait susceptible d'en faire un modèle, quitte à adopter une philosophie moins hexagonale de cette dimension de la protection ; mais ce serait faire peu de cas du caractère des signes d'occultation progressive qui ne peuvent être éludés (§2).

§1. Le rejet d'une transversalité fondée sur la prééminence du droit moral

415. La place univoque du droit moral en droit d'auteur. – En droit d'auteur, l'importance du droit moral est telle que la définition du droit d'auteur ne peut s'envisager sans sa réception. Cela

¹⁵⁴² Néanmoins, cela ne semble toujours pas être d'actualité, v. *loc. cit.*

se perçoit à travers sa prédominance (A), son universalité (B), mais aussi la place qu'il occupe en tant qu'objet spécifique de ce droit (C).

A. La prééminence historique du droit moral en droit d'auteur français

416. Les éléments révélateurs de la prédominance. – La prédominance du droit moral peut naturellement trouver son explication dans la philosophie humaniste qui irrigue le droit d'auteur¹⁵⁴³. Mais elle se manifeste aussi de manière plus concrète : elle est tout d'abord légistique, elle se révèle ensuite dans le rapport du droit moral avec le droit patrimonial, et elle se manifeste enfin en tant que loi d'application impérative en droit international privé.

417. La prédominance légistique du droit moral. – L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose, en son alinéa 2, que le droit d'auteur « *comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ». Cette structure révèle deux niveaux d'analyse. En premier lieu, le fait que la disposition envisage d'abord les attributs moraux avant les attributs patrimoniaux est perçu comme un premier signe de la prééminence du droit moral¹⁵⁴⁴. En second lieu, ainsi que Desbois l'a utilement relevé, la répétition que comporte cette disposition – « *des attributs d'ordre intellectuel et moral* »¹⁵⁴⁵ – ne relève pas du hasard et ne constitue pas une simple redondance ; elle est « *destinée à souligner la prépondérance des attributs du droit, dit, brevitatis causa, moral* »¹⁵⁴⁶. Cette formulation, reprise telle quelle de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, a permis de voir la consécration « *la figure d'un droit véritable* »¹⁵⁴⁷ s'agissant du droit moral. Cette prééminence extraite de la lettre de la loi reçoit quelques applications concrètes dans les relations entre le droit moral et le droit patrimonial du droit d'auteur.

418. La prédominance relative du droit moral sur le droit patrimonial. – La prédominance du droit moral peut aussi se lire à travers les rapports qu'il entretient avec le droit patrimonial. Si, par nature, ceux-ci sont normalement autonomes, certaines influences peuvent être relevées. À titre d'illustration, il est récurrent de relever que l'exercice du droit moral de divulgation est ce qui permet, si là est la volonté du titulaire, d'enclencher l'exploitation commerciale de l'œuvre protégée. En effet, son exploitation commerciale ne peut avoir lieu sans sa divulgation¹⁵⁴⁸. Du point de vue successoral, il a même pu être décidé par le juge que l'héritier investi du seul droit moral de divulgation était, malgré cette circonstance, le seul en mesure de décider de la communication au

¹⁵⁴³ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 714.

¹⁵⁴⁴ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 536.

¹⁵⁴⁵ C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁴⁶ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 218.

¹⁵⁴⁷ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, rééd. 2005, p. 374.

¹⁵⁴⁸ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 387 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, nos 714-715 ; Ph. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », art. préc., p. 157 ; Ph. Gaudrat, « Le droit moral... et sa destinée européenne », *RIDA* n° 275, janv. 2023, n° 46 ; pour une opinion dissidente, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, nos 569-570.

public et de ses modalités des œuvres posthumes du parent décédé¹⁵⁴⁹. Cependant, il ne faut pas voir, à travers ces exemples, une prééminence définitive et irrémédiable du droit moral sur le droit patrimonial. Elle doit, au contraire, être appréhendée avec mesure, au risque d'aboutir à des solutions qui sont sources de confusion entre les régimes de droit moral et de droit patrimonial. Outre le droit de divulgation, la possibilité pour l'auteur d'exercer son droit de retrait ou de repentir en cours d'exploitation et malgré la force obligatoire des conventions¹⁵⁵⁰ est une autre manifestation de la prévalence du droit moral sur le droit patrimonial¹⁵⁵¹. La prééminence du droit moral ainsi constatée en droit français est telle qu'elle se lit aussi en droit international privé en tant que « *loi d'application impérative* ».

419. La prédominance passagère du droit moral en droit international privé. – La vigueur du droit moral français a également été prise en compte en droit international privé. La loi sur le droit d'auteur prévoit, à propos du droit à la paternité et du droit à l'intégrité de l'œuvre, que ces prérogatives sont reconnues à tout auteur, même étranger, et sans condition de réciprocité¹⁵⁵². Cette disposition a été érigée en « *loi d'application impérative* » par la jurisprudence *Huston*¹⁵⁵³, autrement dit en une loi de police et non pas en une exception d'ordre public international¹⁵⁵⁴. Au demeurant, il s'agirait d'une loi de police « *pure* » pour deux raisons. D'une part, au regard de la formulation de la disposition, la règle qu'elle porte est immédiatement identifiable et son « *respect est imposé* quoi qu'il arrive »¹⁵⁵⁵. D'autre part, il s'agit d'une loi de police qui, tout en réglant le litige de l'affaire *Huston* dans son ensemble, assure le transport de la conception française du droit d'auteur. En effet, ces prérogatives morales n'ont pas à être respectées seulement selon le droit français, elles doivent l'être aussi et surtout au bénéfice du sujet de droit, à savoir l'auteur tel qu'il s'entend dans la

¹⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Levinas*, n° 09-67.515.

¹⁵⁵⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 218 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 715.

¹⁵⁵¹ Une faculté qui n'est pas sans conséquence, l'auteur exerçant ce droit devant alors verser à la partie lésée une indemnisation préalable, CPI, art. L. 121-4.

¹⁵⁵² Loi n° 64-689 du 8 juil. 1964 sur l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur, JORF du 9 juil. 1964, art. 1, al. 2, repris par CPI, art. L. 111-4, al. 2.

¹⁵⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Consorts Huston c. Société Turner entertainment CO*, n° 89-19.522 et n° 89-19.725 : A. Françon, *comm. ss. déc. préc.*, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *RTD com.* 1991. 386 ; P.-Y. Gautier, *comm. ss. déc. préc.*, « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », *Rev. crit. DIP* 1991. 752 ; J. Raynard, *comm. ss. déc. préc.*, « Un film américain créé en noir et blanc ne peut être diffusé en France dans une version colorée », *D.* 1993. 197.

¹⁵⁵⁴ La doctrine s'accorde majoritairement sur ce point, v. en ce sens A. Françon, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *comm. préc.* ; P.-Y. Gautier, « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », *comm. préc.* ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1567. Ces auteurs estiment que cette solution a aussi été rendue en réaction à l'arrêt d'appel qui considéra que le droit moral des auteurs n'est pas « *à la hauteur des principes permettant de déclencher l'exception d'ordre public international* », v. CA Paris, 4^e ch., 6 juil. 1989, *Huston* : B. Audit, *note ss. déc. préc.*, « Droit moral d'auteur, coloriage des films et ordre public international », *D.* 1990. 152 ; *contra*. J. Raynard, « Un film américain créé en noir et blanc ne peut être diffusé en France dans une version colorée », *comm. préc.*, spéc. n° 24, qui pense qu'il aurait été « *plus opportun [...] de poser le problème en termes d'ordre public international avant de faire jouer l'exception* ». Au demeurant, cet auteur regrette un glissement sémantique qui ne facilite pas la distinction entre loi d'application immédiate, loi de police et, désormais, loi d'application impérative, v. *ibid.*, n° 21.

¹⁵⁵⁵ P.-Y. Gautier, « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », *comm. préc.*, n° 2.

conception française et non tel qu'il s'entend dans la loi américaine¹⁵⁵⁶. À travers cette solution, la Cour de cassation a soustrait le droit moral, à tout le moins le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre, au règlement ordinaire du conflit de lois, instiguant ainsi un traitement différent de celui réservé aux droits patrimoniaux de l'auteur. Dans le même temps, cette solution promeut une certaine forme d'extra-territorialité de la conception du droit moral français.

Toutefois, cette vision semble avoir été infléchie par la série d'arrêts *ABC News* rendus en droit d'auteur¹⁵⁵⁷ dont la solution a été reproduite en droits voisins¹⁵⁵⁸. Si la solution rendue par ces arrêts porte sur la loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique, certains auteurs y ont vu un infléchissement de la jurisprudence *Huston* et de l'universalisme qu'elle portait en étendard¹⁵⁵⁹. En effet, malgré la référence implicite à la jurisprudence *Huston* formulée par les demandeurs pour faire reconnaître l'atteinte à leur droit moral, la Cour de cassation a répondu, en application de l'article 5.2 de la Convention de Berne en tant que règle de conflit de lois¹⁵⁶⁰, que « *la lex loci protectionis était applicable à la détermination du titulaire "des droits d'auteur" sans autre précision. L'utilisation du pluriel accreditte l'idée selon laquelle la règle de conflit s'appliquerait quelle que soit la nature – patrimoniale ou morale – des droits invoqués* »¹⁵⁶¹. Elle n'a donc pas répondu au moyen invoqué par les demandeurs¹⁵⁶². Même si, du point de vue purement empirique, la solution à laquelle aboutissent ces arrêts est la même que celle de la jurisprudence *Huston* puisque, dans un cas comme dans l'autre, la loi étrangère a été écartée au profit de la loi française¹⁵⁶³, d'un point de vue juridique, la méthode change radicalement. En effet, alors que la jurisprudence *Huston* a érigé le droit moral en une loi de police qui s'entend comme une méthode opposée à la méthode classique du conflit de lois¹⁵⁶⁴, les arrêts *ABC News* reviennent à la méthode classique du conflit de lois.

¹⁵⁵⁶ Si tel avait été le cas, l'« author » aurait été le producteur au sens de la loi sur le *copyright* américain qui se fonde sur la doctrine du « work made for hire », v. *ibid.*, n° 3.

¹⁵⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *ABC News c. Etcheverry, Peyrano et Moussus*, nos 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Droit international. Convention de Berne. Conflit de lois. Titularité initiale », *RTD com.* 2013. 725 ; E. Treppoz, note ss. déc. préc., « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *JCP G* n° 25, juin 2013, act. 701 ; M. Vivant, comm. ss. déc. préc., « Droit d'auteur : déroutante territorialité », *D.* 2013. 1973 ; T. Azzi, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », *D.* 2013. 2004. Confirmation par CA Paris, pôle 5-2, 5 octobre 2018, n° 18-03593, n° 18-03594 et n° 18-03595.

¹⁵⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2013, *Culture Press*, n° 12-18.032 et Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 2015, n° 11-11.054.

¹⁵⁵⁹ T. Azzi, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », art. préc., n° 11 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1659.

¹⁵⁶⁰ Cette interprétation de l'article 5.2 livrée par la Cour de cassation est lourdement remise en cause par la doctrine, v. par exemple M. Vivant, « Droit d'auteur : déroutante territorialité », comm. préc. ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 93.

¹⁵⁶¹ T. Azzi, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », art. préc., n° 11.

¹⁵⁶² Ce moyen a été invoqué à titre subsidiaire et aurait donc dû faire l'objet d'une réponse si la Convention de Berne n'avait pas été applicable. Mais ayant été déclarée applicable et ayant servi de fondement à la solution, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ce moyen, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1659.

¹⁵⁶³ T. Azzi, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », art. préc., n° 11.

¹⁵⁶⁴ Au regard de la définition des lois de police qui s'entendent comme « *des règles impératives qui, en raison de leur rôle dans l'organisation politique, sociale ou économique du pays, sont rendues applicables même si elles n'appartiennent pas à l'ordre*

En outre, non contente de s'éloigner de l'universalisme prôné par la jurisprudence *Huston*, la Cour de cassation rompt également avec la jurisprudence du *Rideau de fer*¹⁵⁶⁵ appelée aussi *Le Chant du Monde*. En effet, cette jurisprudence retenait une règle de conflits « mixte » en distinguant « deux aspects dans la règle de conflit de lois : la loi applicable à la titularité initiale, voire l'existence d'un droit privatif était la loi du pays d'origine (ou de première publication) de l'œuvre [...] alors que la loi applicable à l'étendue et aux modalités d'exercice de protection était celle du pays où la protection est réclamée »¹⁵⁶⁶. Les arrêts *ABC News*, en se référant à la *lex loci protectionis* en matière de titularité, sont, certes, porteurs d'une certaine unité¹⁵⁶⁷ puisqu'il n'y a plus lieu de distinguer pour déterminer la loi applicable : la distinction portée par la jurisprudence du *Rideau de fer* n'est plus d'actualité, et la distinction entre droit moral et droit patrimonial portée par la jurisprudence *Huston* ne l'est plus également. Cependant, cet avantage peut être immédiatement relativisé, justement, par la perte de vocation expansionniste du droit moral que cette solution implique¹⁵⁶⁸. En somme, ce changement de méthode instigué par les arrêts de 2013 entraîne (indirectement) une modification de la philosophie retenue lorsqu'un litige de droit moral intègre un élément d'extranéité susceptible de mobiliser les règles de droit international privé régissant la désignation de la loi applicable au litige.

Bien que ces développements soient empreints de quelques nuances, ils permettent de révéler une certaine prééminence du droit moral. Outre cette appréhension substantielle du droit moral, une appréhension spatiale permet de se rendre compte également d'une certaine « universalité » du droit moral – universalité qui ne se confond en rien avec l'universalisme du droit moral qui vient d'être envisagé.

B. L'universalité du droit moral

420. La dimension universelle du droit moral. – Le droit moral est une « institution » partagée par bon nombre de pays ; cela a même été un passage obligé pour certains, afin de pouvoir ratifier la Convention de Berne. Seulement, les différences de conception d'un pays à un autre sont telles qu'il peut être difficile de percevoir le droit moral en tant que notion unitaire ; l'on regrette même que certaines législations n'aient pas fait émerger un droit moral à part entière¹⁵⁶⁹. Même si le droit moral est bien plus intégré dans les pays de droit civil que dans les pays de *Common Law*, sa conception personnaliste en droit français apparaît, sans doute, comme une « spécificité à la française ». Or, celle-ci peut entrer en opposition avec la législation des pays qui protègent tout autant le droit moral, selon des conceptions différentes. À titre d'illustration, le droit d'auteur allemand protège pleinement les intérêts moraux de l'auteur par un véritable droit moral. Cela étant, en vertu du

juridique normalement compétent », la loi de police renvoie ainsi à une méthode particulière de désignation de la loi applicable qui s'éloigne de la méthode classique, P. Mayer, *Rép. dt. international*, v. « Lois de police », déc. 1998, maj. mars 2009, n° 2 et s.

¹⁵⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 déc. 1959, *Fox Europa c. Le Chant du Monde*, cité par F. Pollaud-Dulian, « Droit international. Convention de Berne. Conflit de lois. Titularité initiale », comm. préc.

¹⁵⁶⁶ *Loc. cit.*

¹⁵⁶⁷ E. Treppoz, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », note préc.

¹⁵⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁵⁶⁹ D. Gervais, « Le droit moral aux Etats-Unis », *C.P.I.* vol. 25, n° 1, 2013, p. 283 et s., spéc. p. 300 et s.

monisme qui irrigue le droit d'auteur allemand, le même régime s'applique tant pour le volet patrimonial que pour le volet moral. De cette façon, droit patrimonial et droit moral obéissent à une durée de protection limitée et sont tout à fait aliénables¹⁵⁷⁰. En *Common Law*, les droits moraux n'intègrent pas directement la législation sur le *copyright*¹⁵⁷¹, ils connaissent de nombreuses exceptions et ils peuvent faire l'objet d'une renonciation¹⁵⁷². Au demeurant, la différence se lit aussi à travers la « *fonction* » du droit moral : alors que le droit moral français poursuit principalement la défense des intérêts moraux des auteurs, le droit moral de *Common Law* se fonde sur les intérêts du public¹⁵⁷³. Cette très brève perspective comparatiste démontre que le droit moral peut ne pas être enfermé dans une conception purement personnaliste, sans renoncer à ce qui fait son essence. Si l'on s'appuie sur l'exemple de la loi anglaise, le fait qu'elle se fonde sur les intérêts du public ne signifie pas que les intérêts des auteurs soient ignorés : il est possible de viser la protection de ces intérêts même en présence de règles hétéroclites¹⁵⁷⁴. Dès lors, même si des différences évidentes subsistent entre le droit moral français et le droit moral d'ailleurs¹⁵⁷⁵, il suffit de se rappeler que, malgré la diversité de ses manifestations, le droit moral constitue une « *institution* » universellement intégrée et protégée, y compris dans des pays qui ne partagent pas la conception française du droit moral¹⁵⁷⁶. C'est d'ailleurs autour d'une vision éloignée de cette dernière conception que le droit de l'Union a considéré, certes de manière encore embryonnaire, que le droit moral constituait un élément de l'objet spécifique du droit d'auteur.

C. Le droit moral, objet spécifique du droit d'auteur pour la Cour de justice de l'Union européenne

421. La préservation du droit moral par le mécanisme de l'objet spécifique. – Le droit moral n'est pas, pour le moment, le sujet de prédilection du législateur de l'Union et l'harmonisation pourtant de plus en plus poussée du droit d'auteur ne leur a pas encore consacré beaucoup d'attention ; mais cela n'a pas empêché le juge de l'Union, dans certains arrêts, d'aborder le droit moral en tant qu'objet spécifique du droit d'auteur. Tel fut le cas dans les affaires *Magill*¹⁵⁷⁷ et *Phil Collins*¹⁵⁷⁸. Tout en rappelant l'intégration du droit moral et des droits voisins au domaine

¹⁵⁷⁰ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 59.

¹⁵⁷¹ C'est ainsi que les États-Unis ont adopté le *Visual Artists Rights Act* (VARA) en dehors du *Copyright Act*.

¹⁵⁷² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 531.

¹⁵⁷³ V. *supra* n° 405.

¹⁵⁷⁴ Y. Gendreau, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », *R.R.J.* 1988/13, p. 42.

¹⁵⁷⁵ À ce titre, dans le cadre d'une hypothétique harmonisation du droit moral du droit d'auteur au niveau de l'Union, il semble évident que la conception française du droit moral de l'auteur devra faire quelques concessions, sans renoncer à la totalité des principes qui l'irriguent au risque de le vider de sa substance.

¹⁵⁷⁶ C'est ainsi qu'en droit anglais, la doctrine a pu reconnaître que le droit moral y était effectivement protégé, v. Y. Gendreau, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », art.préc. p. 42, spéc. note de bas de page n° 9.

¹⁵⁷⁷ TPICE, 2^e ch., 10 juil. 1991, *Magill*, déc. préc. ; CJCE, 6 avr. 1995, *RTE et ITP c. Commission*, déc. préc.

¹⁵⁷⁸ CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins*, déc. préc. : G. Bonet, comm. ss. déc. préc., « Libre circulation des marchandises et droit d'auteur : application du principe de non-discrimination entre auteurs de nationalité différente ressortissants d'États membres de la Communauté », *RTD eur.* 1995. 845 ; B. Edelman, « La conception

d'application du Traité de Rome, le juge s'est saisi de l'occasion pour, non seulement, affirmer l'importance du droit moral en l'intégrant au sein de l'objet spécifique du droit d'auteur¹⁵⁷⁹, mais aussi pour apporter une définition du droit moral. C'est ainsi que l'arrêt *Magill* parle, timidement, de « *protection morale de l'œuvre* »¹⁵⁸⁰, tandis que l'arrêt *Phil Collins* proclame que « *[l']objet spécifique de ces droits, tels qu'ils sont régis par les législations nationales, est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires. La protection des droits moraux permet notamment aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation* »¹⁵⁸¹.

Si une telle décision a été saluée à l'époque, elle mérite d'être examinée plus en détail. L'accueil est que cette définition, tirée de la Convention de Berne¹⁵⁸², n'est ni plus ni moins qu'une reproduction de la conception anglo-américaine du droit moral. Il n'en a pas fallu davantage pour que cet arrêt suscite, à raison, de vives critiques en doctrine. Cette définition, qui correspond parfaitement à la manière dont s'entend le droit moral en *Common Law*, est « *à mille lieues de la conception du droit d'auteur qui vise à protéger la personnalité du créateur à travers son œuvre* »¹⁵⁸³. *A fortiori*, les intérêts du public sont placés au même plan que les intérêts de l'auteur, ces derniers étant d'ailleurs novés, passant du respect de l'intégrité de son œuvre au respect de sa réputation. De la sorte, « *le droit d'auteur est rabattu - comme dans le droit américain - sur le droit des marques. Ce qui importe, ce n'est point que l'intégrité de l'œuvre - en tant qu'expression de la personnalité de l'auteur - soit respectée, mais que la réputation de l'auteur ne soit pas entachée et que le public ne soit pas trompé sur la provenance du produit* »¹⁵⁸⁴.

La persistance des enseignements que l'arrêt *Phil Collins* portait en matière de droit moral est incertaine : il n'a eu aucune postérité¹⁵⁸⁵. Il a même été quelque peu bousculé par un arrêt postérieur qui, dans une situation de cumul entre un droit d'auteur et un droit de marque, a privilégié la mise en cohérence des deux protections au détriment de l'importance du droit moral du droit d'auteur¹⁵⁸⁶. Par conséquent, la prudence du législateur se conjugue avec une vision très « *floue* » et minimaliste de ce que constitue le droit moral au niveau de l'Union.

Toutefois, même si l'importance historique d'un droit moral en droit d'auteur peut être démontrée, à condition d'accueillir une acception moins personnaliste de la notion, il demeure difficile d'en faire un modèle qui pourrait s'étendre à d'autres droits de propriété intellectuelle, en l'absence de

communautaire du droit d'auteur. Application du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité aux droits d'auteur et droits voisins », *D.* 1995. 133.

¹⁵⁷⁹ G. Bonet, « Libre circulation des marchandises et droit d'auteur : application du principe de non-discrimination entre auteurs de nationalité différente ressortissants d'États membres de la Communauté », comm. préc.

¹⁵⁸⁰ TPICE, 2^e ch., 10 juil. 1991, *Magill*, déc. préc., pt. 5.

¹⁵⁸¹ CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins*, déc. préc., pt. 20.

¹⁵⁸² *Loc. cit.* : « *La protection des droits moraux permet notamment aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation* ».

¹⁵⁸³ B. Edelman, « La conception communautaire du droit d'auteur. Application du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité aux droits d'auteur et droits voisins », art. préc., n° 10 et s.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, n° 13.

¹⁵⁸⁵ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 85.

¹⁵⁸⁶ CJCE, 2^e ch., 22 janv. 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, déc. préc.; v. *supra* nos 353-354.

manifestation tangible d'un mouvement dans cette direction. Cette perspective pessimiste se confirme d'autant plus que le droit moral tend à s'effacer davantage qu'à s'imposer.

§2. Le rejet de la transversalité par l'effacement progressif du droit moral

422. Le droit moral dissimulé. – Malgré la place que réserve le droit d'auteur au droit moral, rien n'indique que l'avenir préservera cet héritage. *De lege lata*, cela peut d'ores et déjà se lire au sein des textes internationaux qui n'abordent aucunement le droit moral. *De lege ferenda*, c'est alors l'avenir du droit moral qui est directement remis en cause. Ainsi, l'invisibilisation du droit moral par les instruments internationaux (A) obère les potentialités d'expansion du droit moral comme principe directeur du droit de la propriété intellectuelle (B).

A. L'invisibilisation du droit moral par les instruments internationaux

423. Le droit moral ignoré des textes internationaux. – Compte tenu de l'importance accordée au droit moral dans les législations nationales, il peut paraître étonnant que les instruments internationaux adoptés en droit de la propriété intellectuelle n'envisagent pas le droit moral. Au mieux, les textes sont silencieux, tels que le traité de l'OMPI¹⁵⁸⁷ ; au pire, ils excluent le droit moral de leur champ d'application¹⁵⁸⁸, à l'image des accords ADPIC¹⁵⁸⁹. Le mouvement de marginalisation de l'importance du droit moral sur le plan international avait déjà été entamé lors des différentes révisions de la convention de Berne, notamment sous l'influence des États-Unis qui avaient exigé certaines modifications pour ratifier le texte. L'exclusion du droit moral de certaines directives européennes¹⁵⁹⁰ peut paraître encore plus déconcertante. *A fortiori*, cette mise de côté du droit moral a, non seulement, permis aux instances internationales et européennes de se concentrer sur la dimension économique de la propriété intellectuelle, mais aussi de favoriser les intérêts économiques des acteurs économiques au détriment des intérêts économiques des créateurs – qui en ont tout autant.

Si le processus semble donc être au point mort¹⁵⁹¹, l'Association Henri Capitant a initié, en 2017, un travail d'élaboration d'un Code européen des affaires au sein duquel un Livre 10 est consacré

¹⁵⁸⁷ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), préc.

¹⁵⁸⁸ Art. 9.1 : « Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6bis de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés ».

¹⁵⁸⁹ L. Pfister, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Histoire du droit d'auteur », Fasc. 1110, LexisNexis, 10 sept. 2010, n° 98.

¹⁵⁹⁰ Dir. 2001/29/CE, préc., cons. 19 ; dir. 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOUE n° L 372/12 du 27 déc. 2006, cons. 20.

¹⁵⁹¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 531. F. Gotzen, « Le droit moral des auteurs (théorie générale/attributs/l'avenir). Quelques réflexions en mémoire de Georges Koumantos », *C.P.I.* vol. 22 n° 3, 2010, p. 687 et s.

au droit de la propriété intellectuelle¹⁵⁹². Le groupe de travail ayant participé à l'élaboration ce Livre 10 rassemble des professeurs de droit français, belges, espagnols ou encore italiens. Au contraire du législateur de l'Union, le groupe de travail n'ignore pas le droit moral : il en affirme le principe avant de consacrer toute une section sur le droit moral. Même si la proposition n'est qu'une initiative de la société civile, elle doit être saluée en ce que le droit moral est rétabli, à tout le moins, dans la position qu'il est censé occuper au sein du droit d'auteur. Malgré cet effort réalisé, certains auteurs sont pessimistes¹⁵⁹³ quant à l'optique d'une harmonisation du droit moral au niveau de l'Union européenne, car il n'est pas garanti que la conception personnaliste propre au droit français du droit d'auteur l'emporte face à la vision utilitariste qui est déjà partagée par bon nombre d'États membres ; le Livre 10 du projet de Code européen des affaires précité ne fait d'ailleurs pas état d'une vision personnaliste. Cette crainte anticipée vis-à-vis d'une éventuelle harmonisation du droit d'auteur se complète utilement de la critique exprimée ci-après¹⁵⁹⁴ à propos de la mise en balance du droit moral.

Cette absence du droit moral dans les textes dénote sa marginalisation progressive de la scène internationale¹⁵⁹⁵. En effet, le traitement du droit de la propriété intellectuelle par son seul volet économique conduit nécessairement à ne l'envisager que par ce seul prisme.

B. L'avenir incertain du droit moral

424. Les tourments du droit moral face aux droits fondamentaux. – Outre le volet patrimonial du droit de la propriété intellectuelle, le volet moral a également connu les affres de la balance des intérêts. En effet, la jurisprudence *Dialogue des Carmélites*, dont le litige opposait le droit moral des héritiers de Georges Bernanos et de Gertrude Von Le fort à la liberté de création et d'expression d'un metteur en scène, a imposé aux juges du fond de mettre en balance ces deux droits¹⁵⁹⁶. La Cour d'appel de renvoi s'y est donc pliée et la mise en balance a conduit au rejet des prétentions des héritiers¹⁵⁹⁷. La solution n'a pas manqué d'inquiéter, jusqu'à y voir un retour au Moyen-Âge tant métaphoriquement qu'historiquement¹⁵⁹⁸. Cependant, il convient de rappeler qu'une série d'arrêts rendus en 2019 par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵⁹⁹ a, justement, mis un terme au contrôle de proportionnalité externe du droit d'auteur. Pour autant, cela ne signifie pas que le contrôle de proportionnalité est définitivement exclu de l'analyse : par ces mêmes arrêts, il est

¹⁵⁹² Association H. Capitant, *Projet de Code européen des affaires. Livre 10 : Droit de la propriété intellectuelle*, 29 sept. 2023, accessible sur <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2023/10/Livre-10-Droit-de-la-propriete-intellectuelle.pdf> (consulté le 11/11/2024).

¹⁵⁹³ Ph. Gaudrat, « Le droit moral... et sa destinée européenne », art. préc.

¹⁵⁹⁴ V. *infra* n° 424.

¹⁵⁹⁵ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 38.

¹⁵⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, déc. préc.

¹⁵⁹⁷ CA Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754.

¹⁵⁹⁸ P.-Y. Gautier, obs. ss. déc. préc., « Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts », *Dalloz IP/IT* 2019. 101.

¹⁵⁹⁹ CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, déc. préc., CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, déc. préc., et CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, déc. préc.

réintégré dans le cadre de l'appréciation des exceptions légalement prévues, le droit fondamental invoqué devant se loger au sein de l'exception pour en guider l'interprétation¹⁶⁰⁰. Cela signifie-t-il que le droit moral est « *sauvé* » de la mise en balance ? La victoire supposément portée par les arrêts de 2019 n'est qu'une victoire en demi-teinte : si la mise en balance du droit d'auteur face à un autre droit fondamental semble appartenir au passé, elle conserve son actualité lorsqu'un droit fondamental peut se loger au sein d'une exception. En d'autres termes, si le metteur en scène défendeur dans l'affaire *Dialogue des Carmélites* a vu sa demande être satisfaite, il devrait, aujourd'hui, déceler au sein du Code de la propriété intellectuelle une exception dans laquelle il pourrait mettre en jeu sa liberté d'expression et de création.

425. La proposition doctrinale d'un droit moral « économique ». – Au sein de la doctrine française, émerge la proposition d'un droit moral dont la connotation serait davantage économique et moins humaniste. Cette proposition se fait en deux temps : en adaptant le droit moral actuel aux nécessités économiques et en reconnaissant un droit moral adapté aux acteurs économiques autres que les créateurs.

Le premier temps de la proposition consiste, essentiellement, à revenir sur les caractères du droit moral existant, en particulier sur son caractère inaliénable. La contractualisation du droit moral est ainsi mise en avant afin que son inaliénabilité de principe ne constitue plus un obstacle à l'exploitation des œuvres¹⁶⁰¹. Sur ce point, la loi française est isolée puisque certains pays de tradition civiliste reconnaissent d'ores et déjà l'inaliénabilité du droit moral ; telle est la solution retenue par le droit allemand du droit d'auteur par exemple¹⁶⁰². Cela étant, la proposition est loin d'être aussi prospective car il existe déjà en droit français un phénomène d'édulcoration « *quantitative* » des prérogatives morales. Il suffit de se rappeler du droit moral légalement « *atrophie* » du concepteur de logiciel¹⁶⁰³ ou encore de l'auteur fonctionnaire¹⁶⁰⁴. En dehors de ces cas, l'on encourage la pratique à faire preuve d'une certaine « *créativité* » dans la rédaction des clauses portant sur des prérogatives morales¹⁶⁰⁵, et lorsque la validité de ces clauses est soumise aux juges du fond, ceux-ci font régulièrement preuve de bienveillance à leur égard¹⁶⁰⁶.

Le second temps de la proposition consiste, cette fois-ci, à reconnaître aux acteurs économiques un droit moral « *économique* » qui s'éloignerait du modèle proposé par le droit d'auteur. Ce droit moral ne serait pas destiné aux seules personnes physiques, il profiterait tout autant aux

¹⁶⁰⁰ V. *supra* n° 380.

¹⁶⁰¹ P.-D. Cervetti, « La mutation économique du droit moral de l'auteur : enjeux et conséquences », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil 2014, étude 14, n° 19 ; J.-M. Bruguière, « Le “droit d'auteur économique”. Un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », in *Mél. M. Vinant, op. cit.*

¹⁶⁰² F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 59.

¹⁶⁰³ CPI, art. L. 121-7.

¹⁶⁰⁴ CPI, art. L. 121-7-1.

¹⁶⁰⁵ J.-M. Bruguière, « Le “droit d'auteur économique”. Un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste », art. préc., n° 26.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, n° 27.

personnes morales¹⁶⁰⁷ ; son caractère inaliénable dépendrait du rattachement au secteur public ou privé de la personne et devrait être « *apprécié à la lumière du critère de l'intérêt social* » en ce qu'il constituerait un obstacle dans le cadre de la cession d'actifs incorporels¹⁶⁰⁸. En revanche, la perpétuité du droit moral serait conservée, tout en étant attentif à ce que cela ne ruine pas l'effet utile du domaine public en permettant à la personne morale de reconstituer le monopole perdu¹⁶⁰⁹. La proposition est tangible mais son opportunité peut être discutée. En reconnaissant aux acteurs économiques, qu'ils soient personnes physiques ou morales, qu'ils soient exploitants ou investisseurs, un droit moral, le déséquilibre caractérisant régulièrement les relations d'affaires entre ces acteurs cessionnaires et les créateurs cédants pourrait s'intensifier. En effet, si le droit moral des créateurs parties faibles au contrat n'est pas toujours efficace pour assurer leur protection¹⁶¹⁰, la reconnaissance d'un droit moral au bénéfice de l'acteur économique ne ferait qu'intensifier leur pouvoir de négociation contractuelle.

426. La proposition d'une extension mesurée du droit moral. – À rebours de la proposition formulée en doctrine, réintégrer le paramètre extra-patrimonial dans l'analyse du droit de la propriété intellectuelle, qui plus est de manière transversale, permettrait de rééquilibrer la balance en rappelant, à tout le moins, que l'activité des producteurs ne peut prospérer sans celle des créateurs. Il constituerait le prolongement naturel de la recherche du lien entre l'objet de propriété intellectuelle et son créateur. Il y a certes un pas conceptuel à franchir puisque, à défaut de tout lien entre l'objet et celui qui l'a pensé, l'on dénie aux droits de propriété industrielle toute dimension morale.

Toutefois, les arrêts rendus récemment en matière d'intelligence artificielle à travers le monde livrent des solutions universelles pour l'ensemble de la propriété intellectuelle, de sorte qu'il est permis de proposer une direction humaniste de la matière¹⁶¹¹. En effet, si l'économisation du droit a permis de sérieuses entorses en la matière, et particulièrement en droit d'auteur, la limite est posée par ces décisions rendues en matière d'intelligence artificielle qui, en refusant l'octroi d'une protection privative à un objet créé indépendamment de toute intervention humaine, décident d'en (re)venir à une conception humaine de la création dans son sens général. C'est donc parce qu'il y a un être humain au centre de l'activité créative qu'il existe un besoin de le protéger, non seulement sur le plan économique, mais aussi par des prérogatives lui permettant d'exercer une autre forme de contrôle.

Au surplus, la proposition d'un droit moral transversal n'a pas besoin de présenter la même intensité qu'en droit d'auteur, tant du point de vue quantitatif que qualitatif. Le droit moral transversal ne se lirait donc pas nécessairement à la lumière du personnalisme propre au droit d'auteur. Il viserait à défendre l'importance due à la personne du créateur, qu'il soit auteur,

¹⁶⁰⁷ F. Fouilland, « Droit d'auteur – L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », art. préc.

¹⁶⁰⁸ J.-M. Bruguier, « La personne morale, auteur », art. préc., n° 18.

¹⁶⁰⁹ *Loc. cit.*

¹⁶¹⁰ V. *supra* n° 211 et s.

¹⁶¹¹ V. *supra* n° 305 et s.

inventeur, mais aussi d'autres intérêts extra-patrimoniaux, tels que la garantie d'origine. Un tel droit moral pourrait s'accommoder des multiples manifestations de la *création*, que celle-ci soit œuvre, invention, dessin ou modèle ou même signe distinctif.

Dès lors, même si l'avenir du droit moral semble être compromis, en l'état du droit positif, il nous semble évident qu'il constitue un élément de définition du droit de la propriété intellectuelle qui ne peut être ignoré¹⁶¹². Sa transversalité toute relative, permise prudemment par le droit au nom de l'inventeur, est l'occasion à saisir pour redonner au droit moral la place qui lui revient en droit de la propriété intellectuelle et, *in fine*, la place qui revient à la personne créatrice.

427. Conclusion du Chapitre II. – L'analyse portant sur l'approche transversale du droit moral en propriété intellectuelle a permis la révélation de résultats tout en nuance. La transversalité du droit moral est relative : elle n'est pas parfaite sans non plus être inexistante. Le droit moral irrigue la propriété littéraire et artistique, mais il se raréfie en propriété industrielle. Révélée par la notion de paternité, la transversalité du droit moral est positivement constatée à travers le droit au nom réservé à l'inventeur. Certes, ce droit « *moral* » de l'inventeur n'est pas l'exacte réplique du droit moral de l'auteur. Cela étant, l'étude du régime du droit moral en droit d'auteur a permis de mettre en avant une certaine souplesse dans sa compréhension, que ce soient dans ses qualités ou dans ses prérogatives, ce qui peut dès lors servir la proposition d'un droit moral transversal. Cette proposition doit néanmoins être nuancée. En effet, le droit moral est en proie à une sorte d'écartèlement en la matière, entre sa marginalisation instiguée par les instruments internationaux et son rattachement inéluctable à la vision personnaliste du droit d'auteur français. Quoiqu'il en soit, l'approche transversale du droit moral souligne que sa présence en droit de la propriété intellectuelle ne peut être négligée¹⁶¹³.

428. Conclusion du Titre I. – L'étude du contenu du droit de la propriété intellectuelle dans son versant patrimonial et dans son versant moral livre, une fois de plus, des résultats mesurés en termes de transversalité. Du point de vue patrimonial, l'appréhension transversale du contenu du droit est rendue possible par la mise en exergue de son exclusivité. Cette exclusivité propre au droit de la propriété intellectuelle obéit à des mouvements communs à travers l'exploitation qu'elle autorise – et qu'elle peut parfois obliger –, à travers l'épuisement que son exercice implique et à travers son encadrement résidant dans la mise en place de limites et d'exceptions. Du point de vue du droit

¹⁶¹² Du point de vue académique, il ne l'est d'ailleurs pas. Les ouvrages d'introduction au droit relèvent l'inconfort que crée la présence du droit moral lorsqu'il s'agit d'aborder la classification des droits subjectifs. Pour contourner le problème, est sollicitée la théorie des droits intellectuels développée par Dabin, qui est alors érigée en troisième catégorie à côté de la *summa divisio* entre les droits patrimoniaux et les droits extra-patrimoniaux, v. en ce sens Ch. Albiges, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 305 et Ph. Malinvaud, N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 463. Toutefois, la catégorie des droits intellectuels n'est pas érigée comme telle dans ces ouvrages, elle est classée au sein de la catégorie des droits patrimoniaux, aux côtés des droits réels et des droits personnels.

¹⁶¹³ V. *infra* n° 602 et s.

moral, l'appréhension transversale du contenu du droit est bien plus délicate : si la mise en exergue de la notion de paternité nous permet d'envisager le droit moral de manière transversale, la place réservée au droit moral, notamment au niveau international, est trop fuyante pour en inférer une quelconque stabilité.

En somme, le droit de la propriété intellectuelle peut se définir par l'exclusivité qui caractérise l'ensemble de son volet patrimonial. En revanche, la question demeure ouverte sur la place à accorder au droit moral dans une vision globale de la matière : faut-il le prendre en compte dans sa spécificité, c'est-à-dire en tant que prérogative existante au sein du seul droit d'auteur ? Ou faut-il promouvoir sa dimension à l'ensemble de la propriété intellectuelle, dans des régimes qui auraient vocation et surtout un intérêt à se voir reconnaître des prérogatives morales ? Ou alors, à l'inverse de ces deux éventualités, faut-il considérer que, compte tenu de son particularisme, le droit moral n'est pas un élément de définition primordial mais secondaire du droit de la propriété intellectuelle¹⁶¹⁴ ?

L'appréhension transversale du contenu du droit de la propriété intellectuelle, tout en apportant certaines réponses, instigue de nouveaux doutes et pose de nouvelles questions. L'appréhension transversale de la sanction du droit est, au contraire, moins complexe.

¹⁶¹⁴ V. *infra* nos 603-604.

Titre II. L'unité singulière de la sanction du droit de propriété intellectuelle

429. La contrefaçon introduite en propriété intellectuelle. – À l'origine, la contrefaçon n'est pas un « *mal* » propre à la propriété intellectuelle ; elle peut, en effet, recevoir une acception bien plus large, celle d'une fraude résultant d'un acte qui « *contrevient à une norme encadrant la production et la circulation d'objets réglementés* », pouvant ainsi s'illustrer par la fabrication de fausse monnaie, ou encore la reproduction frauduleuse de sceaux de l'État¹⁶¹⁵. La qualification de contrefaçon, étendue alors aux reproductions qui contreviennent « *aux monopoles d'exploitation institués par les législations sur les propriétés intellectuelles* »¹⁶¹⁶, n'est pas spécifique à la seule propriété intellectuelle. En revanche, c'est dans ce domaine que le mécanisme de la contrefaçon s'est particulièrement développé ; inévitablement, la contrefaçon s'est alors acclimatée à la propriété intellectuelle.

430. Les influences de la contrefaçon en propriété intellectuelle. – Du point de vue juridique, la contrefaçon se trouve aux confluent de plusieurs droits : le droit civil, le droit pénal mais également le droit douanier (puisque les douanes saisissent des marchandises contrefaisantes) et, ultimement, le droit de la propriété intellectuelle. C'est probablement au sein de ce dernier que la contrefaçon s'est substantiellement construite en tant que régime juridique, tout en conservant ses autres influences. Du point de vue légistique, le Code de la propriété intellectuelle prend d'ailleurs des airs de « patchwork » lorsqu'il traite de la contrefaçon : la définition des actes de contrefaçon oscille entre une dimension civile et une dimension pénale, lui conférant alors une nature hybride¹⁶¹⁷. En outre, le dispositif douanier propre à la contrefaçon d'objets de propriété intellectuelle est pleinement intégré au Code et ce, pour chaque droit de propriété intellectuelle. Pourtant, ces influences multiples ne constituent pas des obstacles à la révélation des éléments d'unité en matière de contrefaçon, lesquels participent également à la mise en cohérence et à l'unité de la propriété intellectuelle. C'est d'ailleurs la démarche qui a été adoptée par le législateur européen en 2004, lorsqu'il a adopté un texte transversal portant sur le respect des droits de propriété intellectuelle, prévoyant diverses règles venant étoffer le régime de la contrefaçon, en l'occurrence la directive dite « *IPRED* »¹⁶¹⁸.

La contrefaçon connaît donc une forme de transversalité, à tout le moins dans sa dimension civile, le volet pénal ayant été écarté du processus d'harmonisation. Les influences du droit douanier sur le régime de la contrefaçon seront également éludées de l'étude : bien que les rapports entre droit

¹⁶¹⁵ M. Briatta, *Droit de la contrefaçon et droit de la propriété intellectuelle*, LexisNexis, 2023, n° 5.

¹⁶¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁶¹⁷ *Ibid*, n° 32, spéc. note de bas de page n° 112. Cette nature duale implique qu'une seule action est intentée, le demandeur à l'action ayant le choix d'entamer une procédure pénale ou une procédure civile : s'il décide d'ouvrir cette procédure devant le ministère public, alors s'ouvre la procédure pénale et le tribunal répressif connaîtra aussi du volet civil ; s'il décide de saisir seulement la juridiction civile, alors l'action sera examinée sur ce seul volet (à moins que le ministère public ne décide également d'attirer l'affaire devant le juge pénal si la gravité de celle-ci le justifie).

¹⁶¹⁸ Dir. 2004/48/CE, préc.

douanier et propriété intellectuelle soient multiples¹⁶¹⁹, et que la propriété intellectuelle intègre d'ailleurs, de manière transversale, le mécanisme de la retenue en douane, également appelée retenue contrefaçon¹⁶²⁰, cette dimension ne sera pas reprise ici. En effet, même si les douanes doivent de plus en plus surveiller les « *mouvements de marchandises entachés de fraude* », tels que l'introduction de marchandises contrefaisantes, le droit douanier constitue « *essentiellement un instrument de régulation des échanges internationaux, utilisé à des fins protectionnistes* »¹⁶²¹. Par conséquent, malgré le renforcement que le droit douanier permet dans la défense du droit de propriété intellectuelle contre la contrefaçon, il n'est pas nécessaire de solliciter cette branche du droit dans l'identification et la compréhension de la contrefaçon en tant qu'élément de définition du droit de la propriété intellectuelle. Au demeurant, les thèses de Madame Briatta et Madame Szkopinski, respectivement consacrées au droit douanier¹⁶²² de la contrefaçon et au droit pénal de la propriété intellectuelle¹⁶²³, témoignent d'un mouvement d'unité autour de la contrefaçon en ces matières qui peuvent être opportunément complétées par des analyses menées sur le seul plan civil de la contrefaçon.

Intrinsèquement, le mécanisme de la contrefaçon est ainsi doté d'une certaine unité (Chapitre I) faisant de celui-ci un élément de définition transversal du régime de propriété intellectuelle. L'unité du mécanisme est telle qu'elle entraîne une forme d'émancipation de celui-ci (Chapitre II).

¹⁶¹⁹ Sur ce sujet, v. par exemple J. Passa, « Les rapports du droit de la propriété intellectuelle et du droit commun douanier : influences réciproques », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, 2009, p. 67 et s.

¹⁶²⁰ J.-Ch. Galloux, « La retenue en douane (ou retenue contrefaçon) », *RTD com.* 2020. 603.

¹⁶²¹ J. Passa, « Les rapports du droit de la propriété intellectuelle et du droit commun douanier : influences réciproques », art. préc., n° 1.

¹⁶²² M. Briatta, *Droit de la contrefaçon et droit de la propriété intellectuelle*, op. cit.

¹⁶²³ A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, op. cit. L'étude s'efforce d'apporter une cohérence au droit pénal de la contrefaçon en se fondant sur la nature du droit de propriété intellectuelle, que l'auteure qualifie de droit de propriété.

Chapitre I. L'unité manifeste du mécanisme de la contrefaçon

431. La contrefaçon, outil transversal du droit de la propriété intellectuelle. – Une recherche relative à l'action en contrefaçon atteste d'une certaine unité de régime au sein de la propriété intellectuelle, même si celle-ci doit être relativisée sur certains points et confortée sur d'autres ; si l'unité substantielle de la contrefaçon peut être nuancée (Section 1), son unité procédurale semble, en revanche, plus aboutie (Section 2).

Section 1. L'unité substantielle de la contrefaçon empreinte de nuances

432. Acte de contrefaçon et sanction de la contrefaçon. – Si une approche transversale de l'acte de contrefaçon ne permet pas de conclure à une appréhension véritablement unitaire de celui-ci au sein du droit de la propriété intellectuelle en raison de différences subsistantes selon les droits en question (§1), sa sanction atteint, en revanche, un certain niveau d'homogénéité (§2), notamment depuis l'adoption de la directive « *IPRED* » de 2004.

§1. L'appréhension transversale délicate de l'acte de contrefaçon

433. La recherche ardue de l'unité de l'acte de contrefaçon par son élément matériel et son élément moral. – Pour que l'action en contrefaçon aboutisse, il convient de prouver un acte de contrefaçon. Suivant en cela la méthode adoptée en droit pénal et reprise par le professeur Passa¹⁶²⁴, on s'attachera à caractériser au sein de l'acte de contrefaçon un élément matériel (A) et un élément moral (B) de la contrefaçon.

A. L'élément matériel de la contrefaçon

434. L'élément matériel réside dans un acte de contrefaçon légalement fragmenté. – La caractérisation de l'élément matériel de la contrefaçon passe par l'identification d'un acte de contrefaçon. Le Code de la propriété intellectuelle n'envisage toutefois pas cet acte de manière unitaire, celui-ci étant défini à l'aune de chaque droit de propriété intellectuelle. En résulte ainsi une dispersion de l'acte de contrefaçon qui, *a priori*, empêche de l'appréhender de manière globale (1). En revanche, il est possible de repérer quelques points de convergence quant à la manière dont s'apprécient ces actes de contrefaçon (2).

¹⁶²⁴ Le professeur Passa, tout en ayant adopté le même schéma, relève en effet que, mis à part les cas de violation du droit de suite de l'auteur ou du droit moral de l'artiste-interprète, « *les comportements susceptibles de constituer une contrefaçon sont en principe les mêmes au civil et au pénal* », v. J. Passa, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », *Propriété Intell.* n° 10, janv. 2004, n° 4.

1. La dispersion de l'acte de contrefaçon selon le droit de propriété intellectuelle

435. Atteinte au droit de propriété intellectuelle. – L'élément matériel de la contrefaçon réside dans un acte de contrefaçon, c'est-à-dire un acte portant sur l'exploitation de l'objet grevé de propriété intellectuelle qui a été effectué par un tiers et sans avoir été autorisé par le titulaire de la protection. C'est l'idée générale qui découle de tous les actes visés par la protection et qui sont susceptibles d'entraîner une sanction pour celui qui les commet. La contrefaçon consiste en une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, telle que l'atteinte à un droit patrimonial par la reproduction, l'imitation ou la communication de l'objet de propriété intellectuelle protégé¹⁶²⁵, mais aussi en l'atteinte à un droit moral¹⁶²⁶. Quelle que soit l'atteinte alléguée, c'est au titulaire de la protection « *d'établir l'existence de l'atteinte portée à ses droits* »¹⁶²⁷.

436. Approche légistique : l'acte de contrefaçon envisagé pour chaque droit de propriété intellectuelle. – Au-delà de cette approche théorique d'ensemble, l'analyse textuelle au sein du Code de la propriété intellectuelle ne permet pas d'envisager de manière globale l'élément matériel de la contrefaçon. Le seul élément constant tient à ce que l'acte de contrefaçon est précisé par la loi – dont il découle naturellement l'élément légal, en matière pénale. Au-delà de cette convergence minimale, l'élément matériel est « *éparpillé* » dans plusieurs dispositions du Code. En droit d'auteur, la doctrine note une « *approche éclatée* » de l'acte de contrefaçon¹⁶²⁸. Les dispositions faisant mention des actes répréhensibles¹⁶²⁹ témoignent d'une certaine maladresse : même si les actes de reproduction et de représentation sont rassemblés au sein d'une même disposition, compte tenu de l'imbrication récurrente de ces actes¹⁶³⁰, certains actes leur sont ajoutés sans penser la matière de manière globale et cohérente. Les dispositions relatives à la diffusion¹⁶³¹ ou encore de l'usage d'un logiciel¹⁶³² ont ainsi fait l'objet de cette critique.

À première vue, la situation parmi les droits de propriété industrielle semble plus harmonieuse que celle du droit d'auteur. La plupart des textes les régissant visent « *toute atteinte* » aux droits protégés par la protection envisagée¹⁶³³. Mais c'est sans compter sur le mécanisme de renvoi sur lequel reposent ces dispositions : pour connaître la teneur de l'atteinte visée, il est nécessaire de s'en référer aux dispositions qui, finalement, définissent le périmètre de la protection octroyée.

¹⁶²⁵ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1236 et s.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, n° 1247.

¹⁶²⁷ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1584.

¹⁶²⁸ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1062.

¹⁶²⁹ CPI, art. L. 122-4 pour le volet civil, art. L. 335-2 et s. pour le volet pénal.

¹⁶³⁰ J. Passa, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », art. préc., n° 5 et s ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1070.

¹⁶³¹ CPI, art. L. 335-3.

¹⁶³² CPI, art. L. 335-2-1, 2° ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1073.

¹⁶³³ CPI, art. L. 521-1 pour le droit des dessins et modèles, art. L. 615-1 pour le droit des brevets, art. L. 623-25 pour les obtentions végétales et art. L. 716-4 pour le droit des marques.

Les seules protections qui facilitent la recherche des actes prohibés sont le droit sur les topographies de semi-conducteurs et le droit sur les obtentions végétales : l'une comme l'autre prévoit une disposition qui énumère les actes interdits dont la commission s'analyse en une contrefaçon¹⁶³⁴, mais cette spécialisation ne va guère dans le sens d'une perception unique de l'acte de contrefaçon.

437. La caractérisation de la contrefaçon est fonction de l'existence de la protection. –

L'appréciation de la contrefaçon est, on vient de le souligner, étroitement liée aux conditions de protection. Cette affirmation signifie que, outre la reproduction de l'objet protégé (à l'identique ou par imitation), la contrefaçon ne sera caractérisée que si l'objet reproduit bénéficie d'une protection effective. C'est ainsi qu'en droit d'auteur, l'œuvre reproduite ou représentée sans autorisation doit être originale ; en droit des dessins et modèles, la reproduction doit porter sur un dessin ou un modèle nouveau et présentant un caractère propre ; en droit des marques, la marque reproduite doit être distinctive ; en droit des brevets, l'invention reproduite doit être nouvelle, être susceptible d'application industrielle et faire preuve d'activité inventive (étant précisé pour l'invention que la protection est matériellement limitée à la description et aux revendications mentionnées dans le brevet)¹⁶³⁵.

438. L'acte de contrefaçon envisagé au prisme des conditions propres à chaque droit. –

En outre, la contrefaçon ne se réduit pas à la caractérisation d'un acte de reproduction de l'objet protégé. En effet, en fonction du droit de propriété intellectuelle invoqué, des conditions supplémentaires de définition de l'acte peuvent venir s'ajouter. Tel est le cas en droit des marques, par exemple, qui exige que l'usage du signe (reproduit à l'identique ou imité) ait eu lieu dans le cadre de la vie des affaires et dans le cadre du principe de spécialité ; en droit des brevets où la reproduction doit porter sur des caractéristiques essentielles de l'invention¹⁶³⁶ ; également, l'action en contrefaçon ne pourra aboutir si la situation soumise au juge correspond à l'une des exceptions du droit de propriété intellectuelle envisagé¹⁶³⁷.

439. Un acte de contrefaçon aux contours multiples. –

Il en résulte que la caractérisation de la contrefaçon est fortement ancrée dans les particularismes propres à chaque droit de propriété intellectuelle. Si le terme de contrefaçon est employé de manière univoque, il appert que les conditions de sa mise en œuvre diffèrent fortement selon le type de droit de propriété intellectuelle auquel l'acte de contrefaçon porte atteinte. Cette variabilité apparemment irréductible n'empêche cependant pas de *penser* la contrefaçon¹⁶³⁸ de manière plus unitaire, à partir de la méthode d'analyse de l'acte de contrefaçon qui présente des éléments de convergence au-delà des différences inhérentes à chaque droit de propriété intellectuelle.

¹⁶³⁴ CPI, art. L. 622-5 pour le droit sur les topographies de semi-conducteurs, art. L. 722-1 pour le droit sur les obtentions végétales.

¹⁶³⁵ N. Binctin, *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Contrefaçon de brevet », Fasc. 20, LexisNexis, 19 sept. 2021, n° 68.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, n° 72.

¹⁶³⁷ Sur les exceptions, v. *supra* n° 370 et s.

¹⁶³⁸ Cela peut être rendu possible en étudiant la nature du droit de propriété, v. *infra* n° 429 et s.

2. La tentative d'une mise en cohérence de l'acte de contrefaçon à travers son appréciation

440. La recherche de cohérence dans l'appréciation de la contrefaçon. – La méthode d'appréciation de la contrefaçon recèle des points communs, tels que le principe selon lequel la contrefaçon s'apprécierait en fonction des ressemblances et non des différences (a). Il s'infère également de l'observation de la jurisprudence que l'appréciation de la contrefaçon est susceptible de varier selon le degré de protection dont jouit l'objet (b).

a. La portée du principe d'appréciation de la contrefaçon au regard des ressemblances entre l'objet contrefaisant et l'objet contrefait

441. La contrefaçon résulte d'une reproduction identique ou similaire. – La contrefaçon permet de préserver l'objet protégé et, corrélativement, le titulaire de la protection, de toutes reproductions qui ont été faites sans son autorisation. La protection s'étend non seulement aux reproductions qui sont identiques à l'objet protégé, mais également, et opportunément, aux reproductions qui l'imitent. La tâche du juge est facilitée lorsque l'objet contrefaisant reproduit à l'identique l'objet protégé ; dès lors que la protection de l'objet qui a été reproduit est établie, la qualification de contrefaçon est indéniable, sous les réserves évoquées précédemment tenant aux éventuelles conditions propres à chaque droit de propriété intellectuelle. La tâche est, en revanche, plus ardue lorsque l'objet protégé est seulement imité. En présence d'une telle imitation, le départ peut être difficile à faire entre ce qui relève de l'inspiration, de la libre reprise, d'une part, et de la contrefaçon, de la reprise illicite, d'autre part. Pour pouvoir « *délimiter la frontière entre la contrefaçon et la libre reprise* »¹⁶³⁹, la jurisprudence retient, de manière désormais pérenne, que la contrefaçon s'apprécie par rapport aux ressemblances et non aux différences¹⁶⁴⁰.

442. L'appréciation de la contrefaçon au regard des ressemblances et non des différences ne concerne pas l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. – S'il est vrai que cette règle, ou plus exactement cette méthode d'appréciation, est dotée d'une certaine envergure, elle s'avère, à l'examen, moins transversale qu'annoncée. En effet, si elle reçoit une

¹⁶³⁹ S. Chatry, « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », in *Le Code de la propriété intellectuelle en 10 articles*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 196 et s. ; C. Bernault, A. Lebois, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », Fasc. 1267, LexisNexis, 1^{er} mars 2024, n° 11.

application concrète en droit d'auteur¹⁶⁴¹, en droit des marques¹⁶⁴² ainsi qu'en droit des brevets¹⁶⁴³, le droit des dessins et modèles semble en revanche ne plus s'y référer.

Avant la réforme de 2001, le juge mentionnait également cette méthode d'appréciation dans ce dernier domaine. Or, l'objectif de ladite réforme ayant été notamment de désolidariser le droit des dessins et modèles du droit d'auteur, on s'attendait à ce qu'elle fût abandonnée à cette occasion. Néanmoins, les dispositions relatives à la contrefaçon n'ayant pas toutes été modifiées à ce moment¹⁶⁴⁴, le juge ne changea finalement pas sa position et continua à appliquer ladite méthode. Ce n'est qu'après la transposition de la directive « IPRED » de 2004 par la loi du 29 octobre 2007¹⁶⁴⁵ qu'il l'abandonna pour se référer, désormais, à l'impression visuelle d'ensemble différente telle que le prévoit l'article L. 513-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « [l]a protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente ». Au premier abord, il est loisible de penser, par une lecture *a contrario* de cette disposition, que ce qui est recherché est que le dessin ou modèle litigieux soit ressemblant à celui qui est protégé. En effet, si la disposition était tournée à la forme affirmative, elle reviendrait à dire que la protection conférée s'étend à tout dessin ou modèle qui produit sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble similaire. Or, ce n'est pas ce que laisse entendre l'article qui se fonde, non pas sur le critère de ressemblance, mais sur un critère d'absence de différence d'ensemble, ce qui, du point de vue méthodologique, n'est pas la même chose.

Dès lors, même s'il est possible de noter, parfois, des résurgences de l'ancienne méthode d'appréciation¹⁶⁴⁶, la jurisprudence en matière de dessins et modèles est constante¹⁶⁴⁷.

443. L'appréciation de la contrefaçon au regard des ressemblances et non des différences ne s'entend pas de manière uniforme selon le droit de propriété intellectuelle invoqué. – Au surplus, l'on peut constater que si cette méthode ne touche qu'un certain nombre de droits de propriété intellectuelle, elle ne reçoit pas non plus forcément une application identique selon le droit de propriété intellectuelle sollicité. Aucun consensus ne semble se dessiner sur ce qui prévaut lorsqu'est appréciée la contrefaçon : s'attache-t-on aux seules ressemblances, aux seules

¹⁶⁴¹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1082.

¹⁶⁴² V. par exemple, Cass. com., 25 mars 2014, *Lézard Graphique*, PIBD 2014, n° 1006, III, p. 411 : P. Tréfigny-Goy, *comm. ss. déc. préc.*, « Pas de lézard... Enfin si ! », *Prop. Indust.* n° 6, juin 2014, *comm.* 47 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 487 et s. ; S. Durrande, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Atteintes à la marque. – Reproduction et imitation de marque », Fasc. 7511, LexisNexis, 15 juil. 2012, maj. 10 juin 2024, n° 81.

¹⁶⁴³ C. Bernault, A. Lebois, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », fasc. préc., n° 11.

¹⁶⁴⁴ Seules les dispositions relatives au volet civil ont été modifiées, pas celles relatives au volet pénal.

¹⁶⁴⁵ Loi n° 2007-1544 du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon, préc.

¹⁶⁴⁶ V. par exemple, CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 20 nov. 2018, n° 17/18198 : P. Greffe, *comm. ss. déc. préc.*, « Impression visuelle d'ensemble et risque de confusion », *Prop. Indust.* n° 7-8, juil. 2019, *comm.* 39.

¹⁶⁴⁷ Pour l'ensemble du propos, v. P. de Candé, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Contrefaçon. – Définition et caractères généraux », Fasc. 3410, LexisNexis, 15 fév. 2020, maj. 1^{er} déc. 2023, n° 26 ; *add.* N. Kapyrina, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Synthèse – Exercice du droit sur les dessins et modèles », LexisNexis, 22 juil. 2022, n° 6 ; J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1446.

différences, ou aux deux ? La jurisprudence est, globalement, très fluctuante quel que soit le droit de propriété intellectuelle envisagé¹⁶⁴⁸. Même si une tendance se dessine nettement quant à la prise en compte du critère des ressemblances, il subsiste, malgré tout, un doute quant à l'importance qui doit être accordée aux différences. Pour ne prendre que l'exemple du droit d'auteur, deux propositions doctrinales ont été formulées : l'une, par le professeur Daverat, suggère de s'attacher d'abord à l'identification des ressemblances puis de les mettre en balance avec les différences¹⁶⁴⁹ ; l'autre, par le professeur Gautier, hiérarchise les deux critères en appréciant d'abord les ressemblances, puis les différences, ces dernières n'ayant d'intérêt que si elles parviennent à « détruire » l'impression d'ensemble première¹⁶⁵⁰.

En outre, cette méthode ne s'attache pas nécessairement à établir un risque de confusion entre les deux objets au cœur du litige. Si ce dernier est effectivement recherché entre deux signes en droit des marques, cette notion est étrangère aux autres droits de propriété intellectuelle¹⁶⁵¹, sauf en ce qui concerne la protection des titres qui figure dans la partie du Code de la propriété intellectuelle relative au droit d'auteur, à l'article L. 112-4. La protection d'un titre par un droit d'auteur et un droit de marque est possible, à condition que ce titre exerce la fonction essentielle d'une marque, c'est-à-dire qu'il permette d'identifier l'origine des produits qu'il désigne. *A priori*, titre et marque sont ressemblants puisqu'ils assurent, tous deux, une fonction d'identification. Cependant, ils diffèrent quant à l'objet qu'ils identifient : le titre d'une œuvre permet d'identifier une œuvre, tandis qu'une marque permet d'identifier un produit¹⁶⁵². En pratique, il importe de ne pas préjuger du risque de confusion qu'est susceptible de créer un titre reprenant une marque existante. Il est nécessaire de distinguer selon que le titre est un titre d'une œuvre unique reproduisant une marque et un titre de revue ou de série qui reproduit une marque. Dans le premier cas, le risque de confusion est peu probable car, même si le titre d'une œuvre, telle qu'un livre ou un article de presse, reprend une marque existante, toujours est-il que ce titre permet d'identifier l'œuvre et non un produit¹⁶⁵³. Il est donc logique que la jurisprudence retenant un risque de confusion né de la reprise d'une marque pour le titre d'un article de presse ait suscité une forme d'étonnement en

¹⁶⁴⁸ C. Bernault, A. Lebois, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », fasc. préc., n° 9 et s., notant le caractère assez fluctuant de la jurisprudence.

¹⁶⁴⁹ X. Daverat, « Libres propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques », *JCP G* n° 9, mars 1995, I 3827.

¹⁶⁵⁰ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2^e éd., 2023, n° 854.

¹⁶⁵¹ Cass. com., 8 avr. 2014, n° 13-10.689 : P. Sirinelli, obs. ss. déc. préc., « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2014. 2078 ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1081 pour le droit d'auteur ; Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-22.013 : P. Greffe, comm. ss. déc. préc., « Contrefaçon de dessin ou modèle : pas de risque de confusion », *Prop. Indust.* n° 6, juin 2008, comm. 44 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 624 pour le droit des dessins et modèles ; *adde.* N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1587. De surcroît, la notion de risque de confusion ne doit pas davantage être confondue avec les faits de confusion réprimés par le droit de la concurrence déloyale.

¹⁶⁵² L. Marino *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », Fasc. 1158, LexisNexis, 28 juil. 2015, maj. 1^{er} juin 2024, n° 13.

¹⁶⁵³ J. Passa, « Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur », *Prop. Intell.* n° 14, janv. 2005, p. 31 et s., spéc. n° 14, n° 17 et n° 19.

doctrine¹⁶⁵⁴. Dans le second cas, le risque de confusion est plus tangible puisque le titre de la revue ou de la série assure, comme la marque qu'il reproduit, une fonction d'identification d'un produit, en l'occurrence un périodique¹⁶⁵⁵.

De ces éléments, il en résulte que la méthode d'appréciation quant aux ressemblances et non aux différences est dotée d'une transversalité qui peut être qualifiée de relative. En revanche, les droits de propriété intellectuelle ont ceci de commun que l'appréciation de la contrefaçon peut dépendre du degré de protection dont jouit l'objet sur lequel elle porte.

b. La contrefaçon, fonction du degré de protection ?

444. La caractérisation de la contrefaçon, fonction du « degré » de la protection accordée ?

– Outre le fait que l'appréciation de la contrefaçon soit intimement liée aux conditions de protection, il se trouve que cette appréciation dépend, *a fortiori*, de « l'intensité » de ces conditions¹⁶⁵⁶. Cette affirmation se vérifie immanquablement en droit des marques, qui ne cache pas la prise en compte du caractère distinctif plus ou moins faible de certains signes pour statuer sur l'acte de contrefaçon allégué. Le degré de distinctivité est ainsi pris en compte pour la marque évocatrice : il s'agit d'une marque qui est faiblement distinctive par définition parce qu'elle « parle » au consommateur en ce qu'elle évoque le produit ou le service qu'elle désigne, mais dont on tolère la protection car elle assure sa fonction de publicité¹⁶⁵⁷. En conséquence, même si le titulaire de marque peut actionner sa protection, elle restera de faible intensité car il « ne jouira pas d'une grande protection contre des signes, même concurrents, qui pourront s'en rapprocher impunément »¹⁶⁵⁸.

Cette idée de gradation dans les conditions de protection se retrouve, de manière plus subtile, en droit des dessins et modèles. Cette protection nécessite que le dessin ou modèle présente un caractère propre et l'appréciation de ce caractère dépend notamment du degré de liberté qui a été laissé au créateur du dessin ou du modèle¹⁶⁵⁹. La prise en compte de cette liberté influe directement sur l'étendue de la protection : « plus la liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle contesté est restreinte, plus des différences mineures entre les dessins ou modèles en cause pourront suffire à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti »¹⁶⁶⁰. Autrement dit, c'est bien de degré de liberté du créateur dont il est question, et c'est bien ce degré qui fait varier l'étendue de la protection.

¹⁶⁵⁴ Cass. com., 14 janv. 2003, n° 00-10.656, qui s'est contenté de constater un usage dans la vie des affaires pour retenir le risque de confusion. V. cependant Cass. com., 12 juil. 2011, n° 10-22.739, qui opère un revirement. Sur le sujet, v. L. Marino *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », fasc. préc., spéc. n° 15.

¹⁶⁵⁵ V. par exemple CA Paris, 4^e ch., sect. A, 18 déc. 2002, n° 2001/18435 ; L. Marino *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », fasc. préc., n° 16.

¹⁶⁵⁶ S. Chatry, « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », art. préc., p. 199.

¹⁶⁵⁷ G. Bonet, J. Sabbah, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Synthèse – Marques. Signes protégés », fasc. préc., n°s 16-17.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, n° 17.

¹⁶⁵⁹ CPI, art. L. 511-4, al. 2.

¹⁶⁶⁰ Trib. UE, 5^e ch., 18 mars 2010, *Grupo Promer Mon Graphic SA c. OHMI*, aff. T-9/07, pt. 72 ; A. Folliard-Monguiral, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Dessins et modèles communautaires », fasc. préc., n° 267.

445. La reconnaissance timide de degré(s) de protection en droit d'auteur. – Enfin, il peut être soutenu que cette idée de gradation est également présente en droit d'auteur, à propos du critère de l'originalité. Cette tendance, bien que ne faisant pas consensus au sein de la doctrine¹⁶⁶¹, doit être examinée. Certes, l'œuvre de l'esprit accueillant désormais en son sein le logiciel, ou le boulon, l'originalité requise est susceptible d'une certaine variabilité. Toutefois, pour certains auteurs, la présence de différentes conceptions de l'originalité ne signifie pas que « plus » ou « moins » d'originalité soit exigée pour certaines œuvres. En ressort ainsi « l'affirmation d'une égalité de traitement au sein de la catégorie » des œuvres de l'esprit¹⁶⁶². Cette analyse, d'ailleurs explicitée par le juge de l'Union¹⁶⁶³, tient à des raisons de sécurité et de cohérence juridiques : il ne serait pas logique, voire dangereux, de mettre en place des seuils d'originalité différents en fonction des œuvres prétendant à la protection.

Pourtant, l'existence d'un degré d'originalité est une position défendue par le professeur Lucas. En repartant de la jurisprudence portant sur l'originalité, cet auteur constate que la caractérisation de l'originalité est facilitée à mesure que l'œuvre est originale. Il prend notamment pour exemple l'œuvre seconde qui, s'inspirant d'une œuvre première, encourra moins le grief de contrefaçon à mesure de l'intensité de son originalité¹⁶⁶⁴. Cette lecture, assez disruptive du critère d'originalité, a été adoptée par le juge national dans un arrêt de 2004¹⁶⁶⁵, reconnaissant que ce critère puisse être relatif¹⁶⁶⁶. Pour autant, cette vision de l'originalité ne justifie en rien la mise en place d'une protection à deux – ou plusieurs – vitesses. Même si l'on admet l'existence d'un seuil d'originalité, la règle selon laquelle l'originalité « est ou n'est pas » demeure. Cela signifie que la mise en évidence de ce seuil n'a, en principe, aucune incidence sur l'étendue de la protection octroyée puisque c'est la caractérisation de l'originalité qui importe ; la protection octroyée est la même, quelle que soit la nature de l'œuvre.

Certains auteurs relèvent toutefois qu'en pratique, la jurisprudence adapte – inconsciemment ? – l'étendue de la protection en fonction du degré d'originalité constaté. Tel est le cas lorsqu'il est question de droit moral par exemple : l'intensité de cette prérogative semble dépendre du degré d'originalité que présente l'œuvre puisque, à mesure que la personnalité de l'auteur se fait discrète au sein de l'œuvre, il sera plus difficile de justifier un droit moral fort¹⁶⁶⁷. Le degré d'originalité peut aussi conditionner l'étendue de la protection en matière de contrefaçon, ainsi que le montre

¹⁶⁶¹ La doctrine réfute le principe d'un seuil (et, *a fortiori*, de seuils) d'originalité, V.-L. Benabou, « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 5 et s., spéc. pp. 12-13 ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 280.

¹⁶⁶² V.-L. Benabou, « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », art. préc., p. 12.

¹⁶⁶³ CJUE, 3^e ch., 1^{er} déc. 2011, *Eva Maria Painer*, déc. préc. : P. Sirinelli, « Chronique de jurisprudence – Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *obs. préc.*, p. 325 et s., spéc. p. 333 et s. ; *adde.* V.-L. Benabou, « L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union », art. préc., p. 17 et s., spéc. pp. 30-31.

¹⁶⁶⁴ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 332.

¹⁶⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, *Mme Nicolas c. Sté Cavaille Vins Fins*, n° 01-16.415 : Ch. Caron, *comm. ss. déc. préc.*, « Des fortes et des faibles originalités », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2004, *comm.* 99.

¹⁶⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, *Mme Nicolas c. Sté Cavaille Vins Fins*, déc. préc. : « le caractère relatif de l'originalité n'est pas exclusif de l'empreinte de la personnalité de l'auteur ».

¹⁶⁶⁷ Ch. Caron, « Des fortes et des faibles originalités », *comm. préc.*

l'exemple des photographies¹⁶⁶⁸. Également, certains auteurs sont amenés à dire que lorsque le degré d'originalité est faible, la protection est efficiente seulement pour les reproductions à l'identique, la contrefaçon étant plus difficile à rechercher pour les œuvres imitées qui sont faiblement originales¹⁶⁶⁹.

446. L'existence de degré(s) de protection ; une existence révélée au seul stade de l'appréciation de la contrefaçon. – La position défendue par le professeur Lucas semble donc faire son chemin en doctrine, jusqu'à se demander s'il existe des « *œuvres faibles* » à l'image des « *marques faibles* »¹⁶⁷⁰. Pour cette doctrine, il ne s'agit pas d'établir un droit d'auteur à deux vitesses mais de constater que selon le degré d'originalité dont est pourvue l'œuvre, l'étendue de sa protection va varier. En effet, ce n'est pas au stade de la caractérisation de la protection que ce degré est pris en compte : peu importe le degré de distinctivité (pour le droit des marques) ou le degré d'originalité (pour le droit d'auteur), si ces critères sont caractérisés, alors la protection est octroyée. Ce degré est pris en compte au stade de l'appréciation de la contrefaçon, entraînant ainsi une variation quant à la mise en œuvre de la protection : si la condition de protection requise présente un degré élevé, alors la caractérisation de la contrefaçon s'en trouvera facilitée ; à l'inverse, si le degré de la condition de protection est faible, la contrefaçon sera plus difficile à caractériser. Toujours est-il qu'au niveau européen, le juge de l'Union se refuse, comme cela a été relevé, à adopter une telle lecture du critère d'originalité – une position sans doute expliquée par l'objectif d'harmonisation qui est le sien.

L'appréhension transversale de l'élément matériel de la contrefaçon se couronne d'un succès tout relatif en ce qu'elle a permis de révéler les nuances de la règle d'appréciation en fonction des ressemblances et non des différences et de mettre en avant une corrélation entre l'appréciation de la contrefaçon et l'existence de degré(s) de protection. À présent, il convient de s'intéresser à l'élément moral de la contrefaçon.

B. L'élément moral de la contrefaçon

447. La mauvaise foi en contrefaçon. – De manière générale, il est régulièrement affirmé que la contrefaçon examinée sur le plan civil ne nécessite aucunement que soit établi l'élément moral, c'est-à-dire la mauvaise foi de la personne prétendument auteure de la commission d'actes contrefaisants¹⁶⁷¹. À l'inverse, sa mauvaise foi est recherchée lorsque la contrefaçon est examinée sur le plan pénal. De cette affirmation, pourrait alors découler une règle générale selon laquelle sur le plan civil, la contrefaçon est indifférente à la bonne ou mauvaise foi du contrefacteur, alors que sur le plan pénal, la preuve de la mauvaise foi du contrefacteur est requise. Cependant, une analyse

¹⁶⁶⁸ S. Chatry, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Protection des photographies (CPI, art. L. 112-2) », Fasc. 1150, LexisNexis, 1^{er} janv. 2020, maj. 10 mars 2023, n° 73.

¹⁶⁶⁹ V. en ce sens S. Chatry, « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », art. préc., p. 200.

¹⁶⁷⁰ C. Bernault, A. Lebois, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », fasc. préc., n° 83.

¹⁶⁷¹ V. par exemple S. Chatry, « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », art. préc., p. 201.

plus approfondie nous permet de nous rendre compte que la situation n'est pas aussi uniforme. L'analyse qui va suivre n'entache pas d'inexactitude la règle tout juste énoncée ; mais elle en nuance la généralité.

448. L'indifférence quasi-unanime quant à la mauvaise foi du contrefacteur sur le plan civil.

– En effet, sur le volet civil, alors que l'ensemble des droits de propriété intellectuelle formulent une indifférence quant à la bonne ou mauvaise foi du contrefacteur¹⁶⁷² quelques cas exceptionnels subsistent en droit des brevets. Le plus évocateur est celui prévu par l'article L. 615-1, al. 3 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'offre, la mise sur le marché, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise sur le marché d'un produit contrefaisant, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefaisant, n'engagent la responsabilité de leur auteur que si les faits ont été commis en connaissance de cause* ». Cette disposition établit une distinction entre le contrefacteur direct (ou primaire) et le contrefacteur indirect (ou secondaire)¹⁶⁷³ : alors que pour le premier, sa bonne ou mauvaise foi est indifférente, pour le second il est requis d'établir sa mauvaise foi, en prouvant qu'il a commis les faits reprochés « *en connaissance de cause* »¹⁶⁷⁴. Également, il semble que le droit des obtentions végétales requiert un élément moral pour pouvoir engager la responsabilité civile du contrefacteur, l'article L. 623-25 du Code de la propriété intellectuelle requérant une « *atteinte volontaire* » de sa part¹⁶⁷⁵.

449. La prise en compte quasi-automatique de la mauvaise foi du contrefacteur sur le plan pénal.

– En matière pénale, l'élément moral est globalement requis en droit français de la propriété intellectuelle¹⁶⁷⁶, sauf en droit des marques, où la seule matérialité de l'acte semble suffire ; c'est ce qu'il ressort de la rédaction de l'article L. 716-9 qui ne requiert aucun élément intentionnel de la part du contrefacteur¹⁶⁷⁷.

450. L'élément intentionnel dépendant des particularismes de certains droits de propriété intellectuelle.

– En conclusion, que ce soit en matière civile ou en matière pénale, la règle qui

¹⁶⁷² Pour le droit d'auteur, Cass. civ. 1^{ère}, 10 juil. 2013, n° 12-19.170, et le droit des marques, Cass. com., 27 nov. 1972, *Ann. propr. ind.* 1973, p. 1, mentionnés par J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, p. 431, note de bas de page n° 85 ; le droit des dessins et modèles a abandonné cette exigence depuis la réforme de 2001, v. en ce sens *ibid.*, n° 648 et J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 1431.

¹⁶⁷³ J. Passa, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », art. préc., n° 26.

¹⁶⁷⁴ Pour davantage de précisions, v. J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 671 et s.

¹⁶⁷⁵ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 1589.

¹⁶⁷⁶ En droit d'auteur, la mauvaise foi est présumée de manière réfragable, M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 1076 et s. ; en droit des brevets et en droit des dessins et modèles, l'exigence de mauvaise foi se déduit de l'utilisation de l'adverbe « *sciemment* » dans les textes légaux, CPI, art. L. 615-14 et L. 521-10 qui visent des atteintes qui ont été sciemment portées aux droits protégés. Pour le droit des dessins et modèles, la jurisprudence semble même avoir établi une présomption de mauvaise foi pesant sur le professionnel du secteur concerné, v. en ce sens J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 679.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, n° 675.

irrigue chacune de ces matières – indifférence de la mauvaise foi pour la première, prise en compte de la mauvaise foi pour la seconde – se heurte à des spécificités qui ne peuvent être ignorées, de telle sorte que la généralité de la règle en ressort fragilisée.

En revanche, la mise en place de sanctions civiles dites « *dissuasives* » par la directive « *IPRED* » de 2004 constitue un véritable premier pas vers l’harmonisation en matière de contrefaçon.

§2. La dimension transversale et unitaire des sanctions civiles dissuasives

451. Présentation des sanctions civiles dissuasives. – Les sanctions civiles dites « *dissuasives* » sont une nouveauté issue de la directive « *IPRED* » de 2004, transposée en droit français par la loi du 29 octobre 2007, et qui ont fait l’objet de précisions par la loi de 2014¹⁶⁷⁸. Ce mécanisme, qui irrigue tous les droits de propriété intellectuelle¹⁶⁷⁹, précise la méthode d’évaluation des dommages-intérêts en indiquant au juge les éléments à prendre en compte, en l’occurrence les conséquences économiques négatives de l’atteinte au droit de propriété intellectuelle, comprenant le manque à gagner et la perte subis par la victime, son préjudice moral, et les bénéfices qui ont été réalisés par le contrefacteur, comprenant notamment les économies que ce dernier a pu réaliser¹⁶⁸⁰. L’autre nouveauté est que, alternativement à ces dommages-intérêts, il est possible d’allouer à la victime une somme forfaitaire à titre de dommages-intérêts. Cette somme forfaitaire correspond, en réalité, à la redevance contractuelle que le titulaire du droit de propriété intellectuelle aurait perçue si le contrefacteur lui avait demandé une autorisation en bonne et due forme ; mais cette indemnité doit être supérieure à la redevance qui aurait été normalement versée¹⁶⁸¹. Enfin, il semble que le texte de loi permette à la victime d’obtenir cette indemnisation en sus de celle portant sur son préjudice moral. Outre l’octroi de dommages-intérêts, le juge peut également prendre des mesures complémentaires – ou correctives¹⁶⁸² – qui consistent, pour l’essentiel, en des mesures touchant la circulation des objets contrefaisants (ils peuvent être retirés du marché, détruits ou encore confisqués) et une mesure de publicité du jugement. Il convient, en revanche, de noter une différence notable entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle : à la différence de la seconde branche, la première branche prévoit, en plus de ces mesures, une mesure de « *confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, l’atteinte à un droit voisin du droit d’auteur*

¹⁶⁷⁸ Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, JORF n° 0060 du 12 mars 2014.

¹⁶⁷⁹ CPI, art. L. 331-1-3, art. L. 521-7, art. L. 615-7, art. L. 716-4-10, et art. L. 722-6 ; art. L. 622-7 qui renvoie à l’art. L. 615-7.

¹⁶⁸⁰ Cette assimilation est issue de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, préc.

¹⁶⁸¹ Cette précision est apportée par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, préc., supprimant ainsi toute équivoque avec la rédaction antérieure. Pour une illustration, v. Cass. crim., 13 octobre 2015, n° 14-88.485 : F. Pollaud-Dulian, note ss. déc. préc., « Sanctions civiles. Calcul du forfait », *RTD com.* 2016. 121.

¹⁶⁸² J. Azéma, J.-Ch. Galloux, « La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *RTD com.* 2008. 278, n° 62.

ou aux droits du producteur de bases de données, qui seront remises à la partie lésée ou à ses ayants droit »¹⁶⁸³ ; une différence jugée étonnante par la doctrine¹⁶⁸⁴.

452. L'incidence des sanctions civiles dissuasives. – Ce mécanisme instaure une méthode assez inédite d'évaluation des dommages-intérêts devant être alloués au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle victime de contrefaçon car elle rompt avec les principes du droit commun de la responsabilité civile. En effet, selon une doctrine autorisée, la mise en place de ces sanctions civiles instaure un « régime sui generis de responsabilité adapté aux spécificités de la propriété intellectuelle »¹⁶⁸⁵. En effet, alors que l'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon obéissait, jusqu'à la loi de 2007, au principe de la réparation intégrale selon lequel est réparé tout le préjudice et rien que le préjudice, cette évaluation prend désormais ses distances avec ce principe caractéristique du droit commun de la responsabilité civile¹⁶⁸⁶. En effet, comme cela a été précisé, la loi énumère clairement les différents chefs de préjudice indemnisables¹⁶⁸⁷ qui consistent en la perte subie ou le gain manqué, le préjudice moral ; en outre, le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin victime d'une contrefaçon peut également demander la confiscation des bénéfices issus de la contrefaçon, de telle sorte que le calcul des dommages-intérêts ne se fonde plus seulement sur le seul préjudice subi par la victime¹⁶⁸⁸. De cette façon, même si le changement ne s'est pas fait immédiatement en jurisprudence, le juge ayant continué à évaluer les dommages-intérêts en fonction du principe de réparation intégrale, la Cour de cassation a rappelé opportunément que, désormais, les juges du fond doivent se référer aux éléments énumérés par la loi pour évaluer le montant alloué des dommages-intérêts¹⁶⁸⁹.

453. Quid juris de la nature de ces sanctions. – Cette spécialisation en matière d'évaluation de dommages-intérêts, inhérente à la propriété intellectuelle par rapport au droit commun de la responsabilité civile, conduit inmanquablement à se poser la question de la nature de ce régime de responsabilité « sui generis », notamment quant à son aspect punitif. Les législateurs européen et français refusent catégoriquement de qualifier ces dommages-intérêts de dommages-intérêts

¹⁶⁸³ CPI, art. L. 331-1-4, al. 4.

¹⁶⁸⁴ A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, op. cit., n° 596.

¹⁶⁸⁵ M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009. 1839.

¹⁶⁸⁶ V. en ce sens G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944.

¹⁶⁸⁷ C. Maréchal, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012. 245.

¹⁶⁸⁸ A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, op. cit., n° 592 ; C. Thomas-Raquin, M. Le Guerer, « Pratique contentieuse. La jurisprudence récente de la Cour de cassation sur le préjudice résultant de la contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2020, prat. 2.

¹⁶⁸⁹ *Loc. cit.*, relevant que la Cour de cassation exige désormais que les juges du fond s'expliquent sur les éléments qui servent de base à leur évaluation, et notamment sur la masse contrefaisante, Cass. com., 5 avr. 2018, n° 13-21.001. Elle a ainsi récemment censuré l'arrêt de la Cour d'appel qui s'était contentée d'indiquer, sans autre précision, que les demandeurs avaient été privés de leur marge sur les produits contrefaisants et qu'elle disposait d'assez d'éléments pour fixer les dommages-intérêts à des sommes qui étaient inférieures à celles réclamées par les demandeurs sur la base de la totalité de la masse contrefaisante. Elle a jugé qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer sur la pertinence du mode de calcul proposé par les demandeurs, la Cour d'appel avait privé sa décision de base légale, Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-25.110.

punitifs, contrairement à ce qui se passe aux États-Unis¹⁶⁹⁰ ; la doctrine estime également que ce système s'inspire davantage du modèle anglais ou allemand que du système étasunien¹⁶⁹¹. Officiellement, ces sanctions civiles ont une fonction dissuasive et non punitive : par le montant des dommages-intérêts encourus, la loi cherche à dissuader les potentiels contrefacteurs de se lancer dans cette entreprise illicite, sans pour autant reproduire le schéma adopté dans d'autres pays consistant à les punir en les condamnant à verser des indemnités considérées comme démesurées, dépassant de loin le ou les préjudices qui ont été causés. Néanmoins, il est possible de considérer que la différence entre des sanctions dissuasives et des sanctions punitives est extrêmement mince, le but de la punition étant aussi de dissuader : dissuader la réitération pour celui qui a déjà commis un acte répréhensible, dissuader la commission pour celui qui ne l'a pas encore commis. Il s'ensuit que, même si la fonction punitive de ces sanctions a été officiellement réfutée, cela n'a pas empêché de relancer le débat des dommages-intérêts punitifs en droit français. Pour autant, que ces dommages-intérêts soient punitifs ou dissuasifs, il ressort de la pratique qu'ils ne le sont pas de manière intrinsèque. En effet, ce caractère dépend essentiellement de l'appréciation qu'en font les juges du fond : s'ils appliquent strictement les éléments fournis par les dispositions légales, c'est-à-dire s'ils apprécient le montant des dommages-intérêts au regard de chaque chef de préjudice, alors un aspect punitif (et, corrélativement, dissuasif)¹⁶⁹² apparaîtra. D'un point de vue empirique, même si cette appréciation stricte opérée par les juges du fond peut être révélatrice de ce caractère punitif, elle demeure rare en jurisprudence¹⁶⁹³. Finalement, seule la possibilité pour le juge de procéder à la confiscation des recettes procurées par la contrefaçon et à leur remise à la victime – existant uniquement en propriété littéraire et artistique – semble être dotée d'un caractère intrinsèquement punitif¹⁶⁹⁴.

454. Le droit de la propriété intellectuelle, source d'inspiration du droit commun de la responsabilité civile en matière d'indemnisation ? – Ces dommages-intérêts, en tant que sanctions « *dissuasives* » ont, pour sûr, réactivé le débat portant sur les dommages-intérêts punitifs en droit de la responsabilité civile ; à ce propos, nous allons pouvoir nous rendre compte que cette

¹⁶⁹⁰ A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, *op. cit.*, n° 581. L'auteur mentionne la dir. 2004/48/CE, préc., cons. 26, ainsi que deux rapports parlementaires, L. Béteille, *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon*, Doc. Sénat 2007, n° 420, p. 30, accessible sur <https://www.senat.fr/rap/106-420/106-420.html> (consulté le 11/11/2024) et Ph. Gosselin, *Rapport sur le projet de loi (n° 175), adopté par le Sénat, de lutte contre la contrefaçon*, AN, 26 sept. 2007, n° 178, accessible sur <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0178.asp> (consulté le 11/11/2024), pp. 144-145.

¹⁶⁹¹ M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », art. préc., n° 3.2 ; C. Maréchal, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », art. préc. ; A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, *op. cit.*, n° 575 et s.

¹⁶⁹² Cela est démontré par *ibid.*, n° 606 et s.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, n° 598. Cette appréciation n'est pas pour autant exempte de critiques, v. par exemple M. Vivant « Contrefaçon et réparation : une question à revoir », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), LGDJ, 2014, p. 107 et s., spéc. n° 1 qui estime que « *tout cela consiste à bricoler la voie d'eau quand le bateau coule* ».

¹⁶⁹⁴ A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, *op. cit.*, n° 578.

nouveauté, introduite en propriété intellectuelle, peut faire de la propriété intellectuelle un exemple à suivre en droit de la responsabilité civile à propos de la réparation¹⁶⁹⁵.

Outre l'élan d'unité impulsé par la directive « *IPRED* » de 2004 par l'intégration de ces sanctions civiles dissuasives, ce texte a conféré une unité procédurale aboutie à la contrefaçon.

Section 2. L'unité procédurale aboutie de la contrefaçon

455. L'aspect procédural de la contrefaçon uniformisé. – La directive « *IPRED* » de 2004 est à la fois dotée d'un domaine large et restreint : son domaine est large car il touche l'ensemble des droits de propriété intellectuelle ; son domaine est restreint car les mesures qu'elle instaure « *ne concernent pas le droit matériel de la contrefaçon mais seulement sa sanction et les procédures de nature à assurer la protection des droits* »¹⁶⁹⁶. En effet, et ainsi que nous avons pu le constater, en dehors de l'harmonisation apportée à la sanction de la contrefaçon, la directive « *IPRED* » de 2004 s'attache surtout à apporter une unité procédurale au mécanisme défensif du droit de la propriété intellectuelle. Outre cette directive, la loi du 11 mars 2014 adoptée par le législateur français a parachevé l'harmonisation de certains points, notamment la question de la compétence juridictionnelle¹⁶⁹⁷ et celle du délai de prescription de l'action en contrefaçon.

La transposition de la directive « *IPRED* » a permis d'uniformiser l'aspect procédural de la contrefaçon, cette uniformisation se limitant, en droit interne, à certains modes de preuve (§1), que sont le droit d'information et la saisie-contrefaçon. La prescription de l'action en contrefaçon, demeurant dans le champ de compétences du législateur national, a fait l'objet d'une harmonisation plus parcellaire (§2) en ce qu'elle ne concerne que le délai de la prescription de l'action et non son point de départ.

§1. L'harmonisation de certains modes de preuve de la contrefaçon

456. La généralisation de la saisie-contrefaçon et du droit d'information. – En propriété intellectuelle, la contrefaçon, en tant que fait juridique, peut être prouvée par tous moyens. Cette règle de liberté de la preuve, de portée générale car prévue par tous les droits de propriété intellectuelle, implique alors que la personne victime d'un tel acte est en droit de solliciter le ou les modes de preuve qu'elle souhaite. C'est dans ce domaine que les réformes successives en matière de contrefaçon ont procédé à une harmonisation. Ainsi, la loi de 2007 transposant la directive « *IPRED* » de 2004 a permis l'harmonisation de certains modes de preuve, à savoir la saisie-contrefaçon (A) et le droit d'information (B), l'œuvre ayant été parachevée par la loi de 2014.

¹⁶⁹⁵ V. *infra* n° 613.

¹⁶⁹⁶ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, « La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 3.

¹⁶⁹⁷ S'agissant de la compétence juridictionnelle, une compétence exclusive a été attribuée aux tribunaux judiciaires, et plus particulièrement à certains tribunaux, tels que celui de Paris, de Marseille ou encore de Bordeaux.

A. L'harmonisation de la saisie-contrefaçon

457. La présentation de la saisie-contrefaçon. – La saisie-contrefaçon, qui peut se définir comme une « *mesure probatoire spécifique aux divers domaines de la propriété intellectuelle [...] permet au titulaire de faire pratiquer par un officier public des investigations, comprenant, en général, la description de la contrefaçon alléguée, de ses circonstances et de son étendue ou la saisie d'objets qui se rapportent à la contrefaçon* »¹⁶⁹⁸. Ce mécanisme peut prendre la forme d'une saisie réelle ou d'une saisie-description. Alors que la saisie-description « *se contente* » de décrire les produits que le titulaire soupçonne contrefaisants (et pouvant s'accompagner d'un prélèvement d'échantillons¹⁶⁹⁹, la saisie réelle consiste en un enlèvement de ces produits ainsi que des documents y afférents¹⁷⁰⁰. Qu'elle soit réelle ou descriptive, la saisie-contrefaçon ne peut se faire que dans le cadre de la procédure de l'ordonnance en référé : cela signifie que la procédure de saisie-contrefaçon doit nécessairement être autorisée par le président du tribunal judiciaire. Ce mécanisme, à l'origine propre au droit d'auteur, était considéré comme une mesure conservatoire préservant le titulaire de la protection ; mais de nos jours, la saisie-contrefaçon est davantage perçue comme une mesure d'instruction, et plus précisément comme une mesure d'instruction *in futurum* au regard de sa finalité essentiellement probatoire¹⁷⁰¹. Enfin, au regard de ces éléments, il apparaît que la saisie-contrefaçon est à la fois exorbitante « *en raison de son caractère unilatéral et intrusif* »¹⁷⁰², mais également facultative. En effet, sur ce dernier point, la loi de 2014 est venue mettre un terme à toute équivoque, notamment jurisprudentielle¹⁷⁰³.

458. L'extension progressive de la saisie-contrefaçon. – À l'origine, il faut savoir que le mécanisme de la saisie-contrefaçon ne concernait pas l'ensemble des propriétés intellectuelles. Là encore, la directive « *IPRED* » de 2004, transposée en droit français par la loi de 2007, a permis d'étendre ce mécanisme aux droits de propriété intellectuelle qui, jusqu'alors, l'ignoraient. Avant la directive « *IPRED* », la saisie-contrefaçon, existant déjà en droit d'auteur, a été étendue au droit des brevets, au droit des marques et au droit des dessins et modèles. Avec l'adoption de la directive, ce sont le droit *sui generis* portant sur les bases de données, le droit des topographies de semi-conducteurs et le droit des indications géographiques qui incluent désormais le mécanisme de la saisie-contrefaçon¹⁷⁰⁴. La portée du mécanisme est donc bien transversale, celui-ci touchant tous

¹⁶⁹⁸ P. Véron (dir.), *Saisie-contrefaçon*, Dalloz, 3^e éd., 2013-2014, n° 0.11.

¹⁶⁹⁹ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1628.

¹⁷⁰⁰ CPI, comm. ss. art. L. 521-4, Dalloz, 2024.

¹⁷⁰¹ Ch. de Haas, *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Saisie-contrefaçon », Fasc. 3470, LexisNexis, 25 déc. 2015, maj. 19 sept. 2022, n° 3 ; *add.* F. Lucas, N. Binctin, « Le droit comparé de la saisie-contrefaçon en droit d'auteur France/Canada », *RIDA* n° 239, juin 2018, p. 13, qui estime qu'elle conserve malgré tout un caractère conservatoire car elle permet de prendre des mesures avant dire droit.

¹⁷⁰² Ch. Le Stanc, « Saisie-contrefaçon – Aïe ! », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2023, repère 1.

¹⁷⁰³ N. Binctin, « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », *JCP G* n° 14, avr. 2014, act. 416 ; C. Maréchal, « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2014, étude 11, n° 6.

¹⁷⁰⁴ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, « La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 11.

les droits de propriété intellectuelle¹⁷⁰⁵. Néanmoins, des différences de régime ont subsisté entre la propriété industrielle, la propriété littéraire et artistique et le droit *sui generis* sur les bases de données.

459. L'harmonisation totale de la saisie-contrefaçon. – La loi de 2014, une initiative de droit interne, a parachevé la construction en arrasant les différences de régime. En effet, par cette loi, les spécificités qui subsistaient à propos de la saisie-contrefaçon ont disparu. Par exemple, la compétence octroyée au commissaire de police pour saisir des produits contrefaisant une œuvre de l'esprit, subtilité du droit d'auteur, est désormais supprimée¹⁷⁰⁶. Également, une inconvenance a été rectifiée à propos du point de départ du délai pour agir en contrefaçon une fois que la saisie-contrefaçon en matière de logiciel avait eu lieu : il était prévu, par voie réglementaire, que le titulaire de la protection pouvait agir sous 20 jours ouvrables ou 31 jours civils, ce délai commençant à courir à compter de la date de l'ordonnance autorisant la saisie. Or, ce point de départ instaurait une différence de traitement avec les autres droits de propriété intellectuelle, une différence, qui plus est, difficilement compréhensible compte tenu du temps nécessaire pour la préparation d'un contentieux de contrefaçon en matière de logiciel. Cependant, un décret de décembre 2014¹⁷⁰⁷, pris en application de la loi du 11 mars 2014 sur la contrefaçon, a rectifié cette anomalie en prévoyant désormais que le délai pour agir en contrefaçon court à compter du jour de la saisie-contrefaçon¹⁷⁰⁸. D'ailleurs, à propos des logiciels mais également des bases de données, la loi de 2014 a harmonisé leur procédure de saisie-contrefaçon qui, au sortir de la loi de 2007, était d'une nature « *hybride* »¹⁷⁰⁹, en ce qu'elle se situait à mi-chemin entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle¹⁷¹⁰. Désormais rattachés au régime applicable en matière de droit d'auteur¹⁷¹¹, le logiciel et la base de données participent au phénomène de « *banalisation* » du droit d'auteur par rapport aux autres droits de propriété intellectuelle en matière de saisie-contrefaçon¹⁷¹².

Outre ces ajustements visant certains régimes de propriété intellectuelle, la loi de 2014 a également permis de gagner en cohérence à propos de la saisie-contrefaçon en affirmant, d'une part, que la juridiction civile est la seule compétente pour toutes les formes de saisie-contrefaçon et, d'autre part, son caractère facultatif : la contrefaçon constituant un fait juridique et pouvant, dès lors, se prouver par tous moyens, la saisie-contrefaçon apparaît ainsi comme un mode de preuve parmi

¹⁷⁰⁵ CPI, art. L. 332-1, art. L. 521-4, art. L. 615-5, art. L. 716-4-7, et art. L. 722-4 ; art. L. 622-7 qui renvoie à l'art. L. 615-5.

¹⁷⁰⁶ C. Maréchal, « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 6.

¹⁷⁰⁷ Décret n° 2014-1550 du 19 déc. 2014 pris pour l'application de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, JORF n° 0295 du 21 déc. 2014.

¹⁷⁰⁸ CPI, art. R. 332-4 et sur l'ensemble de la question, v. Ch. Le Stanc, « Inverser la courbe de la chicane... », *Propri. Indust.* n° 5, mai 2015, repère 5.

¹⁷⁰⁹ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, « La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 11.

¹⁷¹⁰ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1139.

¹⁷¹¹ *Loc. cit.*

¹⁷¹² Le régime de la saisie-contrefaçon opérant en droit d'auteur et en droits voisins, même s'il précise les actes qui peuvent être ordonnés, obéit à la même procédure quel que soit le droit de propriété intellectuelle visé, CPI, art. L. 332-1.

d'autres auquel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut décider de recourir ou non. Cela signifie que, outre ce mode de preuve, le requérant peut tout à fait décider de solliciter des modes de preuve de droit commun. Si ce rappel a le mérite de clarifier la place et l'articulation de la saisie-contrefaçon parmi les modes de preuve existants, la doctrine s'inquiète d'une « concurrence de procédures », le recours à différents modes de preuve pouvant entraîner des difficultés quant à la détermination de la juridiction compétente, voire à des conflits de procédures¹⁷¹³, si tant est que l'acte présumé contrefaisant fasse l'objet d'une procédure civile et d'une procédure pénale. En somme, la saisie-contrefaçon est un outil transversal préalable à l'action en contrefaçon, dont les spécificités tendent à s'effacer au fur et à mesure des réformes. L'autre mode de preuve ayant été fortement harmonisé est le droit d'information.

B. L'uniformisation du droit d'information

460. Le droit d'information, instrument transversal issu de la directive « IPRED » de 2004.

– Le droit d'information, autre mécanisme à la disposition du titulaire de droit de propriété intellectuelle, est une nouveauté issue de la loi de 2007 transposant la directive « IPRED » de 2004, prévoyant ce mécanisme en son article 8. Quelque peu précisé par la loi de 2014 – principalement en supprimant la liste des documents susceptibles d'être concernés par la procédure¹⁷¹⁴ –, cet outil vient s'ajouter aux autres mécanismes permettant au titulaire de la protection d'obtenir des informations sur la personne prétendument contrefacteur, en l'occurrence la retenue en douane, mais aussi les mécanismes de droit commun prévus par le Code de procédure civile¹⁷¹⁵. Toutefois, la différence avec ces mécanismes déjà connus est que, comme nous allons le constater, le droit d'information permet d'aller plus loin que ceux-ci¹⁷¹⁶.

Le droit d'information est un mécanisme prévu pour chaque droit de propriété intellectuelle¹⁷¹⁷, obéissant ainsi à un régime identique quel que soit le droit envisagé et faisant de cet instrument un « instrument processuel transversal »¹⁷¹⁸. En outre, son adoption donne une application concrète au droit fondamental à un recours effectif tel que posé par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, et permet d'assurer l'exercice effectif du droit de propriété, droit fondamental auquel est rattaché le droit de propriété intellectuelle¹⁷¹⁹.

¹⁷¹³ V. en ce sens N. Binctin, « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », art. préc.

¹⁷¹⁴ Elle a ainsi pris acte de la jurisprudence ayant estimé que cette liste n'était pas exhaustive, C. Maréchal, « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 5 et J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 708.

¹⁷¹⁵ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 1149.

¹⁷¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷¹⁷ CPI, art. L. 331-1-2, art. L. 521-5, art. L. 615-5-2, art. L. 716-4-9, art. L. 722-5 ; art. L. 622-7 qui renvoie à l'art. L. 615-5-2.

¹⁷¹⁸ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, « La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 22.

¹⁷¹⁹ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 1636.

461. La présentation du droit d'information. – Ce mécanisme, posé dans des termes identiques pour tous les droits de propriété intellectuelle, permet au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'obtenir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des produits ou services qu'il pense contrefaisants. Outre ces informations, il semble que cet instrument permette aussi au titulaire de connaître et d'évaluer l'étendue de la contrefaçon commise¹⁷²⁰. Par ailleurs, le prétendu contrefacteur est évidemment visé par cette procédure, mais également toute personne qui a été en possession des produits contrefaisants, qui participe à la fourniture de produits ou services participant à la contrefaçon, ou encore qui intervient dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou services. S'agissant des conditions de mise en œuvre, il est notamment requis l'autorisation du juge pour ouvrir cette procédure, la juridiction compétente étant la juridiction civile, qu'elle soit saisie au fond¹⁷²¹ ou en référé. En revanche, rien n'oblige le requérant à formuler cette demande préalablement à toute action en contrefaçon : en effet, cette procédure peut être sollicitée avant ou après toute action en contrefaçon, faisant de celle-ci une procédure autonome¹⁷²². Au regard de la rédaction des textes portant sur le droit d'information, l'on comprend également que les actes reprochés doivent être commis à l'échelle commerciale, et que la demande doit être justifiée par le requérant¹⁷²³. Enfin, la procédure ne pourra être autorisée par le juge si un « *empêchement légitime* » le justifie, cet empêchement pouvant consister en l'existence d'un secret professionnel, d'un secret d'affaire, ou se justifier au regard du respect de la vie privée¹⁷²⁴.

462. L'articulation du droit d'information et de la saisie-contrefaçon. – Au-delà de la présentation de cet instrument, la question s'est posée notamment de savoir comment articuler le droit d'information avec la saisie-contrefaçon. À vrai dire, le droit d'information, en tant qu'instrument, est tout à la fois complémentaire de la saisie-contrefaçon et autonome de celle-ci. En effet, le droit d'information peut tout à fait venir en complément à la saisie¹⁷²⁵ si celle-ci n'a pas permis au requérant d'obtenir les informations souhaitées ; pour autant, cela ne signifie pas que le droit d'information *doit* être complété par la saisie-contrefaçon : contrairement à ce qu'a pu estimer le juge français¹⁷²⁶, le droit d'information n'est pas un complément obligatoire de la saisie-

¹⁷²⁰ Cass. com., 8 oct. 2013, *SAS Maisons du Monde c. Sté Home Spirit*, n° 12-23.349 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Les mystères insondables du droit d'information », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2013, comm. 123 ; *adde.* N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 1628.

¹⁷²¹ A. Boissard, C. Chazal, « Pratique contentieuse. Le droit d'information de l'article L. 331-1-2 du Code de la propriété intellectuelle invoqué devant le juge de la mise en état », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2017, prat. 13.

¹⁷²² CJUE, 9^e ch., 18 janv. 2017, *New Wave CZ c. Alloys*, aff. C-427/15 : F. Pollaud-Dulian, obs. ss. déc. préc., « Contrefaçon. Droit d'information. Directive 2004/48 du 29 avril 2004. Procédure clôturée », *RTD com.* 2017. 96 ; *adde.* M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 1149.

¹⁷²³ *Ibid.*, n° 1147.

¹⁷²⁴ A. Boissard, C. Chazal, « Pratique contentieuse. Le droit d'information de l'article L. 331-1-2 du Code de la propriété intellectuelle invoqué devant le juge de la mise en état », art. préc.

¹⁷²⁵ P. Véron (dir.), *Saisie-contrefaçon, op. cit.*, n° 0.13.

¹⁷²⁶ Le juge français a estimé que le droit d'information ne pouvait être octroyé lorsqu'il n'y avait pas eu de saisie-contrefaçon, v. en ce sens J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 708 ou encore M. Schaffner, R. Viret, « Un début d'éclaircissement sur l'articulation entre saisie-contrefaçon et droit d'information », *RLDI* n° 58, 1^{er} mars 2010.

contrefaçon, le requérant pouvant tout à fait décider de ne recourir qu'au droit d'information (comme il peut décider de ne solliciter que la saisie-contrefaçon). Autrement dit, le droit d'information et la saisie-contrefaçon sont deux procédures qui peuvent être complémentaires tout en restant indépendantes¹⁷²⁷.

Si l'harmonisation de ces modes de preuve est totale, la prescription de l'action en contrefaçon dépend encore de certaines divergences normatives.

§2. L'harmonisation nuancée de la prescription de l'action en contrefaçon

463. Un même délai de prescription pour un point de départ différent. – L'adoption de lois successives, à savoir la loi de 2008 portant réforme de la prescription¹⁷²⁸ en matière civile et la loi de 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon¹⁷²⁹, a permis d'harmoniser le délai de prescription de l'action civile en contrefaçon pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, celui-ci étant désormais de cinq ans¹⁷³⁰ (A). En revanche, le point de départ du délai de prescription diffère selon que l'on se situe en propriété littéraire et artistique ou en propriété industrielle, malgré un léger rapprochement instigué par la loi Pacte de 2019¹⁷³¹ (B).

A. La convergence du délai de prescription

464. Des délais originellement différents. – Avant les lois de 2008 et de 2014 précitées, les délais de prescription de l'action civile en contrefaçon différaient selon que l'on se situait en propriété littéraire et artistique ou en propriété industrielle. En matière de propriété littéraire et artistique, le Code de la propriété intellectuelle étant silencieux à ce propos, la réponse était à rechercher dans le droit commun de la prescription qui, en vertu de l'ancien article 2270-1 du Code civil¹⁷³², était de dix ans. En propriété industrielle, le délai de prescription de l'action en contrefaçon était de trois ans, en vertu de dispositions spéciales prévues par le Code de la propriété intellectuelle¹⁷³³.

465. Un délai aujourd'hui unique. – Ces différents délais irriguant la propriété intellectuelle sont désormais harmonisés, par une sorte de convergence entre le droit commun de la prescription

¹⁷²⁷ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 1636.

¹⁷²⁸ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008.

¹⁷²⁹ Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, préc.

¹⁷³⁰ N. Binctin, « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », art. préc. ; C. Maréchal, « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », art. préc., n° 7 ; M. Clément-Fontaine, « La réforme en pratique : Panorama de la loi du 1^{er} mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », *AJCA* 2014. 117.

¹⁷³¹ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n° 0119 du 23 mai 2019.

¹⁷³² Ou en vertu de l'article L. 110-4 du Code de commerce dans sa version antérieure à la loi de 2008 pour un litige présenté devant le Tribunal de commerce, M. Vivant, J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 1152.

¹⁷³³ CPI, anc. art. L. 521-3, L. 615-8 et L. 716-5, alinéa 3.

réformé par la loi de 2008 et le droit spécial de la contrefaçon modifié par la loi de 2014. En droit commun, l'ancien article 2270-1 du Code civil a été abrogé, laissant le soin à l'article 2224 de prévoir, dorénavant, que « [l]es actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Le Code de la propriété intellectuelle demeurant silencieux en propriété littéraire et artistique, l'action en contrefaçon portant sur ces droits se prescrit par cinq ans, toujours en vertu du droit commun. La jurisprudence s'en tient à la lettre de ce texte, tant en droit d'auteur¹⁷³⁴ qu'en droits voisins¹⁷³⁵, et tant pour la demande en réparation que pour la demande en cessation de la contrefaçon¹⁷³⁶. En droit spécial, la loi de 2014 a modifié les articles L. 521-3, L. 615-8 et L. 716-5, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, prévoyant uniformément que le délai de prescription de l'action en contrefaçon est également de cinq ans.

L'harmonisation du délai de la prescription en matière civile ne doit pas occulter l'action pénale de la contrefaçon qui, quant à elle, demeure soumise à un autre délai, qui est passé de trois à six ans depuis l'adoption de la loi du 27 février 2017¹⁷³⁷ ayant modifié l'article 8, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale¹⁷³⁸.

A fortiori, cette harmonisation ne doit pas occulter que le point de départ de la prescription diverge selon le droit de propriété intellectuelle que l'action en contrefaçon vise à défendre.

B. La divergence du point de départ du délai de prescription

466. Une divergence fonction de la « summa divisio ». – Si le délai de prescription de l'action en contrefaçon est de cinq ans, le point de départ de ce délai diffère selon le droit de propriété intellectuelle que l'on cherche à défendre. La détermination du point de départ n'en est que plus délicate en ce qu'elle implique de s'en remettre à la distinction entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle.

467. Le recours au droit commun en propriété littéraire et artistique. – En propriété littéraire et artistique, conformément à l'article 2224 du Code civil, le délai court à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La connaissance des faits, à savoir du ou des actes de contrefaçon, n'est pas aisé à caractériser en ce

¹⁷³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2022, n° 20-19.034, *Rousseau c. Launio* : F. Pollaud-Dulian, note ss. déc. préc., « Validité d'un procès-verbal de saisie-contrefaçon et recevabilité de l'action en contrefaçon : la Cour de cassation fait sauter tous les mauvais obstacles », *RTD com.* 2022. 273.

¹⁷³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 2013, n° 10-27.043.

¹⁷³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2023, n° 22-23.266.

¹⁷³⁷ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, JORF n° 0050 du 28 fév. 2017.

¹⁷³⁸ Il est à noter que si l'allongement du délai de prescription de l'action civile en contrefaçon de droit de propriété industrielle a eu l'inconvénient d'entraîner une divergence des délais de prescription au civil et au pénal qui étaient, avant la loi de 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, de trois ans, cette divergence aurait été inévitable avec la réforme portée par la loi de 2017 en matière pénale qui a fait passer le délai de prescription de l'action pénale à six ans.

que cela dépend de la nature de la contrefaçon. En ce sens, certains auteurs considèrent la contrefaçon comme une infraction continue car elle « *débuté avec la publicité et se poursuit tout le temps de la mise à disposition du public de l'œuvre* », de sorte que chaque nouvel acte de contrefaçon devrait faire courir un nouveau délai¹⁷³⁹. La jurisprudence récente ne semble pas retenir cette théorie et s'en tient plutôt à une application stricte de l'article 2224 précité, estimant que le point de départ du délai de prescription de l'action en contrefaçon de droit d'auteur correspond au jour où le titulaire a eu connaissance des faits litigieux, même si la contrefaçon s'inscrit dans la durée et qu'elle présente les caractères d'un délit continu¹⁷⁴⁰. Cela étant, ni cette solution ni la lettre de l'article 2224 précité ne semblent s'opposer à une application distributive des délais de prescription de l'action en contrefaçon de propriété littéraire et artistique, certaines décisions ayant pu admettre que chaque acte de contrefaçon dont le titulaire a connaissance (ou aurait dû connaître) fait courir un nouveau délai de prescription. C'est ainsi que « *[l]a prescription [commence] à courir, pour chaque fait dommageable pris individuellement, à compter du jour où le titulaire du droit d'auteur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer chaque action* »¹⁷⁴¹. En revanche, la possibilité d'une telle application distributive n'est plus d'actualité en propriété industrielle.

468. Les apports de la loi Pacte en propriété industrielle. – En propriété industrielle, l'article 124 de la loi Pacte est venue uniformiser le point de départ du délai de prescription de l'action civile en contrefaçon des titres de propriété industrielle. Désormais, le délai de prescription de cinq ans court à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître le dernier fait lui permettant d'exercer l'action en contrefaçon. Deux observations peuvent être formulées : alors que cette disposition s'inspire de l'article 2224 du Code civil en reprenant la circonstance selon laquelle « *le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître* », la nouveauté réside dans la référence au « *dernier fait* » que le titulaire doit connaître ou aurait dû connaître pour pouvoir exercer l'action en contrefaçon¹⁷⁴². Cette formulation trouve son origine dans l'article 72 de l'accord instituant la juridiction unifiée du brevet¹⁷⁴³ entré en vigueur en 2023. Cette nouveauté remet en cause l'application distributive du délai de prescription selon laquelle chaque nouvel acte de contrefaçon fait débiter un nouveau délai de prescription. Dans le système antérieur, alors que l'application distributive permettait d'aboutir, en pratique, à des situations de « *prescription partielle* »¹⁷⁴⁴

¹⁷³⁹ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 1151.

¹⁷⁴⁰ CA Douai, 1^{ère} ch., 2^e sect., 22 sept. 2022, n° 21/06332 : P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « Prescription de l'action en contrefaçon en présence d'actes s'inscrivant dans la durée », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2022, comm. 73. Confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2023, déc. préc. : P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « Pour le départ du délai de prescription de l'action en contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2024, comm. 3 ; J. Douillard, « Prescription de l'action en contrefaçon en droit d'auteur : les difficultés de l'application du droit commun », *D.* 2024. 156.

¹⁷⁴¹ TJ Paris, ord. JDE, 3 fév. 2023, n° 21/14105, pt. 32 ; *adde.* J. Passa, « Réforme en profondeur de la prescription des actions en annulation et en contrefaçon des titres nationaux de propriété industrielle », *Propri. indust.* n° 7-8, juil.-août 2019, étude 16, n° 18.

¹⁷⁴² *Ibid.*, n° 13.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, n° 14.

¹⁷⁴⁴ Lorsqu'il était question de *faits* (au pluriel), « *le délai, ou plutôt les délais de prescription [couraient], de manière distributive, à l'égard des différents actes matériels poursuivis, de sorte que, en l'absence d'un fait unique et d'un unique point de*

(explication), désormais la prescription des anciens faits n'est plus envisageable puisque seul compte le dernier fait. L'autre conséquence porte sur la détermination de la masse contrefaisante qui en ressort élargie, de sorte que l'évaluation de la réparation pourra également être plus importante.

En somme, bien que le délai de prescription ait été harmonisé, demeure une différence quant au point de départ de ce délai entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle difficilement justifiable¹⁷⁴⁵.

469. Conclusion du Chapitre I. – L'action en contrefaçon, moyen de défense propre au droit de la propriété intellectuelle, constitue indéniablement un élément d'unité fondamentale de la matière. Il ne s'agit toutefois pas d'une unité totale : d'un point de vue substantiel, elle demeure quelque peu discutable, même si, elle s'avère, d'un point de vue procédural, extrêmement aboutie.

Du point de vue substantiel, il est très difficile de saisir l'acte de contrefaçon, notamment dans son versant matériel. En effet, la dispersion des dispositions légales le concernant entraîne, subséquentement, une dispersion des actes que ces dispositions recouvrent ; également, les divergences d'appréciation de l'acte de contrefaçon en jurisprudence réduisent l'espoir d'une approche commune et cohérente de l'acte de contrefaçon. Le seul point de rencontre pourrait résider dans la généralisation d'une prise en considération d'une intensité variable de la contrefaçon selon la gradation des conditions de la protection mais il s'agit d'une idée largement désapprouvée en doctrine. En revanche, dans son versant relatif à l'élément moral, la place de la bonne ou mauvaise foi du présumé contrefacteur, malgré quelques nuances isolées, est relativement aisée à appréhender : alors que, de manière générale, la bonne foi est indifférente sur le volet civil, la mauvaise foi est, sauf exception, prise en compte sur le volet pénal. L'harmonisation n'est totale qu'en ce qui concerne le régime de la contrefaçon, et plus précisément les sanctions civiles dites dissuasives, émanant de la directive « *IPRED* » de 2004.

Du point de vue procédural, l'unité est aisément perceptible puisqu'elle émane de ladite directive, qui concerne l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Cela se constate principalement à l'aune des modes de preuve que sont la saisie-contrefaçon et le droit d'information. S'agissant de la prescription de l'action civile en contrefaçon, même si son délai a été harmonisé à cinq ans, des divergences subsistent quant à son point de départ.

Cette harmonisation procédurale aboutie du mécanisme de la contrefaçon, combinée à la possibilité d'établir certains points de convergence matériels de celui-ci conduit à se demander si la contrefaçon ne constitue pas véritablement le noyau dur du droit de la propriété intellectuelle, et son élément fédérateur essentiel.

*départ d'un délai de prescription, l'action en contrefaçon [n'était] pas nécessairement prescrite ou non prescrite pour le tout mais [pouvait] n'être prescrite que partiellement, autrement dit pour une partie seulement des actes poursuivis – ceux commis, ou que le demandeur a connu ou aurait dû connaître, plus de cinq avant la date d'interruption de la prescription par l'introduction de sa demande en justice », *ibid*, n° 15.*

¹⁷⁴⁵ *Ibid*, n° 18 ; J. Douillard, « Prescription de l'action en contrefaçon en droit d'auteur : les difficultés de l'application du droit commun », art. cit., n° 14.

Chapitre II. Le potentiel unificateur de la contrefaçon

470. La contrefaçon, source de mise en cohérence de la propriété intellectuelle. – L'analyse menée a permis de révéler que le mécanisme de la contrefaçon est doté d'une certaine unité, en particulier quant à son régime. La convergence d'un certain nombre de règles en matière de contrefaçon participe donc à la construction substantielle de la propriété intellectuelle en la dotant d'un noyau dur. Ainsi, grâce à la contrefaçon, la propriété intellectuelle ne semble plus seulement être dotée d'une unité purement formelle, mais également d'une unité plus substantielle. En d'autres termes, la propriété intellectuelle serait constituée d'un ensemble de droits dont l'atteinte constitue un acte de contrefaçon. Toutefois, les divergences qui subsistent au sein de la propriété intellectuelle, en matière de contrefaçon, demeurent un frein à l'unification de la matière à travers ce critère. En outre, l'intérêt croissant pour ce mécanisme de défense et son efficacité ont conduit le législateur à solliciter ce type d'actions pour protéger des droits qui ne constituent pas nécessairement des droits de propriété intellectuelle, menaçant par ce biais la fonction unificatrice que la contrefaçon est susceptible de remplir (Section 1). Lutter contre ce risque de dilution pourrait passer par une approche législative renouvelée du mécanisme de défense de la propriété intellectuelle (Section 2).

Section 1. *De lege lata*, les freins persistants à l'unification de la propriété intellectuelle par la contrefaçon

471. Un risque de dilution. – L'unité conférée à la propriété intellectuelle grâce au régime unitaire de la contrefaçon n'est pas encore définitivement acquise. Elle est même menacée par la dispersion du régime de la contrefaçon hors du domaine dans lequel l'action a été forgée. Or, c'est ce qu'il semble se produire au regard, d'une part, de l'exportation inopportune du régime de la contrefaçon au sein de la protection du secret d'affaires (§1) et, d'autre part, de la manière dont les dispositions portant sur la contrefaçon sont rédigées et ordonnées dans le Code de la propriété intellectuelle (§ 2).

§1. L'exportation inopportune du régime de la contrefaçon dans le domaine du secret des affaires

472. L'attraction du régime de la contrefaçon par le secret des affaires. – Outre le fait que le mécanisme de la contrefaçon s'étend désormais à tous les droits de propriété intellectuelle – tels qu'ils sont qualifiés puisqu'ils sont inclus au Code de la propriété intellectuelle –, celui-ci s'exporte

également au-delà de la propriété intellectuelle pour trouver à s'appliquer dans le cadre de la protection accordée aux secrets d'affaires¹⁷⁴⁶.

Il est pourtant admis que cette protection ne confère pas un droit privatif à son titulaire et, partant, ne constitue pas un droit de propriété intellectuelle¹⁷⁴⁷. Il en résulte une différence de nature entre la protection octroyée au secret d'affaires et la protection octroyée par le droit de propriété intellectuelle¹⁷⁴⁸. La reprise de ce mécanisme par la directive de 2016, dès lors intégré au régime de protection du secret d'affaires, a fait craindre à la doctrine une « *déviat[i]on disciplinaire* » susceptible de faire glisser le secret d'affaires au sein de la propriété intellectuelle¹⁷⁴⁹. En effet, alors que la mise en place d'une protection au bénéfice du secret d'affaires s'inscrit dans la volonté de sanctionner un comportement et non de protéger un droit¹⁷⁵⁰, la reprise de la méthode d'évaluation propre à l'atteinte réalisée fait légitimement craindre que la réparation en matière de secrets d'affaires ne soit pas seulement compensatoire mais également restitutoire puisqu'elle tendrait, à l'image de ce que permet la protection d'un droit exclusif, à retrouver l'équilibre perdu à cause de la reprise illicite du secret d'affaires protégé.

Autrement dit, l'action qui est à la disposition du détenteur d'un secret d'affaires obéit à la même logique que l'action en contrefaçon qui présente justement cette double finalité, à savoir réparatrice et restitutive¹⁷⁵¹. S'agit-il de « *recréer les effets d'une propriété là où il n'y a précisément pas de propriété* »¹⁷⁵² ? Subséquemment, la protection octroyée aux secrets d'affaires est-elle susceptible de faire son entrée au sein du droit de la propriété intellectuelle, à l'instar de ce qui a déjà cours en droit international¹⁷⁵³ ?

473. Les limites de la qualification du secret des affaires en tant que droit de propriété intellectuelle. – Certains éléments suggèrent que, malgré l'identité de régime s'agissant de l'évaluation des dommages-intérêts, le secret d'affaires ne peut être assimilé à un droit de propriété intellectuelle. Ils portent sur la question de la preuve et sur celle de la qualification du secret d'affaires. D'une part, la directive de 2016 ne reprend aucunement les dispositions de la directive « *IPRED* » de 2004 s'agissant de la preuve des actes interdits. En effet, aucune mesure de conservation des preuves ou de droit d'information n'est prévue par le premier texte, dénotant

¹⁷⁴⁶ A. Strowel, « Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles », in *La para-propriété intellectuelle*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, 2022, p. 93 et s., spéc. p. 117 et s.

¹⁷⁴⁷ Dir. (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 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, JOUE n° L 157 du 15 juin 2016, cons. 16.

¹⁷⁴⁸ J. Larrieu, « La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires : essai d'explication », *Propri. Indust.* n° 7-8, juil. 2020, comm. 48., n°1.

¹⁷⁴⁹ E. Treppoz, « De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ? », *Propri. Indust.* n°9, sept. 2018, dossier 7, n°4.

¹⁷⁵⁰ La protection ne pouvant jouer que si l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est illicite, *loc. cit.*

¹⁷⁵¹ J. Larrieu, « La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires : essai d'explication », art. préc., n°3.

¹⁷⁵² *Ibid.*, n°4.

¹⁷⁵³ Les ADPIC, en intégrant le secret d'affaires dans leur champ d'application, le traitent comme un droit de propriété intellectuelle.

ainsi une véritable différence de régime avec le droit de la propriété intellectuelle¹⁷⁵⁴. D'autre part, c'est aussi et surtout la qualification du secret d'affaires qui conduira à son intégration ou à son exclusion du droit de la propriété intellectuelle. Au regard du texte européen instituant cette protection, la qualification propriétaire semble être rejetée¹⁷⁵⁵ et la doctrine semble sereinement affirmer qu'en cas de contentieux, « *la qualification non propriétaire s'imposera* »¹⁷⁵⁶.

Selon le professeur Larrieu, ce rapprochement de régime du secret d'affaires et du droit de la propriété intellectuelle s'expliquerait par la nature particulière du secret d'affaires : il s'agit d'une information, qui, au regard de sa valeur, a tout intérêt, pour son détenteur, à être gardée secrète. Plus précisément, c'est parce que cette information représente une richesse, c'est parce qu'elle a une valeur commerciale que sa protection par le secret est justifiée. Jusqu'à ce qu'elle soit obtenue, utilisée ou divulguée de manière illicite, cette information conférerait à son détenteur un avantage concurrentiel évident ; il peut donc apparaître logique de vouloir octroyer une réparation mais aussi de restituer la « *valeur de marché* » que représente cette information jusque-là secrète, en se référant au critère commode des gains et économies réalisés¹⁷⁵⁷.

Toutefois, ce rapprochement est essentiellement opportuniste ; il convient de garder à l'esprit que cette identité n'est que partielle en ce qu'elle ne concerne pas tous les aspects du régime de chacune de ces protections. Pour prendre acte des traits partagés entre le secret d'affaires et le droit de la propriété intellectuelle, certains auteurs préfèrent adopter une position médiane en qualifiant la protection octroyée au secret d'affaires de « *protection hybride* » car elle emprunte « *à l'action en concurrence déloyale sa flexibilité s'agissant de la caractérisation des actes illicites, et à l'action en contrefaçon certaines caractéristiques de sa mise en œuvre* »¹⁷⁵⁸.

L'attraction que suscite en conséquence le régime de la contrefaçon vis-à-vis de protections périphériques telles que le secret d'affaires n'est pas empêchée, malgré sa dissémination au sein du Code de la propriété intellectuelle.

§2. L'éclatement de la contrefaçon du point de vue de la légistique

474. Le risque de dilution de l'unité de la propriété intellectuelle révélé par la légistique. –

L'unité apportée à la propriété intellectuelle par le régime de la contrefaçon se perd dans les méandres du Code de la propriété intellectuelle. En effet, la rédaction et le placement des dispositions portant sur la contrefaçon ne permettent pas de saisir correctement ce pan d'unité de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁵⁴ J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016. 493.

¹⁷⁵⁵ Même si le texte parle, maladroitement, d'appropriation illicite (art. 4.1, a) ; cons. 4 et 14), il est affirmé que la protection instituée ne *devrait* pas créer un droit exclusif (cons. 16).

¹⁷⁵⁶ À tout le moins au niveau national, E. Treppoz, « De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ? », art. préc., n°5.

¹⁷⁵⁷ J. Larrieu, « La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires : essai d'explication », art. préc., n°6.

¹⁷⁵⁸ J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », art. préc.

Du point de vue organisationnel, les dispositions propres à la contrefaçon sont disséminées, éparpillées dans le Code de la propriété intellectuelle, ce qui conduit à constater, très souvent, la répétition de dispositions quasi-identiques, voire totalement identiques, qui font, pour la plupart, l'objet de « *Chapitres* »¹⁷⁵⁹, ou, pour d'autres, l'objet de « *Sections* »¹⁷⁶⁰.

Du point de vue rédactionnel, les écueils sont multiples, tant pour cerner les actes de contrefaçon que pour déceler l'unité du régime de la contrefaçon. L'identification des actes de contrefaçon, comme nous avons déjà pu le constater¹⁷⁶¹, n'est pas guidée par la recherche de praticité et d'intelligibilité : la difficulté majeure est que, bien que l'acte de contrefaçon résulte d'une atteinte à tout droit de propriété intellectuelle (la propriété littéraire et artistique ayant les « *honneurs* » d'accueillir quelques qualifications plus précises, telles que la reproduction, la représentation ou encore la diffusion), un certain nombre de dispositions qualifiant cette atteinte d'acte de contrefaçon opèrent par renvoi vers les dispositions qui définissent le contenu du droit exclusif pour cerner les actes réellement interdits. Même si cette technique présente l'avantage d'éviter la répétition de textes touchant à des situations semblables, il aurait paru plus judicieux de consacrer des dispositions expresses portant sur l'identification du ou des actes de contrefaçon, pour chaque droit de propriété intellectuelle – afin de respecter la méthode du législateur-codificateur sur ce point – si leurs particularismes le justifient.

475. Des répétitions nuisibles à une vision d'ensemble ? – L'unité du régime de la contrefaçon résultant des sanctions civiles dissuasives et des modes de preuve, qui a été démontrée, disparaît dans la répétition des dispositions, dans des termes identiques, autant de fois qu'un nouveau droit de propriété intellectuelle est abordé. La seule nuance à ce constat réside dans le droit portant sur les topographies de semi-conducteurs, dont l'article L. 622-7 du Code de la propriété intellectuelle renvoie vers les dispositions propres au droit des brevets pour l'essentiel du régime de contrefaçon. Le Code de la propriété intellectuelle ne fait donc pas dans la modération et oscille entre l'indigestion et, de manière exceptionnelle, la disette normative. La redondance de dispositions identiques ou quasi-identiques charge artificiellement le corpus juridique et ne permet pas de percevoir l'unité de la matière en matière de contrefaçon.

Serait-il envisageable de modifier l'architecture du Code de la propriété intellectuelle pour que ce pan d'unité devienne apparent ?

¹⁷⁵⁹ La propriété littéraire et artistique (Livre I^{er} de la Première Partie) consacre, dans son Titre III, plusieurs chapitres à la contrefaçon : un Chapitre II portant sur la saisie-contrefaçon, un chapitre V portant sur les dispositions pénales ; le droit *sui generis* sur les bases de données (Titre IV du Livre I^{er}) consacre un Chapitre III aux procédures et sanctions ; le droit des dessins et modèles (Livre V de la Deuxième Partie) consacre, dans son Titre II, un Chapitre I^{er} sur le contentieux des dessins et modèles nationaux ; le droit des brevets (Titre I^{er} du Livre VI de la Deuxième Partie) contient un Chapitre V consacré aux actions en justice.

¹⁷⁶⁰ Tel est le cas du droit sur les obtentions végétales (Chapitre III du Titre II du Livre VI de la Deuxième Partie), contenant une Section 3 sur les actions en justice ; du droit sur les topographies de semi-conducteurs (Chapitre II du Titre II du Livre VI de la Deuxième Partie) dont la Section 2, qui est consacrée aux droits attachés au dépôt, contient des dispositions sur la contrefaçon ; et du droit sur les indications géographiques (Titre II du Livre VII), son Chapitre II contenant une Section 1^{ère} consacrée aux actions civiles.

¹⁷⁶¹ V. *supra* n° 434 et s.

Section 2. *De lege ferenda*, l'unification portée par un nouvel ordre des dispositions au sein du Code de la propriété intellectuelle

476. L'intégration de dispositions communes au sein du Code de la propriété intellectuelle.

– L'analyse conduite à propos du mécanisme de la contrefaçon a permis de révéler l'unité de son régime, déjà relevée par la doctrine au lendemain de l'adoption de la directive « *IPRED* » de 2004 ; mais une unité dissimulée, enfouie par la surabondance des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Pour faire apparaître les manifestations de cette unité qui se cache derrière cette sorte de « *brume normative* », la solution pourrait consister à proposer la rédaction de dispositions communes à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle portant sur le mécanisme de la contrefaçon. Si cette proposition semble, en soi, tout à fait réalisable (§1), il convient de se demander comment elle peut s'articuler avec l'existant (§2).

§1. La proposition de dispositions communes sur la contrefaçon

477. La contrefaçon, source de droit commun de la propriété intellectuelle. – Dans le cadre d'une hypothétique et, partant, prospective « *Partie commune* » trônant en tout début du Code de la propriété intellectuelle, il semble effectivement possible d'envisager des dispositions communes portant sur le mécanisme de contrefaçon, tant pour cerner de manière unitaire l'acte de contrefaçon (A) que le régime de l'action (B).

A. La proposition d'une disposition transversale portant sur l'acte de contrefaçon

478. L'acte de contrefaçon envisagé globalement. – Bien que l'identification de l'acte de contrefaçon relève d'une certaine forme de gageure, il semble, à tout le moins, possible d'en donner une définition très générale dont la formulation serait la suivante : « *l'acte de contrefaçon consiste en toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle tel que défini par le présent code* », et de s'en remettre, par la suite, aux dispositions propres à chaque droit de propriété intellectuelle. Dans ce cas de figure, cette disposition, à la fois unitaire et à la formulation très générale, permettrait de comprendre, de manière liminaire, en quoi consiste un acte de contrefaçon ; pour connaître la teneur d'un acte de contrefaçon de droit d'auteur, de droit des marques, ou de tout autre droit de propriété intellectuelle, il conviendrait ensuite de s'en remettre à la ou aux dispositions spécifiques¹⁷⁶². En outre, la mention « *tel que défini par le présent code* », pouvant apparaître, à première vue, superfétatoire,

¹⁷⁶² Dans ce schéma, nous avons parfaitement conscience que, surtout pour certains droits de propriété industrielle, deux renvois sont opérés. Par souci de pédagogie, nous allons prendre un exemple, celui du droit des dessins et modèles (exemple retenu de manière parfaitement fortuite et pouvant être décliné avec n'importe quel autre droit de propriété industrielle qui obéit au même schéma de renvoi) : le premier renvoi serait opéré par notre disposition générale vers la disposition spécifique, en l'occurrence vers l'article L. 521-1 ; le second renvoi est ensuite opéré par la disposition spécifique, l'article L. 521-1, qui renvoie, pour définir l'acte de contrefaçon, vers le contenu du droit exclusif, en l'occurrence aux articles L. 513-4 à L. 513-8. Ainsi que nous l'avons suggéré juste avant, nous pensons que ce second renvoi, de droit positif, n'est pas des plus opportuns ; mais c'est au législateur de se pencher sur l'utilité – ou non – d'une éventuelle modification sur ce point précis.

serait néanmoins requise pour souligner que, dans une approche prospective, les éventuels nouveaux droits de propriété intellectuelle qui feraient leur entrée dans le Code éponyme seraient de « véritables » droits de propriété intellectuelle, notamment parce que leur régime se calquerait sur les dispositions communes portant sur le régime de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, cette précision permettrait d'introduire des distances justes et nécessaires avec certaines protections dites « périphériques »¹⁷⁶³, telles que la protection du secret d'affaires qui s'inspirent grandement du régime de la contrefaçon sans pour autant être de véritables droits de propriété intellectuelle.

479. L'appréciation de la contrefaçon éludée prudemment. – Cette proposition d'article sur l'acte de contrefaçon pourrait-elle être complétée par un autre alinéa portant sur l'appréciation de celui-ci ? Une telle disposition, de portée transversale, qui préciserait que la contrefaçon s'apprécie par rapport aux ressemblances et non aux différences, présenterait un intérêt pour une frange de la doctrine¹⁷⁶⁴. Cette disposition permettrait notamment d'éviter les erreurs d'interprétation parfois commises par les juges lorsqu'ils prennent en compte les seules différences au détriment des ressemblances¹⁷⁶⁵. Cependant, compte tenu des variations qui ont pu être identifiées à ce sujet¹⁷⁶⁶, et même s'il ne s'agit pas de « *standardiser les méthodes d'appréciation* »¹⁷⁶⁷, il nous paraît plus prudent de ne pas « légiférer » de manière transversale sur ce point et de laisser les particularismes prospérer dans la mesure où ceux-ci se justifient.

Cette première disposition définissant de manière globale l'acte de contrefaçon serait, ensuite, utilement suivie de dispositions portant sur le régime de la contrefaçon.

B. La proposition de dispositions transversales sur le régime de la contrefaçon

480. La proposition de dispositions communes fondées sur l'existant. – S'agissant des dispositions communes portant sur le régime de propriété intellectuelle, la proposition peut être formulée mais seulement en prenant en compte l'existant, c'est-à-dire les dispositions dupliquées qui visent chaque droit de propriété intellectuelle. À cette fin, deux solutions paraissent possibles : soit la disposition commune se contente de présenter, de façon générale, le ou les outils de la contrefaçon et renvoie vers les dispositions spécifiques lorsque des petites nuances subsistent entre les différents régimes de propriété intellectuelle ; soit, lorsque cela est envisageable, la pluralité de dispositions éparpillée dans le Code est remplacée par une seule et unique disposition commune

¹⁷⁶³ Pour une présentation de ces protections périphériques, v. J.-M. Bruguière (dir.), *La para-propriété intellectuelle*, Dalloz, 2022.

¹⁷⁶⁴ C'est ainsi que Monsieur Chatry formule une proposition d'article transversal sur la contrefaçon intégrant l'appréciation en fonction des ressemblances : « *La contrefaçon s'apprécie, indifféremment de la bonne foi du contrefacteur en matière civile, selon les ressemblances et non les différences, à l'exclusion des idées non formalisées, en tenant compte de l'intensité des conditions de protection* », S. Chatry, « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », art. préc., p. 201.

¹⁷⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, n° 19-20.758 : S. Chatry, obs. ss. déc. préc., « Rappel à l'ordre sur la méthode d'appréciation de la contrefaçon », *LEPI* n°3, mars 2021, p. 3.

¹⁷⁶⁶ V. *supra* n° 441 et s.

¹⁷⁶⁷ S. Chatry, « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », art. préc., p. 193.

qui présentera l'outil transversal pour l'ensemble de la matière. Cependant, cette seconde hypothèse n'est envisageable que lorsque les dispositions éparpillées sont d'une identité parfaite ou, à tout le moins, quasi-parfaite. Dans cette perspective, il apparaît que les règles portant sur les modes de preuve (1), et les sanctions de la contrefaçon (2) sont équivalentes, voire identiques, d'un droit de propriété intellectuelle à un autre. Il est donc envisageable de proposer des dispositions relativement complètes sur ces sujets.

1. L'élaboration de dispositions transversales sur les modes de preuve de la contrefaçon

481. Les modes de preuve transversalement consacrés. – Concernant les modes de preuve, deux dispositions transversales peuvent être envisagées qui seraient une agrégation des dispositions semblables dans deux articles uniques : l'un portant sur la saisie-contrefaçon (a), l'autre portant sur le droit d'information (b).

a. La disposition transversale portant sur la saisie-contrefaçon

482. Une disposition qui se concentre sur les occurrences communes. – Pour élaborer la disposition sur la saisie-contrefaçon, même si son régime est globalement harmonisé, il convient de tenir compte des quelques particularismes qui subsistent entre les différents droits de propriété intellectuelle. De la sorte, elle n'envisagerait pas l'étendue de la saisie-contrefaçon, ni la possibilité de la mainlevée de la saisie-contrefaçon. En effet, l'étendue de la saisie n'est pas envisagée de la même manière selon les droits, certaines dispositions étant plus prolixes que d'autres : très détaillée en droit d'auteur, et succinctement présentée en propriété industrielle. Il semble donc préférable, pour saisir l'étendue de la saisie, de se référer aux dispositions spécifiques, en particulier pour le droit d'auteur¹⁷⁶⁸. La mainlevée ne serait pas davantage incluse dans la disposition transversale, tout simplement parce qu'elle ne concerne pas tous les droits de propriété intellectuelle ; elle est prévue seulement en droit d'auteur¹⁷⁶⁹ et dans le droit *sui generis* des bases de données¹⁷⁷⁰. La question de l'opportunité de son extension demeure ; elle a, d'ailleurs, pu être proposée en matière de droit des brevets, en remplacement de la sanction de la nullité de la saisie-contrefaçon. Cela étant, cette possibilité a été critiquée par la doctrine parce que la sanction par la nullité est la seule qui soit en adéquation avec la directive « IPRED » de 2004¹⁷⁷¹, et parce que la mainlevée, au contraire de la nullité de la saisie qui est une nullité de plein droit, n'est pour l'heure qu'une simple faculté octroyée

¹⁷⁶⁸ V. en ce sens CPI, art. L. 332-1, al. 3 et 4.

¹⁷⁶⁹ CPI, art. L. 332-2.

¹⁷⁷⁰ CPI, art. L. 343-1, al. 6.

¹⁷⁷¹ En particulier avec son article 7-3 qui prévoit que « *les États membres veillent à ce que les mesures de conservation des preuves soient abrogées ou cessent de produire leurs effets [...] si le demandeur n'a pas engagé, dans un délai raisonnable, d'action conduisant à une décision au fond* ».

au juge des référés¹⁷⁷². Ces réserves étant faites, il resterait donc les éléments communs permettant de proposer une disposition véritablement commune, à droit presque constant.

483. Premier alinéa : liberté de la preuve. – Le premier alinéa, portant sur la liberté de la preuve en matière de contrefaçon, disposerait que : « *La contrefaçon peut être prouvée par tous moyens* ».

L'affirmation de ce principe, adoptée par toutes les dispositions portant sur la saisie-contrefaçon, peut naturellement être reprise au sein de la disposition transversale, qui plus est au sein du premier article portant sur un mode de preuve. Son placement en tête de la disposition, en tant que premier alinéa, et pour suivre le schéma adopté par toutes les dispositions qui posent cette règle, est tout aussi logique.

484. Deuxième alinéa : qualité à agir, compétence juridictionnelle et types de saisie-contrefaçon. – Le deuxième alinéa envisagerait la qualité à agir, la compétence juridictionnelle et la présentation des deux types de saisie-contrefaçon à disposition du « *saisissant* ». Ces points sont traités de manière identique par l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. La qualité à demander une saisie-contrefaçon revient à la personne ayant qualité à agir en contrefaçon ; la compétence juridictionnelle revient à la juridiction civile ; les deux types de saisie-contrefaçon envisagés sont la saisie réelle et la saisie descriptive. Ce premier alinéa, qui reprend ni plus ni moins les termes utilisés par l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, pourrait être rédigé comme suit :

« Toute personne ayant qualité à agir en contrefaçon est en droit de faire procéder par tous huissiers, le cas échéant assistés par des experts désignés par le demandeur, sur ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente, soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des objets prétendument contrefaisants ainsi que de tout document s'y rapportant. L'ordonnance peut autoriser la saisie réelle de tout document se rapportant aux objets prétendument contrefaisants en l'absence de ces derniers ».

Cette disposition, reproduisant trait pour trait celles qui sont de droit positif, devrait toutefois faire l'objet d'une précision à propos de l'expression « *objets prétendument contrefaisants* ». Cette expression est celle qui est utilisée pour l'ensemble des droits de propriété industrielle ; le droit d'auteur vise les « *œuvres prétendument contrefaisantes* »¹⁷⁷³, de manière spécifique le « *logiciel ou [...] la base de données prétendument contrefaisants* »¹⁷⁷⁴, et le droit *sui generis* des bases de données vise les « *supports ou produits portant prétendument atteinte aux droits du producteur de bases de données* »¹⁷⁷⁵. Conserver l'expression utilisée par les droits de propriété industrielle, à savoir le terme « *objet* » semble plus approprié : ce qui est visé, ce qui est « *stigmatisé* », ce sont les objets qui viennent contrefaire des objets de propriété

¹⁷⁷² Sur ce point, v. J.-P. Strenger, F. Pochart, O. Millon de La Verteville, *J.-Cl. Brevets*, « Saisie-contrefaçon – Recours après saisie-contrefaçon », Fasc. 4634, LexisNexis, 28 juin 2023, maj. 6 juin 2024, n° 31.

¹⁷⁷³ CPI, art. L. 332-1, al. 1^{er}.

¹⁷⁷⁴ CPI, art. L. 332-4, al. 2.

¹⁷⁷⁵ CPI, art. L. 343, al. 2.

intellectuelle, c'est-à-dire des choses immatérielles protégées par un droit privatif. Il n'est donc pas opportun de parler d'œuvre, ni même de création intellectuelle, de bien intellectuel, ou encore d'objet de droit de propriété intellectuelle pour désigner la chose prétendument illicite puisque l'objet contrefaisant, c'est-à-dire reproduisant ou imitant l'objet protégé, se distingue de ce dernier.

485. Troisième alinéa : matériels et instruments contribuant à la contrefaçon. – Le troisième alinéa porterait sur la saisie-contrefaçon des matériels et des instruments ayant aidé à la commission de la contrefaçon. Là encore, la formulation du texte change quelque peu quand il stigmatise la chose prétendument contrefaisante : en propriété industrielle, c'est l'objet, mais cela peut être aussi le service fourni¹⁷⁷⁶, le procédé mis en œuvre¹⁷⁷⁷ alors qu'en propriété littéraire et artistique, ce sont les œuvres distribuées illicitement qui sont visées pour le droit d'auteur¹⁷⁷⁸, et les supports et produits portant atteinte au droit *sui generis*¹⁷⁷⁹. Malgré ces quelques nuances, conserver l'expression « *objets prétendument contrefaisants* », en harmonie avec le deuxième alinéa, pourrait se faire, sans préjudice des précisions faites, le cas échéant, par les dispositions spécifiques à chaque droit de propriété intellectuelle. Par ailleurs, la finalité probatoire de cette règle serait précisée par l'expression « *aux mêmes fins probatoires* », sauf en « *droit commun* » du droit d'auteur¹⁷⁸⁰. Dans la mesure où la saisie-contrefaçon constitue un mode de preuve, il n'y a aucun mal à rappeler cette finalité. Dès lors, ce troisième alinéa pourrait être rédigé comme suit :

« La juridiction peut ordonner, aux mêmes fins probatoires, la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les objets prétendument contrefaisants ».

486. Quatrième alinéa : constitution de garanties. – Le quatrième alinéa porterait sur la constitution de garanties au profit de la personne saisie. Tous les droits de propriété intellectuelle prévoient ce mécanisme et les mêmes conditions de mise en œuvre¹⁷⁸¹ ; seul le droit *sui generis* des bases de données semble obéir à des conditions de mise en œuvre quelque peu différentes, la constitution de garantie pouvant s'opérer non pas dans le cas de l'annulation de la saisie-

¹⁷⁷⁶ En droit des marques, CPI, art. L. 716-4-7, al. 2.

¹⁷⁷⁷ En droit des brevets, CPI, art. L. 615-5, al. 3.

¹⁷⁷⁸ CPI, art. L. 332-1, al. 2. Plus spécifiquement, est visée aussi la distribution du logiciel ou de la base de données prétendument contrefaisants, CPI, art. L. 332-4, al. 3. Il est à noter que si aucune mention n'est faite d'un phonogramme ou d'un vidéogramme protégé au titre d'un droit voisin, le dernier alinéa de l'article L. 332-1 prévoit que la juridiction civile compétente « *peut, dans les mêmes formes, ordonner les mesures prévues au présent article à la demande des titulaires de droits voisins définis au livre II de la présente partie* ».

¹⁷⁷⁹ Étant précisé, pour ce dernier, que l'alinéa 4 de l'article L. 343-1 du Code de la propriété intellectuelle ajoute qu'en l'absence de ces supports ou produits, il est possible pour le juge d'ordonner la saisie réelle de tout document se rapportant à ces derniers.

¹⁷⁸⁰ En effet, seul l'article L. 332-1, al. 2, du Code de la propriété intellectuelle ne contient pas cette précision. Pour le reste, on la retrouve en « *droit spécial* » du droit d'auteur, art. L. 332-4, al. 3, en droit *sui generis* des bases de données, art. L. 343-1, al. 3, en droit des dessins et modèles, art. L. 521-4, al. 3, en droit des brevets, art. L. 615-5, al. 3, en droit sur les obtentions végétales, art. L. 623-27-1, al. 3, en droit des marques, art. L. 716-4-7, al. 3, et en droit des indications géographiques, art. L. 722-4, al. 3.

¹⁷⁸¹ Il en va de même pour le « *droit spécial* » du droit d'auteur portant sur le logiciel et la base de données, CPI, art. L. 332-4.

contrefaçon mais dans le cas de sa mainlevée. Même si le droit *sui generis* s'écarte quelque peu de la règle portée par tous les autres droits de propriété intellectuelle, il ne constitue pas un obstacle dirimant à la reprise de cette règle dans la disposition transversale : en effet, cette disposition a pour champ d'application tous les droits de propriété intellectuelle, mais uniquement les droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, la disposition propre au droit *sui generis* et la disposition propre aux indications géographiques ne mentionnent pas « l'action en contrefaçon (...) » mais « l'action engagée en vertu du présent titre »¹⁷⁸². Pour le droit des indications géographiques, il n'y a aucun problème à parler d'action en contrefaçon puisque le mécanisme lui a été étendu ; en revanche, pour le droit *sui generis*, il n'est, à aucun moment, fait mention d'une quelconque action en contrefaçon, ce qui laisse penser que, même si le mécanisme de défense s'en inspire, il ne s'assimile pas à celui de la contrefaçon¹⁷⁸³. *A fortiori*, ces différences entre le droit *sui generis* des bases de données et les droits de propriété intellectuelle¹⁷⁸⁴ sont, selon nous, un autre indicateur selon lequel ce droit *sui generis* n'est pas un droit de propriété intellectuelle à proprement parler. Ainsi, l'alinéa portant sur la constitution de garantie, reprenant l'existant, pourrait être rédigé comme suit :

« La juridiction peut subordonner l'exécution des mesures qu'elle ordonne à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée ou la saisie annulée ».

487. Cinquième alinéa : annulation de la saisie. – Le cinquième alinéa porterait, finalement, sur l'annulation de la saisie. La possibilité pour la personne saisie (appelée aussi le saisi) de demander l'annulation de la saisie-contrefaçon est prévue par tous les droits de propriété intellectuelle. Du point de vue légistique, chaque disposition de chaque droit de propriété intellectuelle intègre un alinéa prévoyant l'annulation de la saisie, sauf le droit d'auteur qui en traite dans une disposition spécifique, en l'occurrence l'article L. 332-3 du Code de la propriété intellectuelle ; le droit *sui generis* des bases de données prévoit également cette possibilité, l'alinéa 6 de l'article 343-1 renvoyant à l'article L. 332-3. Du point de vue substantiel, la demande d'annulation est formulée dans des termes identiques s'agissant des droits de propriété industrielle. Par rapport à celle prévue par la propriété littéraire et artistique, l'on peut noter deux points de divergences : d'une part, pour déterminer qui a la qualité à agir, alors qu'en propriété industrielle l'on parle de « demandeur », la propriété littéraire et artistique envisage le « saisissant » ; d'autre part, en propriété industrielle, l'annulation peut être demandée à défaut d'action au fond par la voie civile ou pénale, tandis que la propriété littéraire et artistique ajoute que l'annulation peut aussi être demandée à défaut de plainte déposée devant le procureur de la République.

S'agissant de la personne ayant qualité à agir, il n'y a, semble-t-il, aucune différence entre le saisissant ou le demandeur : le saisissant est forcément le demandeur à l'action en contrefaçon, si

¹⁷⁸² CPI, art. L. 343-1, al. 5 et art. L. 722-4, al. 4.

¹⁷⁸³ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 221.

¹⁷⁸⁴ À ne pas confondre avec le droit d'auteur sur les bases de données qui obéit bien au régime de la contrefaçon, CPI, art. L. 332-4, al. 5.

tant est qu'il agisse. La différence entre « *saisissant* » et « *demandeur* » semble être davantage chronologique : le saisissant n'est pas demandeur – demandeur à l'action – tant qu'il n'intente pas une action. Et c'est ce moment qu'aborde justement la disposition : si le saisissant n'intente aucune action, la personne saisie pourra demander l'annulation de la saisie-contrefaçon. Au regard de cette particularité temporelle, il semble donc, peut-être, plus exact de parler de saisissant que de demandeur.

S'agissant de l'inaction du saisissant ouvrant la possibilité pour le saisi de requérir l'annulation de la saisie-contrefaçon, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle lui ouvre cette possibilité « *à défaut, pour le saisissant [...] de s'être pourvu au fond, par la voie civile ou pénale* » ; mais la propriété littéraire et artistique offre une alternative en ajoutant que cette possibilité s'ouvre aussi à défaut « *d'avoir déposé une plainte devant le procureur de la République* »¹⁷⁸⁵. Dans la mesure où la proposition de disposition transversale n'a pas pour finalité de faire l'économie de ces dispositions spécifiques, il serait plus opportun de rester sur une formulation plus générale tel que « *à défaut, pour le saisissant, d'avoir agi en contrefaçon* » puisque, que ce soit en se pourvoyant au fond ou en déposant une plainte devant le procureur, ce qui est crucial est que le saisissant agisse (ou non) en contrefaçon. Compte tenu de ces éléments, l'alinéa portant sur la demande d'annulation par le saisi pourrait être formulé comme suit :

« À défaut pour le saisissant, dans un délai fixé par voie réglementaire, d'avoir agi en contrefaçon, l'intégralité de la saisie, y compris la description, est annulée à la demande du saisi ou du tiers saisi, sans que celui-ci ait à motiver sa demande et sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés ».

488. Énonciation de la disposition transversale sur la saisie-contrefaçon. – En somme, la disposition transversale portant sur la saisie-contrefaçon, composée de cinq alinéas, serait rédigée comme suit :

« La contrefaçon peut être prouvée par tous moyens.

Toute personne ayant qualité à agir en contrefaçon est en droit de faire procéder en tout lieu et par tous huissiers, le cas échéant assistés d'experts désignés par le demandeur, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente, soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des objets prétendus contrefaisants ainsi que de tout document s'y rapportant.

La juridiction peut ordonner, aux mêmes fins probatoires, la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les objets prétendument contrefaisants.

La juridiction peut subordonner l'exécution des mesures qu'elle ordonne à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée ou la saisie annulée.

¹⁷⁸⁵ CPI, art. L. 332-3 pour le « *droit commun* » du droit d'auteur, art. L. 332-4, al. 6 pour le « *droit spécial* » du droit d'auteur, portant sur le logiciel et la base de données.

À défaut pour le saisissant, dans un délai fixé par voie réglementaire, d'avoir agi en contrefaçon, l'intégralité de la saisie, y compris la description, est annulée à la demande du saisi ou du tiers saisi, sans que celui-ci ait à motiver sa demande et sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés ».

b. La disposition transversale portant sur le droit d'information

489. Rédaction de la disposition transversale sur le droit d'information. – L'élaboration de la disposition portant sur le droit d'information semble présenter moins de difficultés. En effet, même si quelques formulations peuvent varier d'une disposition à une autre, l'idée sous-jacente est la même, de telle sorte qu'il est possible d'envisager une disposition transversale sur le droit d'information rédigée comme suit :

« Si la demande lui en est faite, la juridiction saisie au fond ou en référé d'une procédure civile en contrefaçon peut ordonner, au besoin sous astreinte, afin de déterminer l'origine et les réseaux de distributions des objets ou services qui portent atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession d'objets argués de contrefaçon ou qui fournit des services utilisés dans de prétendues activités de contrefaçon ou a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces objets ou la fourniture de ces services.

La production de documents ou d'informations peut être ordonnée s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

490. Observations sur la rédaction de cette disposition. – La rédaction de l'alinéa premier de cet article transversal potentiel est celui qui appelle le plus d'observations.

D'abord, il est fait le choix de parler « *d'une procédure civile en contrefaçon* » pour faire référence à la « *procédure civile prévue au présent titre* »¹⁷⁸⁶, à la « *procédure civile prévue au présent chapitre* »¹⁷⁸⁷, ou encore à la « *procédure civile prévue aux livres I^{er}, II et III de la première partie* »¹⁷⁸⁸. Ces références contenant des renvois à certains niveaux du Code de la propriété intellectuelle font, en réalité, référence à l'action en contrefaçon. Quant à la référence à la « *procédure civile* », elle existe d'ores et déjà dans toutes les dispositions spécifiques.

Ensuite, de la même manière qu'en matière de saisie-contrefaçon, la désignation de l'objet contrefaisant varie selon le droit de propriété intellectuelle envisagé : le droit d'auteur parle de « *marchandises* », le droit des brevets parle de « *produits* » mais aussi de « *procédés* », les autres droits de propriété intellectuelle parlent de « *produits* » ; également, le « *service* » contrefaisant est visé par l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. S'il est donc possible de reprendre la référence au « *service* » contrefaisant, il semble préférable de parler d'« *objet* » pour pouvoir englober le produit, la marchandise, ou encore le procédé.

Enfin, que l'acte contrefaisant se révèle dans un produit, une marchandise ou encore un procédé, une majorité d'articles (sauf en droit d'auteur et en droit des indications géographiques)

¹⁷⁸⁶ CPI, art. L. 521-7, L. 615-5-2, L. 623-27-2, L. 716-4-9.

¹⁷⁸⁷ CPI, art. L. 722-5.

¹⁷⁸⁸ CPI, art. L. 331-1-2.

précise que le droit d'information permet de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des objets « *argués de contrefaçon qui portent atteinte aux droits du demandeur* ». Cette formulation semble redondante, voire trompeuse, car elle peut laisser penser que les objets, alors argués de contrefaçon, doivent également porter atteinte aux droits du demandeur. Or, les deux groupes de mots sont dans une relation de réciprocité : s'il y a contrefaçon, l'atteinte aux droits de la victime est forcément consommée ; réciproquement, s'il y a atteinte aux droits de la victime, cette atteinte ne peut résulter que d'une contrefaçon. Afin d'éviter cette redondance dénuée de pertinence, il serait donc opportun de choisir l'une ou l'autre de ces formulations. Le choix s'est porté sur la seconde formulation résidant dans l'« *atteinte aux droits du demandeur* ».

Après avoir appréhendé les modes de preuve dans des dispositions transversales, il convient désormais d'envisager les sanctions de la contrefaçon.

2. L'élaboration d'une disposition transversale sur les sanctions de la contrefaçon

491. Construction de la disposition transversale sur les sanctions civiles dissuasives. – En suivant la même méthode, il est possible d'élaborer une disposition transversale portant sur les sanctions de la contrefaçon, et plus précisément sur les sanctions civiles dissuasives précédemment envisagées, c'est-à-dire sur les dommages-intérêts qui peuvent être alloués à la victime de la contrefaçon. L'introduction de ces dommages-intérêts poursuit, évidemment, une finalité réparatrice mais également une finalité restitutive pour la victime et, corrélativement, une finalité dissuasive à l'égard du contrefacteur. Même si l'ensemble des dispositions portant sur ces dommages-intérêts sont quasiment identiques, il convient de relever quelques nuances entre certaines dispositions. La comparaison des textes révèle ainsi deux nuances.

La première nuance porte sur l'identification de l'atteinte et de l'auteur de cette atteinte : l'ensemble des textes visent la contrefaçon et le contrefacteur, alors que la disposition propre au droit d'auteur mentionne l'atteinte aux droits et l'auteur de l'atteinte aux droits. Dans la mesure où cette différence de formulation n'empêche, en principe, aucune différence de régime, l'atteinte à un droit d'auteur constituant précisément une contrefaçon, il semble envisageable de parler de « *contrefaçon* » et de « *contrefacteur* » dans la disposition transversale afin de suivre la formulation adoptée par la majorité des dispositions au sujet de l'évaluation de ces dommages-intérêts.

La seconde nuance se lit à propos de l'alternative offerte à la victime de la contrefaçon, consistant à lui octroyer une somme forfaitaire à titre de dommages-intérêts se substituant à la redevance contractuelle qu'elle aurait dû percevoir si le contrefacteur lui avait demandé autorisation en bonne et due forme. À ce sujet, la loi de 2014 a ajouté une précision selon laquelle cette somme forfaitaire doit être supérieure au montant des redevances qui auraient été normalement dues dans le cas où le contrefacteur avait demandé ladite autorisation. Cette précision est reprise par l'ensemble des dispositions traitant de l'évaluation des dommages-intérêts, à l'exception de l'article L. 722-6 du Code de la propriété intellectuelle, applicable au droit portant sur les indications géographiques. Est-ce une simple négligence de la part du législateur ou un oubli intentionnel ? Dans la mesure où la loi de 2014 a étendu le régime de la contrefaçon aux atteintes portées aux

indications géographiques¹⁷⁸⁹, et que, de surcroît, le texte qualifie expressément de « contrefaçon » de telles atteintes, il semble possible d'affirmer que cette lacune consiste en un oubli. L'adoption d'une disposition transversale permettrait sans doute de combler ce silence isolé. Ces précisions étant faites, la disposition transversale se contenterait de reprendre mot pour mot la disposition dupliquée pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, et serait rédigée comme suit :

« Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».

492. Le « clair-obscur » de la codification à droit constant. – La formulation de dispositions transversales en matière de contrefaçon a été rendue possible par les jalons qui ont été posés grâce à la codification à droit constant. Bien que cette méthode de codification « rejette hors de son domaine tout effort de réflexion, de définition ou d'innovation »¹⁷⁹⁰, la dissémination de dispositions quasi-identiques qu'elle induit ne traduit pas un obstacle dirimant à la recherche d'unité. En repartant du plus petit dénominateur commun qu'est la contrefaçon, il est apparu possible de donner un sens univoque à des dispositions dont l'unité n'était pas perceptible. Ces dispositions doivent, désormais, s'articuler avec l'existant.

§2. L'articulation de la proposition de dispositions transversales avec les dispositions existantes

493. Faut-il supprimer ou conserver les dispositions existantes reprises par les dispositions transversales ? – La proposition de l'intégration de dispositions communes ne peut se concevoir sans envisager leur articulation avec les dispositions existantes, que ces propositions de dispositions communes proposent de synthétiser. Les dispositions transversales auraient-elles vocation à remplacer les dispositions existantes qui sont répétées pour chaque droit de propriété intellectuelle ? Ou serait-il préférable de conserver ces dispositions ?

Le plus logique serait que les dispositions transversales remplacent les dispositions existantes répétées et que ces dernières soient, par conséquent, supprimées. Cependant, de telles suppressions

¹⁷⁸⁹ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 1868.

¹⁷⁹⁰ B. Oppetit, « De la codification », *D.* 1996. 33.

sont susceptibles de fragiliser l'architecture du Code de la propriété intellectuelle, et de réduire la clarté de l'œuvre. En effet, si ces dispositions qui sont « *éparpillées* » dans le Code sont supprimées, leur absence risque d'être source de perturbation, davantage que leur répétition. De plus, il nous semble que les dispositions transversales qui les reprennent, même si elles peuvent finalement s'apparenter à d'énormes répétitions, ont, justement, cette dimension transversale et, partant, unitaire dont sont dénuées les dispositions existantes qui se répètent. En conséquence, la solution qui nous semble être porteuse du moindre « *mal* » est celle consistant à préserver les dispositions existantes, tout en érigeant en dispositions communes, à l'ouverture du Code, les dispositions transversales sur lesquelles elles se fondent.

494. Conclusion du Chapitre II. – L'unité préalablement révélée de la contrefaçon est telle qu'elle pourrait donner à la propriété intellectuelle son unité qualifiante. Il s'agirait d'affirmer cette spécificité notamment au regard de l'attraction que provoque l'action en contrefaçon et plus particulièrement les sanctions civiles dissuasives, sur certaines protections périphériques, telles que le secret d'affaires, mais également sur d'autres branches du droit, tels que le droit commun de la responsabilité civile. Or, admettre que la contrefaçon puisse couvrir des domaines d'intervention qui s'éloignent de ce qui caractérise par ailleurs la propriété intellectuelle, entraînerait un risque de dilution de cette identité qualifiante. Ce risque est révélé lorsque, en empruntant le mécanisme des sanctions civiles dissuasives, le secret d'affaires tend à se raccrocher à la qualification propriétaire alors qu'il ne constitue nullement un droit exclusif d'origine légale. Il transparait également dans la légistique du Code de la propriété intellectuelle qui duplique et éparpille des dispositions quasi-identiques au sein de chaque droit de propriété intellectuelle, portant sur les sanctions civiles dissuasives, la saisie-contrefaçon ou encore le droit d'information, au risque de mettre en exergue les différences finalement mineures et de masquer les éléments fortement communs qui caractérisent ces actions.

La solution serait alors de participer à l'unification de la propriété intellectuelle par la proposition de dispositions transversales expresses relatives à la contrefaçon. La première serait une disposition très générale portant sur l'acte de contrefaçon pour tenir compte de la difficulté à le saisir de manière plus substantielle. Les dispositions suivantes porteraient sur le régime, et plus précisément sur les apports émanant de la directive « *IPRED* » de 2004, dont la transposition aurait pu (aurait dû ?) être l'occasion pour le législateur d'ériger des dispositions communes à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle.

495. Conclusion du Titre II. – Le mécanisme de la contrefaçon est, sans doute, l'élément de régime le plus transversal du droit de la propriété intellectuelle. Son degré de transversalité est tel qu'il confère une véritable unité à la matière, tant du point de vue substantiel que du point de vue procédural. Au demeurant, son unité intrinsèque n'empêche pas l'existence de certaines spécificités, notamment sur le plan substantiel. Également, la convergence observée est telle qu'elle participe à

L'autonomie de la matière, notamment en la détachant de certains principes du droit commun de la responsabilité civile. Cependant, cette unité qualifiante ne peut se produire si le risque de dilution qui menace les ressorts de l'action en contrefaçon n'est pas contenu. En effet, le droit de la propriété intellectuelle disposant d'un mécanisme de défense abouti est en mesure d'inspirer d'autres réglementations ; or celles qui empruntent le mécanisme de la contrefaçon sont alors sujet à un rapprochement avec le droit de la propriété intellectuelle qui peut être fâcheux pour la matière elle-même. Par ailleurs, la légistique révèle une dispersion de ces éléments d'unité, le Code de la propriété intellectuelle dupliquant à plusieurs reprises des dispositions quasi-identiques. Pour éviter ce risque, il paraît nécessaire de proposer des dispositions transversales permettant de révéler explicitement l'unité apportée à la matière par le mécanisme de la contrefaçon.

496. Conclusion de la Deuxième partie. – La recherche de traits communs au sein des différents régimes de propriété intellectuelle a produit quelques résultats, démontrant leur existence à propos de l'étendue de la protection et des moyens de défense octroyés par les droits de propriété intellectuelle. Toutefois, ces éléments de transversalité demeurent dispersés et démontrent la force des dispositions propres à chaque régime.

S'il est possible, dans les éléments communs de révéler un « *droit commun de la propriété intellectuelle* », celui-ci devrait, en tout état de cause toujours être complété par des dispositions existantes propres à chaque protection. En ce sens, il appert que s'agissant du monopole d'exploitation conféré, seuls des principes communs d'une portée très générale peuvent être exprimés, leur application ne pouvant faire l'économie des dispositions spécifiques existantes. L'effort de cohérence transparait, certes, mais reste assez limité. Pareillement, le bilan demeure limité à propos du droit moral, où des points de cohérence peuvent être trouvés autour d'une conception large du droit de paternité ou d'attribution mais l'exercice d'extension se prête mal à certains domaines comme le droit des marques.

En revanche, au titre du moyen de défense, c'est-à-dire de l'action en contrefaçon, la quasi-identité de certaines dispositions permet, non seulement, d'ériger un droit commun plus substantiel de la propriété intellectuelle, mais également de simplifier l'appréhension du mécanisme de la contrefaçon, notamment dans ses aspects procéduraux.

Malgré ces différences dans les règles communes exprimées, elles semblent participer raisonnablement à la construction d'un droit commun de la propriété intellectuelle dans la mesure où elles jouissent « *d'une généralité absolue d'application* »¹⁷⁹¹. Néanmoins, ce droit commun *du* droit de la propriété intellectuelle, encore parcellaire doit s'articuler avec *des* droits spéciaux de propriété intellectuelle.

¹⁷⁹¹ N. Balat, *Essai sur le droit commun, op. cit.*, n° 70 et s.

TROISIÈME PARTIE

LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RÉSULTANT DE L'APPROCHE TRANSVERSALE

497. La nature juridique du droit de la propriété intellectuelle analysée à la lumière de la transversalité. – La quête de transversalité en propriété intellectuelle pourrait se contenter de la mise en exergue d'éléments communs susceptibles de définir substantiellement le droit de la propriété intellectuelle. Mais un léger goût d'inachevé se ferait sentir si l'étude s'arrêtait à la seule observation de ces éléments de transversalité sans en inférer d'autres éléments de compréhension de la matière. Définir un régime implique de saisir la notion qui y correspond ; en ce sens, définir le droit de la propriété intellectuelle implique de se demander ce qu'*est* la propriété intellectuelle et de questionner sa nature juridique. À ce titre, même si le droit de la propriété intellectuelle est qualifié de droit de propriété, les doutes quant à sa nature demeurent.

Si les deux premiers temps de l'étude ont permis de mener une réflexion intrinsèque à la propriété intellectuelle, ce troisième et dernier temps a pour objet d'apporter de nouveaux éléments d'appréciation quant à la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle au regard des éléments de transversalité préalablement identifiés. Intégrer l'étude de la nature juridique en dernier lieu s'inscrit dans une méthode inductive qui, au contraire de la méthode déductive classiquement privilégiée, ne part pas de la notion pour en inférer un régime, mais analyse plutôt le régime en question pour essayer d'en induire des éléments de compréhension de la notion juridique qui s'y rattache. Cette méthode présente tout son intérêt lorsque la notion à laquelle correspond un régime n'a pas pu être appréhendée de manière transversale dans sa substance, ce qui est le cas, comme cela a été démontré, du droit de la propriété intellectuelle.

498. La propriété intellectuelle, une propriété ? – À l'aune de cette transversalité incomplète et des éléments précédemment identifiés, la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle apparaît malaisée (Titre I). Il semble donc nécessaire de la nuancer (Titre II).

Titre I. La qualification propriétaire, une qualification malaisée

499. Du pragmatisme de la loi à la contradiction des concepts. – L'apparition du droit de la propriété intellectuelle a été évolutive dans son esprit et disséminée sur l'échelle du temps. La matière telle qu'actuellement connue est le fruit d'une lente construction par strates, chaque droit de propriété intellectuelle ayant été, avant l'exercice de codification à droit constant¹⁷⁹², l'objet de lois spécifiques. Désormais, le droit positif consacre la propriété intellectuelle comme une propriété. La messe ayant été prononcée, il n'y aurait plus de raisons valables pour étudier de nouveau sa nature juridique. Pourtant, la confrontation du droit de propriété au droit de la propriété intellectuelle révèle des obstacles insurmontables résidant, avant tout, dans la différence entre les objets de propriété intellectuelle et l'objet du droit de propriété, traduisant un inconfort patent à parler de propriété.

Ainsi, même si l'étude historique du droit de la propriété intellectuelle semble ne plus laisser de place au doute quant à sa nature juridique (Chapitre I), il appert que la qualification propriétaire est brutalement remise en question à l'aune de l'objet (Chapitre II).

¹⁷⁹² V. *supra* n° 41.

Chapitre I. La qualification propriétaire consacrée par l'étude historique du droit de la propriété intellectuelle

500. Des prémices aux prémisses. – L'étude du droit antérieur de la propriété intellectuelle révèle que, à travers les multiples lois mettant en place les différents droits qui le compose aujourd'hui, des jalons ont été posés (Section 1), incitant progressivement le législateur à retenir la qualification propriétaire (Section 2). Cela étant, l'entreprise n'a pas aboutie sans quelques difficultés qui ont essaimé l'histoire de la propriété intellectuelle.

Section 1. Les jalons posés par le droit antérieur

501. Les démêlés historiques de la qualification propriétaire. – Les premières traces de ce que l'on nomme aujourd'hui la « *propriété intellectuelle* » se trouvent dans la *Parte Venetiana*, texte fondateur du droit des brevets adopté par la République de Venise le 19 mars 1474¹⁷⁹³ et dans le *Statute of Anne* de 1710, première loi portant sur les œuvres de l'esprit adoptée en Angleterre¹⁷⁹⁴. L'ensemble de ces textes repose sur un système de privilèges délivrés par l'autorité suprême. La France suivit le même mouvement et construisit son propre système de privilèges¹⁷⁹⁵, système qui périclita avec la Révolution française. C'est à cette période que les fondements de la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle ont été posées, à travers l'adoption des décrets-lois révolutionnaires (§1). Cependant, la période postrévolutionnaire, marquée par la prolifération de lois spécifiques, fut source d'une certaine instabilité, remettant en cause la qualification propriétaire (§2).

§1. La stabilité juridique apportée par les décrets-lois révolutionnaires

502. Des privilèges aux lois révolutionnaires. – Avant la Révolution française, il n'était pas véritablement question de droit(s) de propriété intellectuelle, mais de privilège(s). Que ce soit sous la forme d'une patente (l'ancêtre du brevet), ou encore d'un monopole accordé aux libraires et aux théâtres pour diffuser des œuvres littéraires et dramaturgiques¹⁷⁹⁶, ces protections avaient pour trait commun leur origine, à savoir une origine souveraine : il s'agissait de privilèges accordés par le Roi,

¹⁷⁹³ Ch. May, « Venise : aux origines de la propriété intellectuelle », *L'économie politique* n° 14, 2002/2, p. 6 et s. ; A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 28.

¹⁷⁹⁴ Cette loi s'inspira du *Statute of Monopolies* de 1624 permettant la délivrance de privilèges aux inventeurs, M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 238 et s., spéc. p. 242.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 243 et s. À cela s'ajoute le développement des corporations et jurandes, autre système de privilèges perçu comme l'ancêtre du droit des marques, A. Robin, S. Chatry, *Introduction à la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 30.

¹⁷⁹⁶ Le monopole a, par la suite, été étendu aux auteurs, par des arrêts réglementaires adoptés le 30 août 1777 et le 31 juillet 1778 leur reconnaissant un privilège semblable, v. *ibid.*, n° 25.

selon son bon vouloir, pour permettre à leurs bénéficiaires de disposer d'une longueur d'avance économique vis-à-vis de leurs concurrents¹⁷⁹⁷.

Avec la Révolution française, le dogme du privilège s'effondre pour laisser place à la proclamation des droits et libertés de tous les Hommes, dont ils peuvent jouir de la manière la plus totale et la plus absolue. Parmi ces droits et libertés figure le droit de propriété¹⁷⁹⁸. Cette consécration emporte nécessairement son lot de conséquences à propos de la réglementation des productions de l'esprit. Est ainsi admise, en droit français, la nature propriétaire des droits portant sur les œuvres et sur les inventions par une succession de décrets-lois adoptés entre 1791 et 1793¹⁷⁹⁹. Par ces textes, le législateur français a reconnu et consacré un « *un principe général de propriété de l'auteur sur les fruits de son activité intellectuelle, simultanément applicable dans les champs identitaire (œuvre) et utilitaire (inventions)* »¹⁸⁰⁰. Dans la lignée de l'abolition des privilèges votée le 4 août 1789¹⁸⁰¹, l'adoption de ces lois a donc renversé le paradigme monopolistique profitant à certains acteurs pour accorder une véritable propriété aux auteurs et aux inventeurs sur leurs créations¹⁸⁰².

503. Les justifications philosophiques de la nature propriétaire de la protection. – Les justifications philosophiques de la qualification propriétaire sont très diverses et confinent, parfois, à l'enchevêtrement. Madame Buydens dresse un état des lieux de ces justifications : elles sont de nature travailliste, utilitariste, contractualiste, personnaliste, jusnaturaliste, ou encore fondée sur la théorie dite de l'occupation¹⁸⁰³.

Au moment de l'adoption des décrets-lois susmentionnés, plus particulièrement au moment des discours prononcés à cette occasion par Lakanal, De Boufflers et Le Chapelier, la consécration de la nature propriétaire révèle, sans aucun doute, une conception jusnaturaliste du droit selon laquelle le créateur peut vivre de son art, de son inventivité, de son travail et surtout de l'effort déployé dans son art et/ou son inventivité. Il est donc *naturel* qu'une telle protection soit reconnue et revienne au bénéficiaire du créateur – face aux éditeurs. Cette vision jusnaturaliste de la protection prend sa source dans la justification travailliste ou lockéenne de la propriété¹⁸⁰⁴ qui, plaçant au

¹⁷⁹⁷ V. *infra* n° 592 ; *adde.* P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ – Éd. J. Duculot, 1969, pp. 26-27 : le droit d'auteur issu des lois révolutionnaires ne doit pas être confondu avec les privilèges de l'ancien régime. Tel était le cas des privilèges octroyés aux imprimeurs, dont l'objectif était de « *les rémunérer de leur activité industrielle, de les indemniser de leurs frais* », mais également du privilège octroyé à un auteur qui, toujours d'après l'auteur, « *n'avait d'autre ressource que d'en faire cession à l'un des libraires, entre les mains desquels résidait le monopole de la fabrication et de la vente* ».

¹⁷⁹⁸ DDHC, art. 17.

¹⁷⁹⁹ Lois Le Chapelier des 13-19 janv. 1791 sur la liberté des théâtres, loi Le Chapelier du 17 juin 1791 sur l'abrogation des corporations, lois de Boufflers du 7 janv. 1791 sur la propriété des inventions utiles et du 25 mai 1791 sur les brevets d'invention, et loi Lakanal des 19-24 juil. 1793 sur la réorganisation de la librairie.

¹⁸⁰⁰ Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 39.

¹⁸⁰¹ Cette abolition n'inclut cependant pas celle des privilèges de commerce ou de librairie, v. en ce sens G. Galvez-Behar, *Histoire de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸⁰² *Ibid.*, p. 55.

¹⁸⁰³ Pour des explications abouties sur ce que recouvre chacune de ces justifications, v. M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 258 et s.

¹⁸⁰⁴ Pour des explications abouties sur ce que recouvre chacune de ces justifications, v. M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, spéc. p. 280 et p. 284 ; *adde.* L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 11.

centre de la pensée le travail, veut que la propriété des fruits issus de celui-ci revienne à celui qui s'y est livré. Cependant, et toujours au sortir de la Révolution française, la justification travailliste n'est pas la seule à expliquer la nature propriétaire de la protection. En effet, au sein de la propriété intellectuelle, la propriété littéraire et artistique tient également à une justification personaliste : au contraire de la justification travailliste qui rétribue essentiellement l'effort intellectuel fourni par le créateur, la justification personaliste accorde davantage d'importance à « *l'éclair de génie* » à « *l'eureka* », au « *je ne sais quoi* » qui a eu lieu indépendamment de tout effort intellectuel et/ou physique fourni. En atteste la conception française qui se fonde sur l'empreinte personnelle de l'auteur pour accorder une protection au titre de la propriété littéraire et artistique, et non sur l'effort intellectuel fourni¹⁸⁰⁵. De ces éléments ressortent plusieurs constatations.

D'une part, aucune de ces justifications n'est substituable à une autre. Chacune d'entre elles, à leur manière, permettent d'apporter une explication à la raison d'être de la propriété intellectuelle, mais assez rarement à la propriété intellectuelle dans son ensemble. La justification personaliste se retrouve essentiellement en propriété littéraire et artistique ; la justification par l'occupation a émergé pour justifier la nature propriétaire du droit des marques et également pour l'intégrer au champ de la propriété intellectuelle ; la justification contractualiste, faisant de la propriété intellectuelle un rapport d'obligations entre le titulaire de la protection et la société, se fonde sur une idée de récompense octroyée par la société au titulaire qui, en échange, doit dévoiler à la société sa création, cette justification se retrouvant essentiellement en droit des brevets ; enfin, même si la justification travailliste peut être plus englobante, elle se heurte quelque peu à la justification personaliste retenue en propriété littéraire et artistique.

D'autre part et au surplus, chacune de ces justifications est d'une portée différente. Par exemple, alors que la justification travailliste permet d'englober tout ce qui résulte d'un effort intellectuel et récuse tout ce qui ne provient pas d'un tel effort, la justification personaliste s'attache davantage à « *l'éclair de génie* » qui ne dépend pas nécessairement d'un effort intellectuel. En termes d'effets, la différence est alors évidente : la portée de la protection fondée sur la justification travailliste est bien plus englobante que celle fondée sur la justification personaliste. Quant à la portée de la justification par l'occupation, celle-ci se cantonne au droit des marques et au droit des éditeurs sur les œuvres posthumes¹⁸⁰⁶, mais sa portée pourrait être extrêmement large si elle était étendue à l'ensemble de la propriété intellectuelle¹⁸⁰⁷.

Même si les justifications avancées pour expliquer la nature propriétaire de ce qui n'est pas encore nommé, à l'époque, le droit de propriété intellectuelle sont diffuses – voire confuses –, les lois révolutionnaires ont, indéniablement, apporté une certaine stabilité juridique en la consacrant explicitement. Mais cette stabilité fut rapidement ébranlée dès le milieu du XIX^e siècle.

¹⁸⁰⁵ C'est sans compter le tournant qu'a connu la matière au cours des années 1980.

¹⁸⁰⁶ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 352.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 351.

§2. L'instabilité instiguée par la période postrévolutionnaire

504. Des lois révolutionnaires aux lois spécifiques. – La période postrévolutionnaire n'est pas véritablement synonyme de continuité. Les lois adoptées au cours du XIX^e siècle et l'évolution jurisprudentielle ne cadrent déjà plus réellement avec « *l'archétype* » propriétaire tel que voulu par les lois révolutionnaires. Ce décalage législatif et jurisprudentiel, auquel préexistent des divergences doctrinales, ne fera que cristalliser ces dernières.

Du point de vue légal, les textes adoptés dans le courant du XIX^e siècle s'éloignent, voire rompent le lien établi entre propriété et droit des auteurs et inventeurs qui avait été établi par les lois révolutionnaires. En droit des brevets, c'est la loi du 5 juillet 1844 qui marque cette rupture, en ne faisant plus aucune référence à la « *propriété* » des inventeurs mais à leur « *droit exclusif* »¹⁸⁰⁸ ou, de manière encore plus sobre, à un « *droit* »¹⁸⁰⁹. En matière de propriété littéraire et artistique, le changement est plus subtil : sous l'impulsion de Renouard, les textes légiférant la matière ne parlent plus de propriété littéraire et artistique¹⁸¹⁰, et l'expression « *droit d'auteur* » va progressivement faire son chemin. L'auteur n'a, en effet, jamais dissimulé son inconfort à parler de propriété pour un droit qu'il n'estime ne pas en être un¹⁸¹¹. La rupture est consommée par la loi du 14 juillet 1866 qui ne fait plus mention de propriété, mais plus sobrement de « *droits* » ou encore de « *droit exclusif* »¹⁸¹². Ce qui a cours au niveau national se produit également au niveau international. Lors des négociations ayant conduit à l'adoption de la Convention de Berne en 1886¹⁸¹³, les conférenciers français et allemands entrèrent en désaccord sur la proposition d'utiliser le vocable propriété littéraire et artistique. Fut alors proposée l'expression « *droit d'auteur* », mais celle-ci rencontrant également des critiques très vives, il a été décidé que la Convention de Berne porte sur la « *protection des œuvres littéraires et artistiques* »¹⁸¹⁴.

Du point de vue jurisprudentiel, si l'on constate, dans un premier temps, une instabilité quant à la nature propriétaire de la protection au sein des juridictions inférieures¹⁸¹⁵, la Cour suprême parviendra, finalement, à l'abandon du vocable propriété dans son arrêt *Ricordi* du 25 juillet

¹⁸⁰⁸ Loi du 5 juil. 1844 sur les brevets d'invention, art. 1^{er} : « *Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention* ».

¹⁸⁰⁹ Lorsqu'il s'agit, par exemple, de définir l'atteinte subie par le droit, art. 40 : « *toute atteinte portée aux droits du breveté [...] constitue une contrefaçon* ».

¹⁸¹⁰ P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, op. cit., p. 52.

¹⁸¹¹ A.-Ch. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin, 3^e éd., 1865, p. 17 et s. ; A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, J. Renouard, 1838, p. 441 et s.

¹⁸¹² Ainsi que le relève E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, op. cit., p. 26, à propos de la loi de 1866 reproduite dans son ouvrage en appendice, v. *ibid.*, p. 892 ; *adde.* P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, op. cit., p. 54.

¹⁸¹³ Conv. concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 sept. 1886.

¹⁸¹⁴ P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, op. cit., p. 67.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, pp. 52-53 : le juge de l'époque commençait à faire face à la défense des prérogatives dites « *non pécuniaires* », c'est-à-dire des prérogatives morales, que l'on opposait brutalement à la nature propriétaire de la protection. En effet, et ainsi que cela va être relevé ci-après, les défenseurs de la pensée personnaliste pensaient que la nature propriétaire de la protection ne pouvait servir les intérêts extra-patrimoniaux de l'auteur.

1887¹⁸¹⁶. Jugeant que la qualification propriétaire est incompatible avec le caractère temporaire de la protection, elle délaisse cette qualification pour lui préférer les expressions « *monopole d'exploitation* » ou encore « *droit exclusif* »¹⁸¹⁷. Cet arrêt, considéré comme « *un recul considérable de la protection de l'auteur* »¹⁸¹⁸, sera suivi par un arrêt *Lecocq* du 25 juin 1902¹⁸¹⁹ dans lequel la chambre civile de la Cour de cassation relève « *la nature particulière du droit* » en ce qu'il tient compte de la dimension personaliste de la protection et intègre l'articulation des dispositions civiles applicables avec l'existence éventuelle de dispositions spéciales¹⁸²⁰.

Du point de vue doctrinal, ce changement de sémantique – fort en symbole même si cela reste une « *querelle [...] surtout dans les mots* »¹⁸²¹ – cristallise un peu plus les divergences d'opinions, jusqu'à créer un véritable schisme parmi les auteurs¹⁸²² entre ceux qui récusent la qualification propriétaire (Renouard étant le chef de file) et ceux qui, malgré ce changement de sémantique, estiment que la nature propriétaire de la protection, telle que voulue par les lois révolutionnaires, n'a pas été modifiée un seul instant¹⁸²³. Dans cette seconde optique, c'est particulièrement la propriété littéraire et artistique qui s'avéra être la « *poche de résistance* » à l'analyse propriétaire¹⁸²⁴ face à la doctrine personaliste qui, cherchant surtout à défendre les intérêts moraux de l'auteur, estimait que la nature propriétaire de la protection était justement en contradiction avec sa dimension morale.

505. L'essor des théories permis par les doutes formulés quant à la nature du droit. – Les XIX^e et XX^e siècles seront un véritable vivier doctrinal. Ce que l'on va commencer à appeler la « *propriété intellectuelle* » va être théorisé, avec ceux qui restent attachés à la qualification propriétaire et ceux qui s'en détachent, ainsi que le montrent la théorie des « *droits intellectuels* »¹⁸²⁵ ou encore la théorie des « *droits de clientèle* »¹⁸²⁶. La théorie personaliste, à peine évoquée ci-avant, va également

¹⁸¹⁶ Cass. req., 27 juil. 1887, cité par P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 56 et p. 68.

¹⁸¹⁸ Il est reproché à cet arrêt d'ignorer le souci de protection des prérogatives extra-patrimoniales de l'auteur et de ne pas prendre acte de la nature « *particulière* » de cette propriété, v. *ibid.*, p. 68.

¹⁸¹⁹ Cass. civ., 25 juin 1902, *Lecocq*.

¹⁸²⁰ P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁸²¹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit.*, p. 26 ; *adde.* P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 56, qui donne, à propos de la loi du 14 juillet 1866, les raisons pour lesquelles le vocable propriété a été abandonné. Lors de la discussion de cette loi, il a été estimé que le mot « *propriété* » aurait très bien pu être utilisé dans le texte de loi, mais le choix inverse a été effectué « *parce que ce mot de "propriété", inoffensif autrefois, on en a beaucoup abusé dans ces derniers temps ; c'est parce que de ce mot est sortie la théorie, toute armée, sous l'influence de laquelle beaucoup de gens se sont crus logiciens invincibles en disant : puisque c'est une propriété, pourquoi ne pas la traiter comme les autres propriétés ?* ».

¹⁸²² J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 192.

¹⁸²³ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸²⁴ Ainsi que le relève le professeur Vivant. V. M. Vivant, « Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle », *D.* 2011. 2351, n° 6.

¹⁸²⁵ E. Picard, « Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », art. préc., p. 565 et s. ; J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », art. préc., p. 413 et s. ; R. Franschelli, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », in *Mél. P. Roubier*, Dalloz Sirey, 1961, p. 453 et s. ; P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 75 et s., mentionnant également l'apport du juriste allemand Kohler, ce dernier voyant dans cette « *nouvelle* » catégorie un droit sur les biens immatériels (*Immaterialgüterrechte*).

¹⁸²⁶ P. Roubier, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. préc., p. 251 et s.

s'enrichir durant cette période¹⁸²⁷. *A priori*, rien ne laissait présager le triomphe de la qualification propriétaire en cette matière ; cela est sans compter sur les consécutions contemporaines qui, censément, mettent un terme au débat.

Section 2. La consécution progressive de la nature propriétaire

506. Le choix ultime de la qualification propriétaire. – Les tâtonnements ayant marqué les XIX^e et XX^e siècles prennent fin par l'adoption de lois qui ont permis, en droit interne, un « *retour en force* » de la qualification propriétaire (§1). Au niveau supranational, la même direction est prise, le droit de la propriété intellectuelle, par le truchement de la qualification propriétaire, ayant accédé au rang des droits fondamentaux (§2).

§1. En droit interne

507. « *Et donc la [propriété intellectuelle] est une propriété...* »¹⁸²⁸. – Non sans difficultés, le législateur français a finalement retenu la qualification propriétaire (A). La jurisprudence, en particulier constitutionnelle, s'est inscrite également en ce sens (B) afin de parachever la construction.

A. Le retour du concept de propriété dans la législation nationale

508. Préluce. La sollicitation du concept de propriété dans les lois instaurant les différents droits de propriété intellectuelle. – Avant de s'attacher au droit actuel, il convient de s'attarder un instant sur les lois intervenues dans le courant des XIX^e et XX^e siècles. Certaines de ces lois, particulièrement celles du XX^e siècle, ont permis « *un retour en force* » de l'idée de propriété¹⁸²⁹, à l'exception de la législation sur les brevets.

509. Le « *retour en force* » nuancé de l'idée de propriété en droit d'auteur et en droit des brevets. – S'agissant des protections « *historiques* » que sont la propriété littéraire et artistique et le droit des brevets, il a déjà été relevé que la période postrévolutionnaire voulait rompre avec l'idée de propriété.

En droit des brevets, la loi de 1844 l'a éloigné des considérations propriétaires. Dans le courant du XX^e siècle, cette loi a été abrogée et remplacée par la loi du 2 juillet 1968¹⁸³⁰.

¹⁸²⁷ P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 82 et s., mettant en avant Gierke, v. *ibid.*, p. 109 et s.

¹⁸²⁸ Pour reprendre à notre compte la formule du professeur Vivant, v. M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propr. Intell.* n° 23, avr. 2007, p. 193 et s.

¹⁸²⁹ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 7.

¹⁸³⁰ Loi n° 68-1 du 2 janv. 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, JORF du 3 janv. 1968. Cette loi sera, par la suite, modifiée et/ou complétée par différentes lois : la loi n° 78-742 du 13 juil. 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, JORF du 14 juil. 1978 ; la loi n° 84-500 du 27 juin 1984

Curieusement, le texte de cette loi¹⁸³¹ use de nouveau du terme « *propriété* ». Le ton est donné dès l'article 1^{er} al. 1, qui dispose que « *toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation* ». Par la suite, la loi ne cesse de reprendre l'expression « *titre de propriété industrielle* » et de qualifier le breveté de « *propriétaire* ». Plus précisément, de la même manière que le fit la loi antérieure à celle de 1968, le brevet d'invention est toujours qualifié de titre, avec la précision qu'il s'agit d'un titre de *propriété* industrielle ; le breveté se fait donc appeler propriétaire, celui-ci étant effectivement le propriétaire dudit titre. La qualification propriétaire, visiblement réservée au titre et à son détenteur, peut-elle alors « *ricocher* », rebondir sur le droit conféré par le titre ?

Si l'on suit la lettre de la loi de 1968, celle-ci continue de parler de droit exclusif (d'exploitation), ainsi que le fit la loi antérieure, pour désigner, qualifier la protection octroyée. De plus, si le breveté est propriétaire du titre, il est, en revanche, titulaire du droit exclusif d'exploitation¹⁸³². Dès lors, il semble que l'idée de propriété ne vise pas, à proprement parler, la protection dans sa substance, mais davantage la protection dans sa formalisation, sa « *matérialisation* » à travers le titre qui est conféré. En somme, malgré la réapparition du terme « *propriété* » dans la lettre de la loi, il semble que son esprit ne s'éloigne pas davantage de sa prédécesseuse.

En propriété littéraire et artistique, en revanche, le débat – législatif, à tout le moins – fut tranché par la loi du 11 mars 1957¹⁸³³ qui, tout en consacrant le versant moral de la protection, confirme la nature propriétaire du volet patrimonial de la protection, faisant du droit d'auteur un droit de nature duale¹⁸³⁴.

510. Un « *retour en force* » marqué par l'idée de propriété dans la législation sur les dessins et modèles et les marques. – Aux côtés des protections originelles, de nouvelles protections font leur apparition : le droit des marques et le droit des dessins et modèles. Au contraire des premières, leur nature juridique n'a jamais vraiment posé de doute au législateur.

L'apparition du droit des marques n'est pas semblable à celle du droit d'auteur ou encore du droit des brevets. Même s'il est possible de voir dans le système des corporations, jurandes et maîtrises de l'ancien Régime l'ancêtre du droit des marques¹⁸³⁵, le rôle attribué au droit des marques

modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, JORF du 28 juin 1984 ; et la loi n° 90-1052 du 26 nov. 1990 relative à la propriété industrielle, JORF n° 0276 du 28 nov. 1990 ; *adde.* F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 160 et n° 165 et J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 207.

¹⁸³¹ Le texte de cette loi que nous retenons est celui dans sa version consolidée à la suite des lois de 1978 et 1990.

¹⁸³² Loi n° 68-1 du 2 janv. 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, préc., art. 1, al. 1. Le terme « *titulaire* » est admis à propos des servitudes, mais non celui de « *propriétaire* », v. F. Hepp, « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », *RIDA* n° 19, avr. 1958, p. 175.

¹⁸³³ Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, JORF du 14 mars 1957 ; F. Hepp, « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », art. préc., p. 161 et s. ; P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, op. cit.*, p. 139 et s., spéc. p. 140.

¹⁸³⁴ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 216 et s.

¹⁸³⁵ A. Robin, S. Chatry, *Introduction au droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 30.

est aux antipodes de celui qui était attribué aux corporations¹⁸³⁶. Le droit des marques actuel est issu de la loi du 23 juin 1857 qui, au départ, reposait « *sur le principe que la propriété de la marque s'acquiert par le premier usage* »¹⁸³⁷, avant de passer à un système d'acquisition par dépôt par la loi du 31 décembre 1964¹⁸³⁸ toujours en vigueur. Ainsi, la lettre de la loi, depuis 1964, parle de propriété pour qualifier la protection conférée par le droit des marques¹⁸³⁹. Cela n'empêche pas la poursuite de discussions doctrinales quant à sa nature juridique, certains auteurs voyant ce droit comme un « *droit d'occupation* »¹⁸⁴⁰, ou considérant cette qualification comme une « *approximation* »¹⁸⁴¹.

L'apparition du droit des dessins et modèles remonte également au XIX^e siècle. Mais alors que la loi révolutionnaire de 1793 consacrant la propriété littéraire et artistique, au regard de sa « *rédaction fort générale* »¹⁸⁴², aurait pu accueillir la protection de ce qui serait plus tard le « *dessin industriel* », le droit des dessins et modèles a été mis en place par la loi du 18 mars 1806, pour satisfaire, entre autres, la demande formulée par les artisans soyeux de Lyon qui étaient, jusqu'à la Révolution française, des bénéficiaires du système des corporations, maîtrises et jurandes, et qui doutaient précisément de l'applicabilité de la loi de 1793. Cette loi de 1806 met en place un système de protection des « *dessins de fabrique* », dont la propriété s'acquiert par dépôt, qui s'étendit par la suite aux « *dessins en relief* », c'est à dire aux modèles¹⁸⁴³. Tout en passant sous silence les multiples sources de confusions créées par l'adoption d'une protection pour les dessins et modèles à part du droit de la propriété littéraire et artistique¹⁸⁴⁴, la nature juridique du droit des dessins et modèles fait, là encore, peu de doute, le droit exclusif octroyé étant qualifié de droit de propriété dans la

¹⁸³⁶ Alors que le droit des marques a pour finalité de capter une clientèle, la finalité du système des corporations est davantage d'empêcher les vols en jouant un « *rôle de police en permettant de prouver l'origine d'un objet* », J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 1549.

¹⁸³⁷ *Ibid.*, n° 1552. Il est à noter qu'entre la suppression du système des corporations au sortir de la Révolution française et l'adoption de la loi de 1857, a été adoptée une loi, la loi du 22 Germinal de l'An XI, réprimant la contrefaçon de marque. Mais ce système s'est avéré inefficace, en pratique, compte tenu de la peine manifestement trop sévère et disproportionnée face à la gravité de l'infraction commise – à savoir la peine criminelle des galères – qui n'était donc jamais appliquée, v. *ibid.*, n° 1551.

¹⁸³⁸ Loi n° 64-1360 du 31 déc. 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service, JORF du 1^{er} janv. 1965 ; J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, nos 1552-1553.

¹⁸³⁹ CPI, art. L. 712-1, al. 1^{er} : « *La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement* ».

¹⁸⁴⁰ V. par exemple P. Tafforeau, C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 4^e éd., 2015, n° 6.

¹⁸⁴¹ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1732, étant donné le principe de spécialité qui relative l'étendue de la protection (sur ce point, v. *ibid.*, n° 1376), en raison de cette perpétuité qui est conditionnée à l'accomplissement de la formalité de renouvellement obligatoire tous les 10 ans et à l'exécution de l'obligation d'exploitation, et en raison des effets de la tolérance sur le droit lui-même.

¹⁸⁴² J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 1282.

¹⁸⁴³ *Loc. cit.*

¹⁸⁴⁴ La confusion instiguée par la coexistence de ces deux protections touche en premier lieu l'objet de la protection, tant la doctrine que le juge de l'époque cherchant à distinguer maladroitement entre le dessin « *artistique* » et le dessin « *industriel* ». Si la théorie de l'unité de l'art, qui se fonde sur la pensée de Pouillet, va mettre fin à cette distinction vaine et va rendre possible la protection des dessins et des modèles également par le droit d'auteur, cette possibilité de cumul des deux protections va alors faire apparaître de nouvelles confusions, cette fois-ci entre les critères de protection propres à chaque droit.

lettre de la loi de 1806¹⁸⁴⁵ mais également dans la lettre de la loi actuelle¹⁸⁴⁶, sans que les réformes intervenues entre-temps ne reviennent sur cette affirmation¹⁸⁴⁷.

511. Postlude. Exégèse du Code de la propriété intellectuelle. – Ainsi, au contraire de ce qui peut être pensé, le Code de la propriété intellectuelle ne réserve pas l'honneur de la qualification propriétaire expresse au seul droit des marques, tous les autres droits de propriété intellectuelle – à tout le moins les droits « *principaux* », à savoir le droit d'auteur, le droit des brevets et le droit des dessins et modèles – étant également concernés. Certes, la formulation n'est pas identique d'une disposition à une autre, et, faute de localisation stratégique, la disposition faisant état d'une « *propriété* » peut parfois se fondre dans la masse normative ; mais toujours est-il que le Code parle effectivement de propriété. Tel est le cas pour le droit octroyé aux auteurs¹⁸⁴⁸, pour le droit portant sur un dessin ou un modèle¹⁸⁴⁹, pour le droit portant sur le brevet d'invention¹⁸⁵⁰ et pour le droit portant sur une marque¹⁸⁵¹. En somme, tous ces droits auraient pour berceau commun la propriété¹⁸⁵².

En dehors de la loi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a également joué un rôle non négligeable dans la détermination de la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle.

B. La consécration de la nature propriétaire dans la jurisprudence constitutionnelle

512. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle. – En droit français, certaines décisions adoptées par les sages du Conseil constitutionnel ont retenu la qualification propriétaire. Ce fut d'abord le cas de la décision du 15 janvier 1992, rendue à la suite d'un contrôle *a priori* de l'article 10 de la loi renforçant la protection des consommateurs, qui proclama le droit de marque en tant que droit de propriété¹⁸⁵³. Ensuite, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi DADVSI¹⁸⁵⁴, le Conseil a, dans une décision du 27 juillet 2006, qualifié le droit de la propriété

¹⁸⁴⁵ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, *op. cit.*, p. 27 et F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1021.

¹⁸⁴⁶ CPI, art. L. 513-2 : « *l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder* ».

¹⁸⁴⁷ L'on vise notamment la loi du 14 juil. 1909 sur les dessins et modèles, JORF n° 193 du 19 juil. 1909, qui abroge et remplace la loi du 18 mars 1806 instituant un droit des dessins et modèles, sans revenir sur la nature propriétaire de la protection ; elle semble même être renforcée, le législateur parlant de « *créateurs* » et non plus de « *fabricants* », un changement « *chargé de signification* », v. *ibid.*, n° 1024.

¹⁸⁴⁸ CPI, art. L. 111-1.

¹⁸⁴⁹ CPI, art. L. 513-2.

¹⁸⁵⁰ CPI, art. L. 611-6.

¹⁸⁵¹ CPI, art. L. 713-1.

¹⁸⁵² J. Raynard, « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 14, avr. 2013, doct. 399, n° 1.

¹⁸⁵³ Conseil constit., 15 janv. 1992, n° 91-303 DC, cons. 9.

¹⁸⁵⁴ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, préc., venant transposer la dir. 2001/29/CE, préc.

littéraire et artistique, de droit de propriété¹⁸⁵⁵. Ainsi que le relève une doctrine autorisée, cette consécration adopte « *une vision moderne du droit de propriété* »¹⁸⁵⁶ et permet au droit interne d'être en conformité avec les « *canons internationaux* »¹⁸⁵⁷. Cela étant, elle n'emporte pas de véritables conséquences sur le régime de la propriété intellectuelle, spécifiquement du droit d'auteur¹⁸⁵⁸. Par conséquent, ces consécration revêtent davantage une dimension symbolique.

À partir de ces consécration, le droit interne français voit définitivement les droits de propriété intellectuelle comme des droits de propriété. À première vue, cette unité dans la nature juridique de ces protections permettrait de les unir, de leur donner une assise commune, un « *berceau commun* », et de conforter l'utilisation du singulier dans l'expression « *droit de la propriété intellectuelle* ». Cette affirmation semble être corroborée par le traitement similaire que lui réservent les instances supranationales.

§2. En droit supranational

513. De la consécration de la nature propriétaire... – En droit européen, le droit de la propriété intellectuelle est également perçu comme un droit de propriété. Si cette consécration s'est d'abord faite timidement, elle est désormais affirmée.

Les institutions européennes que sont l'Union européenne et le Conseil de l'Europe traitent toutes deux la propriété intellectuelle comme un droit de propriété. Au niveau de l'Union, la reconnaissance se fait de manière assez timide, tant au regard des textes que de la jurisprudence. À la lecture de certaines directives, il est fait état de la nature propriétaire de la protection ; tel est le cas de la directive portant sur le droit des marques¹⁸⁵⁹ ou encore des directives portant sur le droit d'auteur¹⁸⁶⁰. Quant à la jurisprudence du juge communautaire, l'on peut faire état de quelques arrêts retenant la qualification propriétaire à propos de certains droits de propriété intellectuelle¹⁸⁶¹.

Au niveau du Conseil de l'Europe, organisation reposant sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la propriété intellectuelle fait, désormais, partie intégrante du droit de propriété. Pourtant, à première vue, le protocole additionnel n°1 de la Convention, en son article 1^{er}, n'envisage pas expressément la protection de la propriété

¹⁸⁵⁵ Conseil constit., 27 juil. 2006, n° 2006-540 DC, cons. 15 : « *Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* ».

¹⁸⁵⁶ Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2006, comm. 140, n° 1.

¹⁸⁵⁷ M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », art. préc., pp. 200-201.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 201.

¹⁸⁵⁹ Dir. (UE) 2015/2436, préc., cons. 34 et art. 22 et s.

¹⁸⁶⁰ Dans le cas des directives de 2001 dite « *société de l'information* » et de 2019 dite « *DAMUN* », ce sont respectivement les considérants 3.9 et 70 qui intègrent, au sein du droit de propriété comme droit fondamental, la propriété intellectuelle.

¹⁸⁶¹ CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin c. Terranova*, déc. préc., pt. 5, à propos du droit des marques ; CJCE, gde. ch., 12 sept. 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, pt. 65 : « *la restriction alléguée de la liberté de recevoir des informations est justifiée au regard de la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, qui font partie du droit de propriété* ».

intellectuelle en tant que droit de propriété¹⁸⁶² ; c'est au fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, retenant une conception très large de la notion de bien, que la propriété intellectuelle est amenée à être protégée en tant que bien, le juge strasbourgeois le définissant comme un « *intérêt juridiquement protégé* ». De la sorte, il est donc fait application de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la propriété intellectuelle¹⁸⁶³, ainsi que le révèlent les arrêts *Ansbeuser Busch*¹⁸⁶⁴ ou encore *Balan c. Moldavie*¹⁸⁶⁵.

Tenant compte de cette vision de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁶⁶, la consécration de la nature propriétaire de la propriété intellectuelle s'est affirmée lorsque a été adoptée la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸⁶⁷ qui, en son article 17, après avoir admis le droit de propriété comme un droit fondamental à l'alinéa 1^{er}, dispose très sobrement à l'alinéa 2 que « *[l]a propriété intellectuelle est protégée* ». Même si la formulation est extrêmement générale, voire laconique, plusieurs raisons incitent à y voir l'affirmation de la nature propriétaire de la propriété intellectuelle. D'une part, sa localisation : en intégrant cet alinéa au sein de la disposition consacrée au droit de propriété, la propriété intellectuelle est alors considérée comme telle et reçoit ainsi la qualification propriétaire ; dès lors, en étant qualifiée de droit de propriété, elle doit recevoir le même traitement et être considérée, à son tour, comme un droit fondamental, ce qui emporte certains effets quant au régime de la protection¹⁸⁶⁸. D'autre part, l'interprétation conjointe des deux alinéas : l'alinéa 2 « *[clarifie] la portée de l'alinéa 1 en faveur d'une intégration de la propriété intellectuelle* » dans l'orbite du droit de propriété, ce qui permet de soumettre la propriété intellectuelle au régime du droit de propriété ainsi qu'à ses limites telles que définies par l'alinéa 1^{er}¹⁸⁶⁹.

Du point de vue institutionnel, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui intègre le droit primaire de l'Union depuis l'adoption du traité de Lisbonne de 2007 entré en vigueur en 2009¹⁸⁷⁰, combiné à l'adhésion prévue – bien que régulièrement retardée – de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme¹⁸⁷¹, conduisent certains auteurs à se demander si les instances de l'Union, que ce soient le juge ou le législateur,

¹⁸⁶² Prot. add. n°1, art. 1^{er} : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ».

¹⁸⁶³ F. Siirriäinen, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la "fonction" du droit d'auteur dans le cadre de sa "fondamentalisation" », in *Droit économique et droits de l'homme*, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirriäinen (dir.), Larcier, 2009, nos 54-55.

¹⁸⁶⁴ CEDH, gde. ch., 11 janv. 2007, *Ansbeuser Busch Inc. c. Portugal*, préc.

¹⁸⁶⁵ CEDH, 4^e ch., 29 janv. 2008, *Balan c. Moldavie*, req. n° 19247/03.

¹⁸⁶⁶ D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006, v. « Propriété intellectuelle (Droit de la) ».

¹⁸⁶⁷ CDFUE, 7 déc. 2000, JOUE C 364/1 du 18 déc. 2000.

¹⁸⁶⁸ V. *infra* n° 514.

¹⁸⁶⁹ E. Treppoz, « Droit européen de la propriété intellectuelle », obs. préc.

¹⁸⁷⁰ Son article 6.1 donne une force juridique contraignante à la Charte ; Ch. Geiger, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *Propr. Intell.* n° 29, oct. 2008, p. 483.

¹⁸⁷¹ Cette obligation est prévue par le Traité de Lisbonne en son article 6.2, qui n'a, pour l'instant, pas encore été remplie, v. F. Merloz, « Un pas en avant vers l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *Dalloz actualité*, 12 avr. 2023.

seront incitées à adopter une vision aussi large de la propriété et de la propriété intellectuelle, jusqu'à entraîner « la consécration d'une logique propriétaire « expansionniste » dans le nouvel ordre juridique de l'Union »¹⁸⁷². En effet, la question se pose puisque, compte tenu de cette adhésion, les textes du Conseil de l'Europe trouveraient alors à s'appliquer en droit de l'Union.

514. ...à la « *fondamentalisation* »¹⁸⁷³ de la propriété intellectuelle. – Faire du droit de la propriété intellectuelle un droit de propriété à part entière au niveau supranational conduit nécessairement à voir en lui un droit fondamental¹⁸⁷⁴. En effet, si l'on considère le droit de propriété intellectuelle comme un droit de propriété¹⁸⁷⁵, et que le droit de propriété est un droit fondamental, alors, inévitablement, le droit de propriété intellectuelle est, lui aussi, un droit fondamental¹⁸⁷⁶. Jusqu'à sa consécration par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la fondamentalisation de la propriété intellectuelle n'allait pas de soi : en effet, même si la porte était ouverte pour le droit d'auteur¹⁸⁷⁷, ce phénomène ne relevait pas de l'évidence pour les autres droits de propriété intellectuelle¹⁸⁷⁸.

Désormais affirmée globalement pour l'ensemble de la propriété intellectuelle, la fondamentalisation emporte plusieurs conséquences¹⁸⁷⁹, en premier lieu desquelles la soumission de la propriété intellectuelle au contrôle de proportionnalité face à d'autres droits fondamentaux. En tant que droit fondamental, la protection fondée sur un droit de propriété intellectuelle, quel qu'il soit, pourra alors faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité face à un autre droit ou liberté fondamentale auquel elle s'opposerait dans le cadre d'un litige¹⁸⁸⁰. Subséquemment, le droit de la propriété intellectuelle n'apparaît pas comme un droit « *absolu* » : le contrôle de proportionnalité implique, comme son nom l'indique, que le droit de propriété intellectuelle soit mis en balance chaque fois qu'il entre en opposition avec un droit ou une liberté fondamentale¹⁸⁸¹, ce qui ne préjuge

¹⁸⁷² Ch. Geiger, M. Vivant, « Europe bis : la force évocatrice des mots – Vous dites propriété ? (ou la “propriété” intellectuelle dans le nouvel ordre juridique de l'Union européenne) », *Propri. Intell.* n° 35, avr. 2010, p. 755.

¹⁸⁷³ L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* n° 30-34, juil. 2010, doct. 829.

¹⁸⁷⁴ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1050 et s.

¹⁸⁷⁵ Cette assimilation n'a été rendue possible que par une lecture renouvelée de la notion de propriété qui se focalise sur l'exclusivité, le pouvoir de disposition et l'opposabilité absolue qu'elle implique, v. en ce sens : D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, v. « Propriété intellectuelle (Droit de la) ».

¹⁸⁷⁶ Ainsi, la propriété littéraire et artistique a été « *fondamentalisée*, via le droit de propriété », v. L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », art. préc., n° 5 ; F. Siirinen, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la “fonction” du droit d'auteur dans le cadre de sa “fondamentalisation” », art. préc., n° 52, qui relève que le droit d'auteur est qualifié de droit de l'homme « *par le détour par la propriété* ».

¹⁸⁷⁷ Cela a été rendu possible grâce à la DUDH de 1948, art. 25 et au PIDESC de 1966, art. 15, v. D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, v. « Propriété intellectuelle (Droit de la) ».

¹⁸⁷⁸ *Loc. cit.*

¹⁸⁷⁹ Pour un aperçu exhaustif des conséquences sur le régime de protection, v. J. Schmidt-Szalewski, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux », *RTD eur.* 2008. 405.

¹⁸⁸⁰ V. par exemple CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, req. n° 36769/08 : Ch. Geiger, « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », art. préc., p. 16 et s., spéc. n° 11 et s.

¹⁸⁸¹ Ch. Geiger, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », art. préc., p. 485.

en rien de la toute-puissance de l'un ou de l'autre droit fondamental ; le résultat du contrôle n'est en rien prévisible, celui-ci se faisant au cas par cas.

La soumission de la propriété intellectuelle au contrôle de proportionnalité, du fait de son caractère désormais fondamental, a fait l'objet de vives critiques en doctrine, certains auteurs se posant la question (qui demeure, pour l'instant, sans réponse) de l'articulation entre ce contrôle et le test en trois étapes¹⁸⁸², ce dernier induisant déjà, en soi, une idée de proportionnalité, de recherche d'équilibre¹⁸⁸³, et d'autres auteurs n'y voyant ni plus ni moins que la source du déclin de la propriété intellectuelle¹⁸⁸⁴. Cependant, il ne faut pas ignorer que la fondamentalisation de la propriété intellectuelle est source d'harmonisation et d'unité quant au régime des droits de propriété intellectuelle¹⁸⁸⁵ et, partant, de *la* propriété intellectuelle, puisque la même règle – la mise en balance des intérêts en présence lors d'un litige – a vocation à être appliquée pour tout droit de propriété intellectuelle quel qu'il soit¹⁸⁸⁶.

515. Conclusion du Chapitre I. – Bien que la propriété intellectuelle soit positivement considérée comme un droit de propriété, l'approche historique révèle de nombreuses instabilités qui, sans doute, trahissent le malaise d'une telle qualification.

Bien que les décrets-lois révolutionnaires adoptés en France aient consacré la nature propriétaire des droits des auteurs et des inventeurs, cette consécration ne s'est pas suivie d'effets et, *a fortiori*, n'a pas été suivie dans son principe même puisque, au sortir de la Révolution française, le législateur s'en est détourné. La jurisprudence en a fait de même, et ce manque de cohérence a permis le développement de nombreuses théories retenant ou réfutant la qualification propriétaire, au cours des XIX^e et XX^e siècles.

La redécouverte de la notion de propriété intellectuelle, notamment dans la seconde moitié du XX^e siècle¹⁸⁸⁷ a permis un « *retour en force* » de la qualification propriétaire, désormais explicitement consacrée pour certains droits de propriété intellectuelle. Pour autant, le législateur national n'a pas entrepris une véritable réflexion sur la nature juridique de ce droit, de sorte que ces consécrationes sont essentiellement symboliques. La consécration émanant des instances

¹⁸⁸² E. Treppoz, « Droit européen de la propriété intellectuelle », obs. préc.

¹⁸⁸³ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 411, fustigeant le recours à de multiples concepts, tels que le « *juste équilibre* » qui viennent consommer toujours plus la propriété intellectuelle, particulièrement le droit d'auteur, au détriment de son esprit.

¹⁸⁸⁴ P.-Y. Gautier, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. Intell.* n° 54, janv. 2015, p. 10 et s.

¹⁸⁸⁵ Cette idée est partagée par A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014, n° 575.

¹⁸⁸⁶ Mais encore faut-il savoir ce qui relève de cette notion de propriété intellectuelle, la légitimité de cette fondamentalisation étant sujette à discussion vis-à-vis de certaines protections. En ce sens, le professeur Galloux estime que si la fondamentalisation est légitime pour les protections portant sur les fruits du génie humain, telles que le droit d'auteur et le droit des brevets, elle l'est moins pour les protections fondées sur un investissement financier, telles que les droits voisins octroyés aux producteurs, et les protections fondées sur un premier usage, telles que les droits portant sur les signes distinctifs. *In fine*, il considère que la protection conférée par la fondamentalisation du droit « *doit varier selon le rayonnement personnel de ces droits* », v. D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, v. « Propriété intellectuelle (Droit de la) ».

¹⁸⁸⁷ V. *supra* n° 35.

supranationales n'apporte pas davantage d'éclaircissements et, en ce sens, il est permis de douter que le droit de propriété au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'entende de la même manière que le droit de propriété de l'article 544 du Code civil. La conséquence principale de la consécration de la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle est son intégration au sein des droits fondamentaux, permettant sa mise en balance avec les autres droits et libertés fondamentaux.

En somme, la qualification propriétaire, en apparence porteuse de cohérence, n'offre pas l'unité qualifiante dont le droit de la propriété intellectuelle a besoin compte tenu du décalage existant entre celui-ci et le droit de propriété, ce qui renforce un peu plus l'idée que la qualification propriétaire est une « *étiquette* »¹⁸⁸⁸. L'étude des objets de droit propres à la propriété intellectuelle et au droit commun des biens révèlent, en ce sens, une distanciation significative entre les deux protections.

¹⁸⁸⁸ V. *supra* n° 33.

Chapitre II. La qualification propriétaire rejetée par l'étude de l'objet de propriété intellectuelle

516. L'inadéquation de la qualification propriétaire vis-à-vis de l'objet de propriété intellectuelle. – La nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle ne relève pas de l'évidence, surtout au regard de son objet. Cet objet, de nature immatérielle et ubiquitaire¹⁸⁸⁹, est dissemblant de l'objet du droit de propriété qui est, quant à lui, de nature corporelle. L'assiette du droit est alors diamétralement différente : alors que l'assiette du droit de propriété est naturellement définie par les limites matérielles de son objet, l'assiette du droit de propriété intellectuelle doit être construite étant donné l'absence de limites matérielles de son objet. C'est aussi dans la manière d'acquérir le droit privatif que la différence se lit. Alors que le droit de propriété s'acquiert par une maîtrise physique de la chose corporelle, le droit de la propriété intellectuelle ne peut s'acquérir dans une maîtrise physique de la chose immatérielle ubiquitaire ; d'autres modes d'acquisition, différents de ceux existants en droit commun, sont alors sollicités pour recréer ce lien d'appropriation. Autrement dit, la divergence des objets se dessine tant dans la dissemblance de l'assiette du droit (Section 1) que dans la particularisation du mode d'acquisition du droit (Section 2).

Section 1. La dissemblance de l'assiette du droit

517. Une différence de nature difficilement surmontable. – Entre l'objet du droit de propriété et l'objet du droit de propriété intellectuelle, l'assiette du droit est si différente qu'elle ne peut être déterminée et protégée de manière semblable. Même si certains éléments peuvent se retrouver aussi bien dans l'un que dans l'autre, cela ne suffit pas pour établir un parallèle. En ce sens, la différence de nature caractérisant les objets (§1) ne peut être surpassée par le rapprochement que peut permettre le critère de la valeur (§2).

§1. La différence de nature de l'objet de droit

518. Nature corporelle et nature ubiquitaire. – L'identification de l'assiette du droit passe par l'identification de l'objet de ce droit. Si l'assiette du droit de propriété est naturellement définie par la matérialité de son objet, celle du droit de propriété intellectuelle ne peut être limitée à un tel objet, ce dernier étant doué d'ubiquité.

519. L'assiette du droit de propriété déterminée par la matérialité de l'objet. – L'objet du droit de propriété, un bien de nature matérielle qui peut être meuble ou immeuble, est naturellement enserré dans des limites matérielles, spatiales et temporelles. En effet,

¹⁸⁸⁹ V. *supra* n° 57.

indépendamment de toute intervention humaine, que ce soit pour détruire ou pour conserver, tout objet, toute chose dans son sens générique est prisonnière de la matière qui le compose. Elle est ainsi sujette à emprise spatiale, temporelle et matérielle qui facilite le travail du législateur consacrant la notion de propriété comme manifestation de la liberté individuelle. Le droit de propriété n'a donc aucunement besoin qu'on lui définisse des limites que la Nature a, elle-même, prédéfinies, tant au regard de ses caractères qu'au regard de ses prérogatives. S'agissant d'abord de ses prérogatives, il est possible, comme le révèle le triptyque *usus-fructus-abusus*, d'en livrer une définition englobante ; voire, il est envisageable de se passer de toute définition des prérogatives puisque le droit de propriété est absolu. À ce titre, s'agissant ensuite de ses caractères, leur envergure et leur importance se révèlent justement dans la matérialité de l'objet : le droit de propriété est absolu, perpétuel et exclusif parce que l'absoluité, la perpétuité et l'exclusivité sont permises par cette matérialité sur laquelle l'on est en mesure d'exercer une emprise physique. Mais également et précisément en raison de ce caractère « matériel » de la chose, la propriété conférée subit les limites de la physique : la propriété est perpétuelle mais l'objet sur lequel elle porte ne l'est pas en raison de son vieillissement inéluctable, la propriété est absolue mais un tiers peut venir détruire le bien ou le dégrader par l'usage qu'il en fait. La propriété vise donc à organiser les aléas externes à l'objet et à investir le propriétaire de la protection la plus large possible, eu égard à l'existence des contingences de la matérialité. La propriété emporte des actions possessoires et pétitoires parce que la chose matérielle est susceptible d'être utilisée, transportée, détruite par un tiers et que la réparation de ce préjudice est possible par des actions en revendication ou en dommages et intérêts. Ainsi, si la définition du droit de propriété est empreinte de dogmatisme¹⁸⁹⁰, il convient de relever qu'elle est également empreinte de pragmatisme et de réalisme.

520. L'assiette du droit de propriété intellectuelle indéterminable, sans intervention légale face à l'ubiquité de l'objet. – Au contraire de l'objet corporel du droit de propriété, la nature de l'objet de droit de propriété intellectuelle empêche, voire interdit la détermination de son régime à partir de celle-ci. À titre de précision liminaire, ce n'est pas tant la nature immatérielle de l'objet de propriété intellectuelle qui constitue un tel obstacle. En effet, et en guise d'illustration, le fonds de commerce, bien de nature incorporelle, est appréhendé par les éléments qui le composent qui peuvent être matériels, tels que les marchandises, mais également immatériels, tels que la clientèle. La présence d'éléments considérés comme étant immatériels n'empêche aucunement l'appréhension du fonds de commerce en tant qu'objet de propriété, tant dans ses éléments que globalement en tant qu'universalité de fait. La situation est encore différente en droit de la propriété intellectuelle : l'objet de propriété intellectuelle n'est pas seulement immatériel, il est aussi et surtout doué d'ubiquité¹⁸⁹¹. Or, l'obstacle réside dans sa dimension ubiquitaire : tout en étant intimement liée à la matière qui lui permet d'exister factuellement, l'objet de propriété intellectuelle s'émancipe juridiquement de son support matériel pour accéder à une existence juridique autonome. Mais, au

¹⁸⁹⁰ V. *infra* n° 571.

¹⁸⁹¹ V. *supra* n° 66.

contraire de l'objet de droit de propriété, bien corporel, l'objet de propriété intellectuelle, ubiquitaire, ne bénéficie pas d'une prédéfinition spatiale, matérielle et temporelle, ce qui a pour conséquence une absence de définition de l'assiette du droit de propriété intellectuelle¹⁸⁹². Il revient donc inéluctablement au législateur qui décide d'adopter une telle protection d'en définir les contours. Il ne suffit pas de consacrer le droit de propriété intellectuelle compte tenu, justement, de la nature ubiquitaire de son objet ; il faut encore déterminer la chose objet de la propriété intellectuelle et limiter les attributs qui s'y attachent qui seraient sinon excessivement larges, en raison du caractère naturellement ubiquitaire de cette chose qui n'est ni limitée dans le temps, ni dans l'espace par la matière. L'objet couvert par un propriété intellectuelle, par exemple l'invention donnant prise au brevet, ne peut pas en tant que tel être détruit par un tiers, il ne subit pas les affronts du temps, il existe potentiellement universellement en tous les endroits où la pensée humaine peut être communiquée. Il en ressort un droit de propriété intellectuelle *nécessairement* limité spatialement, temporellement et matériellement¹⁸⁹³ par le législateur. C'est essentiellement par imitation de la propriété corporelle que ce travail de délimitation a été opéré. Même si la notion de valeur, dont nous avons discuté la pertinence¹⁸⁹⁴, établit un pont entre l'objet de propriété et l'objet de propriété intellectuelle, ce rapprochement ne permet pas d'araser cette différence de nature.

§2. Le rapprochement limité par la valeur de l'objet

521. La valeur, un critère commun mais incident. – Objet de droit de propriété et objet de droit de propriété intellectuelle sont liés par une idée de valeur. Si elle n'est pas explicitée comme telle en droit commun des biens, la prééminence des biens immeubles par rapport aux biens meubles fait comprendre que, par exemple, à l'époque où le Code civil a été rédigé, l'on s'est attaché de manière spécifique aux biens présentant la valeur la plus importante que sont les terres et les bâtisses. Le plan du Livre II du Code civil, traitant « *Des immeubles* » dans un Chapitre I^{er}, révèle l'importance de la place réservée aux biens immeubles. Également, c'est l'augmentation de la valeur que représentent les choses immatérielles qui a justifié, entre autres, la mise en place de protection spécifiques s'éloignant du droit commun des biens, au premier lieu desquelles figure le droit de la propriété intellectuelle. Présagée par Savatier, adoptée par la jurisprudence de la CEDH¹⁸⁹⁵, la valeur permet de légitimer le principe de l'appropriation privative. Mais suffit-elle à son octroi ?

En droit positif interne, la réponse semble négative, tant du côté du droit commun des biens que du côté du droit de la propriété intellectuelle. Si, en droit commun des biens, la valeur est mobilisée comme un critère redéfinissant la notion de bien¹⁸⁹⁶, elle n'emporte pas de bouleversements

¹⁸⁹² J. Raynard, « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 14. Ph. Gaudrat, « La propriété intellectuelle ; pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011. 562, n° 3 ; J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », art. préc., p. 440.

¹⁸⁹³ V. *supra* n° 361 et s.

¹⁸⁹⁴ V. *supra* n° 73 et s.

¹⁸⁹⁵ V. *supra* n° 79.

¹⁸⁹⁶ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 295 et s.

significatifs en son sein : le critère physique ne disparaît pas pour constater l'appropriation et la *summa divisio* entre les biens meubles et immeubles se maintient¹⁸⁹⁷. La prise en compte de la valeur en droit commun des biens ne perturbe pas réellement son noyau dur mais davantage ses frontières face au développement de protections spécifiques.

En droit de la propriété intellectuelle, la prééminence de la valeur, préconisée un temps comme critère fédérateur¹⁸⁹⁸, aurait pu bouleverser le fragile équilibre trouvé au sein de la matière. Mais, là encore, le critère de la valeur, bien que permettant de contribuer à définir l'objet de propriété intellectuelle autant que l'objet de droit de propriété, n'est pas davantage pris en compte à lui seul pour justifier la reconnaissance d'une protection privative. En somme, la valeur permet de justifier l'adoption d'une protection privative portant sur des choses, corporelles ou incorporelles – et avec ces dernières les choses ubiquitaires –, mais nullement d'octroyer à elle seule ladite protection. En somme, le critère de la valeur manque de pertinence pour opérer la comparaison voire l'assimilation entre l'objet de propriété intellectuelle et l'objet de propriété.

La divergence des objets protégés, qui se lit par la dissemblance de l'assiette du droit, se poursuit dans la manière dont s'acquiert le droit sur ces objets.

Section 2. La particularisation du mode d'acquisition du droit

522. Le droit de la propriété intellectuelle s'acquiert différemment d'un droit de propriété.

– Si la nature immatérielle, incorporelle de l'objet de propriété intellectuelle ne constitue plus un obstacle à son appropriation¹⁸⁹⁹, la question de la nature juridique de cette appropriation n'est toujours pas tranchée. Pour entamer l'analyse, il convient tout d'abord de comparer les modes d'acquisition du droit de propriété et du droit de propriété intellectuelle.

Le droit commun des biens prévoit plusieurs manières dont peut s'acquérir la propriété, répertoriés aux articles 711 et 712 du Code civil. La première disposition prévoit que « [l]a propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations », et la deuxième disposition énonce que « [l]a propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription ». À cette liste s'ajoute, sans aucun doute, le mécanisme de la possession sur lequel reposent l'occupation, l'usucapion et la possession en matière de meubles¹⁹⁰⁰. Bien que le Code civil dresse un inventaire des différentes manières dont s'acquiert la propriété, une doctrine civiliste autorisée remarque que cet inventaire est incomplet¹⁹⁰¹. Il convient, en effet, de relever qu'aucun

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 312 et s.

¹⁸⁹⁸ V. *supra* n° 81 et s.

¹⁸⁹⁹ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 294 et s., spéc. p. 297.

¹⁹⁰⁰ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 386. La possession est, évidemment, un autre mode d'acquisition de la propriété prévu par l'article 2276 du Code civil, mais qui ne vaut que pour les biens meubles, d'où son absence au sein des dispositions susmentionnées qui font partie des dispositions générales du Livre III du Code civil intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ».

¹⁹⁰¹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens, les obligations*, t. 2, PUF, 2^e éd., 2017, n° 768 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 172. Les auteurs font cette précision entre parenthèses et ajoutent sans détour l'occupation et la création comme autres modes à la suite de l'énumération de l'article 712, v. *ibid.*, p. 274. Ils précisent que la typologie des modes d'acquisition, telle que présentée par le Code civil aux articles 711 et suivants,

de ces modes d'acquisition ne correspond, *a priori*, aux modes d'acquisition spécifiques du droit de la propriété intellectuelle, que sont la création et le dépôt (§1). Dès lors, penser la propriété intellectuelle comme une propriété conduit à élargir la définition des modes d'acquisition traditionnels de la propriété à ces autres formes, en raison de l'impossibilité de les y appliquer dans ce domaine (§2).

§1. L'acquisition indiscutable du droit de propriété intellectuelle par des modes spécifiques

523. La création et le dépôt, des modes d'acquisition spécifiques. – Le droit de propriété intellectuelle peut s'acquérir par la création ainsi que par le dépôt. Ces deux modes d'acquisition n'ont rien de substituables, chacun d'entre eux ouvrant la voie à des régimes de protection différents. Précisément, la création permet d'obtenir un droit de propriété littéraire et artistique (un droit d'auteur), tandis que le dépôt est, en général, constitutif¹⁹⁰² d'un droit de propriété industrielle (l'ensemble des régimes abrités par cette catégorie obéissent, en effet, à un système de dépôt auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle). Alors que le premier correspond à un fait juridique¹⁹⁰³, le second s'analyse comme un acte juridique. D'ailleurs, il est à noter que ces deux modes d'acquisition de la propriété intellectuelle représentent, d'une certaine manière, l'un des derniers, voire le dernier rempart nourrissant le clivage entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle. Une part assez importante de la doctrine participe à l'ébranlement de ce rempart, en faisant de la création – c'est-à-dire le fait créatif – non seulement un mode d'acquisition à part entière, mais aussi et surtout « *le* » mode d'acquisition de la propriété intellectuelle¹⁹⁰⁴, autrement dit, le mode d'acquisition transversal et commun à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, l'importance donnée à la formalité du dépôt peut encore être relativisée dans la mesure où, même s'il est constitutif de droit, l'existence de la protection n'a de raison d'être que parce qu'elle porte sur un objet identifié. Or, cet objet ne résulte pas de la délivrance du titre faisant suite à la procédure de dépôt¹⁹⁰⁵ ; l'objet de la protection réside dans l'objet visé par le titre délivré que constitue le signe, l'invention ou encore le dessin ou modèle. *A fortiori*, le caractère constitutif du dépôt n'empêche pas de remettre en cause, à tout moment, la protection qui a été octroyée dans le cadre d'un litige¹⁹⁰⁶. Enfin, l'on peut mentionner l'existence d'objets de propriété industrielle qui peuvent bénéficier d'une protection sans passer par le chemin du dépôt, tels que le

« *impute confusion et incomplétude* », et relèvent l'absence de modes qui en sont également, tels que la production (qui devrait, selon eux, « *absorber le volet de l'accession relatif aux fruits* ») et la création « *qui s'impose désormais comme une source éminente de propriété* », v. *ibid.*, n° 187.

¹⁹⁰² V. *infra* n° 525.

¹⁹⁰³ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 45.

¹⁹⁰⁴ V. en ce sens A. Szkopinski, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, *op. cit.*, n° 776, qui considère la création comme la « *clé de voute du droit de la propriété intellectuelle* ».

¹⁹⁰⁵ Même si dans une conception large de la notion de bien, une simple demande de titre de propriété industrielle, en tant qu'*intérêt juridiquement protégé*, s'analyse comme tel, CEDH, gde. ch., 11 janv. 2007, *Ansheuser Busch Inc. c. Portugal*, déc. préc.

¹⁹⁰⁶ En effet, le dépôt établit une présomption simple de titularité qui peut donc être renversée, v. *infra* n° 525.

dessin ou modèle communautaire non enregistré prévu par le règlement (CE) n°6/2002 ou encore la marque notoire¹⁹⁰⁷.

Mais pour respecter cette dichotomie sur laquelle s'appuie le droit positif¹⁹⁰⁸, seront envisagés à la suite ces deux modes d'acquisition que sont la création et le dépôt.

524. La création, mode d'acquisition du droit d'auteur. – La création, qui s'entend ici comme le fait créatif, au départ de la protection, peut être définie comme « *un fait juridique résultant d'une activité humaine consciente qui entraîne une modification de la réalité* »¹⁹⁰⁹. En propriété littéraire et artistique, et spécifiquement en droit d'auteur, elle fonde, à elle seule, la naissance de la protection, ainsi que le prévoit expressément l'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁹¹⁰.

Ainsi que cela a déjà été relevé, une part de la doctrine voit dans la création un autre mode d'acquisition de la propriété, même si celui-ci n'est pas prévu par le Code civil¹⁹¹¹. Inévitablement, en raison de ce silence, il doit alors être envisagé par des dispositions spéciales¹⁹¹², ainsi que le fait l'article L. 111-1 susmentionné. Envisager la création comme mode d'acquisition du droit de propriété intellectuelle implique de saisir ce mode dans sa globalité pour apprécier l'entièreté de sa spécificité. En ce sens, la création apparaît comme un mode d'acquisition spécifique en ce qu'il ne suffit pas de créer pour être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ; encore faut-il que la création prétendant à la protection présente certaines qualités, réponde à certaines conditions qui sont précisément définies par chaque droit de propriété intellectuelle. Parmi ces diverses conditions, l'une d'elles, la nouveauté, revêt une dimension transversale, ce qui peut inciter à mettre en avant cette caractéristique pour tenter de définir l'objet qu'appréhende la matière, sans éluder les spécificités sa mise en œuvre¹⁹¹³. L'identification unitaire de l'objet de propriété intellectuelle semble davantage passer par l'architecture des modalités qui composent ce mode d'acquisition que sont l'exigence de forme et les conditions requises propres à chaque régime de protection¹⁹¹⁴.

¹⁹⁰⁷ V. *infra* n° 533.

¹⁹⁰⁸ V. la structure du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁹⁰⁹ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 45.

¹⁹¹⁰ Ce texte dispose que « [l]'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous », nous soulignons.

¹⁹¹¹ L'on peut tout de même relever qu'un auteur situe la création dans le cadre de la spécification prévue par l'article 570 du Code civil, plus précisément comme une catégorie spéciale de la spécification, S. Becquet, *Le bien industriel*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁹¹² Ainsi que l'avaient prédit les rédacteurs du code civil, v. en ce sens L. Moscati, « Napoléon et la propriété intellectuelle », *Rev. hist. droit* vol. 84, n° 4, oct.-déc. 2006, p. 556 : « *Si les juristes napoléoniens concevaient clairement que les droits des auteurs relevaient de la sphère de la propriété matérielle, ils ont "évidemment supposé que d'autres lois s'en occuperaient, qu'elles le suppléeraient et le complèteraient à cet égard". Sans doute la configuration de ces dispositions leur apparaissait-elle encore trop fluctuante* ».

¹⁹¹³ V. *supra* n° 295 et s.

¹⁹¹⁴ Chaque droit de propriété intellectuelle repose sur cette structure : le droit d'auteur passe par la caractérisation d'une œuvre de l'esprit – l'exigence de forme – qui doit être originale – la condition requise ; il en est de même en droit des brevets qui requiert l'existence d'une invention qui doit remplir certaines conditions de brevetabilité. Au demeurant, les plans d'ouvrage retenus révèlent parfaitement cette structure, v. pour le droit d'auteur M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, ou encore Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, et pour le droit des brevets J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.* Au surplus, nous renvoyons vers le plan de la première partie de la thèse qui repose implicitement sur cette structure.

En somme, malgré son caractère spécial, la création est un mode d'acquisition de la propriété, en l'occurrence de la propriété intellectuelle, que les auteurs n'hésitent pas à qualifier comme tel. Le dépôt, autre mode d'acquisition, ne fait pas exception à ce constat.

525. Le dépôt, mode d'acquisition de la propriété industrielle. – En propriété intellectuelle, plus spécifiquement en propriété industrielle, le dépôt constitue un autre mode d'acquisition de la propriété. Envisager ses rapports avec la propriété implique de revenir d'abord sur sa nature constitutive de droit.

La procédure de dépôt, obligatoire pour toute personne souhaitant se voir reconnaître un droit de propriété industrielle, est constitutive de droit¹⁹¹⁵. Le doute n'a plus lieu d'être. En droit des marques, le caractère constitutif du dépôt est explicité par l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement* »¹⁹¹⁶. Cette disposition « *maintient évidemment la règle selon laquelle seul le dépôt, à l'exclusion de l'usage, fait naître le droit à la marque* »¹⁹¹⁷. En droit des brevets, « *[l]'appropriation de l'invention (...) va se faire par le jeu d'une procédure strictement réglementée, appelée « dépôt de demande de brevet d'invention » ou, plus simplement, « dépôt »* »¹⁹¹⁸. Enfin, le dépôt en droit des dessins et modèles est, depuis la réforme du 25 juillet 2001¹⁹¹⁹, constitutif de droit « *dans la mesure, bien sûr, où il a débouché sur l'enregistrement (article L. 511-9)* »¹⁹²⁰. Le dépôt étant désormais constitutif et non plus seulement déclaratif de droit, « *le droit des dessins et modèles s'aligne sur les droits de brevet et de marque, redonnant ainsi son unité à la propriété industrielle* »¹⁹²¹. Le dépôt, dès lors qu'il conduit à la délivrance du titre par le directeur de l'Institut National de la Propriété Industrielle, crée alors, au profit du déposant, une présomption simple de propriété qui pourra être renversée par toute personne revendiquant la qualité de propriétaire, la charge de la preuve incombant alors à cette dernière.

En somme, doté de mécanismes propres, le droit de la propriété intellectuelle s'accommode en effet difficilement des modes d'acquisition du droit commun.

¹⁹¹⁵ A. Robin, *Propriété intellectuelle et indivision*, th. Univ. Montpellier 1, 2001, n° 93 et s.

¹⁹¹⁶ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1561, estime que cette formule n'est pas heureuse, l'enregistrement étant seulement déclaratif puisque ce qui est pris en compte pour faire débiter la protection est le dépôt de la demande d'enregistrement. Si l'on veut être précis, ce sont « *les effets de l'enregistrement [qui] rétroagissent à la date du dépôt (article L. 712-1, al. 2)* ».

¹⁹¹⁷ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 1650 ; *adde.* P. Mathély, *Le droit français des signes distinctifs*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1984, p. 234, notant que « *l'usage n'est [...] plus un mode d'acquisition du droit sur la marque* ».

¹⁹¹⁸ J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Librairies techniques, 1984, n° 541 ; *adde.* A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001, n° 335, citant H. Vialleton, *Du rôle juridique du dépôt dans les diverses branches de la propriété industrielle*, th. Univ. Montpellier, 1941, n° 5.

¹⁹¹⁹ Ord. n° 2001-670 du 25 juil. 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications, préc.

¹⁹²⁰ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1114 ; *contra.* F. Greffe, P. Greffe, *Traité des dessins et modèles, op. cit.*, n° 930 : les auteurs estiment que, malgré la réforme, le dépôt a conservé son caractère déclaratif dans la mesure où l'article L. 511-9 ne pose qu'une présomption simple de titularité qui peut être renversée à tout moment. Cependant, cet argument n'emporte pas approbation puisque le fait de pouvoir renverser la présomption n'entache pas la nature constitutive du droit, *a fortiori* si personne ne remet en cause (que ce soit de bonne ou de mauvaise foi) la titularité de la personne qui a effectué le dépôt.

¹⁹²¹ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 1387.

§2. L'acquisition impossible du droit de propriété intellectuelle par les modes traditionnels

526. L'exclusion du mécanisme de l'accession. –Si l'affirmation mérite néanmoins d'être vérifiée à propos de la possession, elle peut être d'ores et déjà confirmée s'agissant de l'accession. L'accession est un mode d'acquisition de la propriété, prévue aux articles 546 et suivants du Code civil, et définie de la manière suivante : « [L]a propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement »¹⁹²². Il est courant de voir dans l'accession une application de l'adage *accessorium sequitur principale* qui signifie « l'accessoire suit le principal ». Pourtant, les notions d'accession et d'accessoire ne sont pas à confondre¹⁹²³. L'accession peut avoir lieu par production¹⁹²⁴ ou bien par incorporation¹⁹²⁵. L'accession par production vise les fruits qui sont produits par la chose¹⁹²⁶, tandis que l'accession par incorporation implique l'union de deux choses en vue de l'apparition d'une chose nouvelle¹⁹²⁷. De même que pour la possession, l'accession mobilière est une notion empreinte de matérialité ; mais cela n'empêche pas de défendre la thèse de l'application de l'accession mobilière en matière de biens incorporels, une thèse qui a ses partisans¹⁹²⁸ mais aussi ses détracteurs¹⁹²⁹. Quoi qu'il en soit, son application en matière de meubles incorporels est visiblement paralysée si l'on en croit l'avant-projet Capitant qui, même s'il n'empêche pas de poursuivre la réflexion en doctrine, met, pour l'instant, fin au débat. À la lecture de l'avant-projet de réforme du droit des biens, datant déjà

¹⁹²² C. civ., art. 546, al. 1^{er}.

¹⁹²³ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 112 ; *adde.* F. Cohet, *Rép. dt. civ.*, v. « accession », avr. 2016, maj. janv. 2024, spéc. n° 3 et n° 8.

¹⁹²⁴ C. civ., art. 547 et s.

¹⁹²⁵ C. civ., art. 551 ; art. 552 et s. pour l'accession immobilière ; art. 565 et s. pour l'accession mobilière.

¹⁹²⁶ Sur le sujet, v. M. Jaoul, *La notion de fruits : étude de droit privé*, Défrénois, 2018. Toutefois, certains auteurs n'y voient pas véritablement une accession car « le droit qu'a le propriétaire de percevoir les fruits de la chose est la conséquence même de son droit de propriété », Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, 10^e éd., 2023, n° 188 ; *adde.* F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 138, qui ne voient pas dans l'accession par production une véritable accession mais pour des raisons différentes, l'accession par production étant « une application du principe de l'accessoire, technique distincte de celle de l'accession », la différence entre l'accession et l'accessoire ayant été faite par les auteurs en amont, v. *ibid.*, n° 112.

¹⁹²⁷ D'après la loi, sont ainsi des accessions par incorporation la spécification, C. civ., art. 570, le mélange, art. 573, et l'adjonction, art. 566. Cependant, les professeurs Zenati-Castaing et Revet considèrent que la spécification « n'est pas intrinsèquement un cas d'accession » car l'accession porte sur l'union de deux choses, la spécification vise la transformation d'un meuble par le travail, faisant de celui-ci une chose nouvelle, or « il ne peut pas y avoir union de la matière et du travail » en termes d'accession, mais aussi compte tenu de l'importance grandissante accordée à l'industrie, au travail qui « est non seulement considéré comme une chose, mais, mieux, comme une chose principale, à laquelle la matière se serait agrégée en position accessoire ». V. F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 140.

¹⁹²⁸ P.-Y. Gautier, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien », *D.* 1988, chron. 152 et P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 681, spécifiquement pour les œuvres composites avec l'exemple topique de l'adaptation audiovisuelle, mais également pour les obtentions végétales. Plus largement en matière incorporelle, Th. Revet, *La force de travail, op. cit.*, n° 414 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008, n° 304 et s.

¹⁹²⁹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.* n° 935 ; B. Edelman, comm. ss. CA Paris, 4^e ch. A, 12 déc. 1995, « Un film de montage d'archives constitue une œuvre protégée », *D.* 1997. 237, n° 9 ; S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, th. Univ. Montpellier 1, 1999, n° 606 ; *adde.* A. Robin, *Propriété intellectuelle et indivision, op. cit.*, n° 87 et s., qui nuance son opinion selon qu'il s'agisse d'accession par production ou d'accession par incorporation : l'avis de l'auteure est plus réservé pour le premier type d'accession, en revanche elle envisage le second uniquement pour les œuvres composites ou dérivées.

de 2008, l'on comprend qu'il ne prévoit aucunement de rendre applicable le mécanisme de l'accession aux meubles incorporels, ceux-ci n'étant pas abordés par ses articles 563 et suivants¹⁹³⁰. Cette circonstance, combinée aux très rares occurrences de l'accession mobilière en propriété intellectuelle¹⁹³¹ – si tant est que ces occurrences soient effectives –, nous incitent à ne pas envisager l'accession mobilière pour se concentrer sur la possession.

527. La possession en propriété intellectuelle. – Le mécanisme de la possession abrite plusieurs modes d'acquisition. Les modes suscitant notre intérêt dans cette étude sont la possession par l'occupation et la possession dite de bonne foi¹⁹³², qui seront analysés successivement. À ce propos, il peut être reproché de distinguer des mécanismes qui pourraient relever d'une théorie plus globale de la possession¹⁹³³. Pour autant, même si l'occupation (A) et la possession de bonne foi (B) sont des mécanismes reliés par leurs fonctions probatoire et acquisitive communes, ils répondent à des régimes différents¹⁹³⁴ justifiant leur traitement séparé.

A. Le mécanisme de l'occupation en propriété intellectuelle

528. L'occupation, un mode d'acquisition de la propriété. – L'occupation a été définie par Pothier comme « *le titre par lequel on acquiert le domaine de propriété d'une chose qui n'appartient à personne en s'en emparant dans le dessein de l'acquérir* »¹⁹³⁵. De cette définition peuvent être déduites deux conditions pour que naisse la propriété : « *le caractère non approprié de la chose* », c'est-à-dire une *res*

¹⁹³⁰ Association H. Capitant, *Avant-projet de réforme du droit des biens. Propositions de réforme du Livre II*, *op. cit.*

¹⁹³¹ Outre l'œuvre composite et les obtentions végétales, un arrêt isolé en droit d'auteur portant sur l'articulation entre les supports vierges et l'œuvre de l'esprit peut être relevé. Classiquement, le juge favorisait celui qui avait financé les supports, mais un arrêt de Cour d'appel de 2017 semble avoir fait appel aux règles de l'accession, v. CA Paris, 16 juin 2017, cité par M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 437.

¹⁹³² S'agissant de l'usucapion, une analogie peut être faite avec la forclusion par tolérance en droit des marques, en ce sens A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, n° 470 et s. Mais, en réalité, la forclusion par tolérance ne consiste ni en une usucapion, ni une prescription extinctive, v. F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1630 ; *adde.* E. Le Bihan, T. Delory, J.-Cl. Marques – *Dessins et modèles*, « Perte de droit à agir : forclusion par tolérance », fasc. préc., n° 1 : « *Le cas de la forclusion par tolérance est plus atypique que les cas de déchéance pour cause de déchéance et pour défaut d'exploitation, et n'a ni pour conséquence de transformer le bien en res nullius ni en res communes. La raison en est simple, il ne s'agit pas stricto sensu d'un cas de perte du droit à la marque, mais d'une limitation apportée à la capacité à opposer son titre à un tiers. Perte de droit, et non perte du droit* ». De manière générale, toute forme d'usucapion est réfutée en propriété intellectuelle, v. en ce sens F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 935.

¹⁹³³ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens, les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 789, considère qu'« [i]l y aurait une synthèse à tenter entre toutes les possessions qui sont en suspension dans le [Code civil] », notamment la théorie de l'apparence, mais aussi et surtout « *la notion moderne de l'occupation* ».

¹⁹³⁴ Ainsi que le relève le professeur Dross, la possession par occupation « *n'a pas à revêtir les caractères exigés par l'article 2261 du Code civil* » de la possession de bonne foi, v. W. Dross, *Droit des biens*, LGDJ, 6^e éd., 2023, p. 231, note de bas de page n° 3.

¹⁹³⁵ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 340, citant R.-J. Pothier, *Traité du domaine de propriété*, Debure, 1776.

nullius ou encore une *res derelictae*, c'est-à-dire une chose abandonnée¹⁹³⁶, et « *le fait de s'emparer de cette res [...] afin de la garder pour soi* »¹⁹³⁷.

L'occupation est un mode d'acquisition originaire¹⁹³⁸ de la propriété légalement prévu qui ne bénéficie pas des honneurs d'une disposition générale¹⁹³⁹. Son régime est, dès lors, quelque peu disséminé dans le Code civil, aux articles 539, 713, 715 et 717¹⁹⁴⁰. Par ailleurs, il n'est pas aisé de situer l'occupation par rapport aux autres modes d'acquisition, notamment par rapport à la possession : la question de savoir si l'occupation est une déclinaison de la possession ne connaît pas de réponse définitive, toutes les voix s'étant exprimées à ce sujet ayant un argument à faire entendre. En effet, il est possible d'entendre ceux qui abritent l'occupation sous le parapluie de la possession¹⁹⁴¹, ceux qui considèrent que la source de l'occupation n'est pas la possession¹⁹⁴², et ceux qui semblent retenir une vision médiane, considérant qu'en matière d'occupation, « *[l]a préhension requise n'est qu'un diminutif très appauvri de la possession : c'en est seulement le premier acte, la prise de possession* »¹⁹⁴³.

529. L'occupation, un mode d'acquisition illusoire de la propriété intellectuelle face à la création. – Au regard de la définition donnée de l'occupation et des conditions qui en ressortent, il semble peu probable que l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur un objet de propriété intellectuelle puisse reposer sur son occupation. En effet, l'occupation ne peut jouer que sur des choses sans maître ; or, il est globalement admis que les objets de propriété intellectuelle, en tant que productions de l'esprit, ne préexistent pas à leur maître, empêchant ainsi leur qualification de « *chose sans maître* »¹⁹⁴⁴.

¹⁹³⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 301.

¹⁹³⁷ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 340 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 173 : l'occupation « *consiste pour une personne à appréhender un bien sans maître avec la volonté d'en devenir propriétaire* » ; *adde.* Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 292.

¹⁹³⁸ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 173 : l'occupation est l'« *archétype de l'acquisition originaire* ».

¹⁹³⁹ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 341 : « *Nulle part cependant on ne trouve de définition générale de l'occupation comme mode originaire d'acquisition de la propriété* » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 292.

¹⁹⁴⁰ S'agissant des deux dernières dispositions, l'appropriation des choses sans maître mentionnées dans ces textes fait l'objet de réglementations spécifiques, échappant ainsi au droit commun des biens.

¹⁹⁴¹ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 387 ; A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, n° 272.

¹⁹⁴² Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 292 : « *alors que la possession soutient la propriété* » en raison de la présomption de propriété qu'elle établit, « *l'occupation ne tranche aucun conflit de propriété* » puisque « *l'appréhension matérielle d'une chose [appropriable] n'appartenant à personne fait naître le droit de propriété* ».

¹⁹⁴³ Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12^e éd., 2014, n° 322.

¹⁹⁴⁴ Th. Revet, « *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire* », *Dr. et patr.* n° 124, 1^{er} mars 2004 : « *L'occupation n'est pas plus adéquate car elle suppose que les créations immatérielles soient d'abord des choses sans maître, étape qui révèle l'artifice du recours à ce mécanisme : les valeurs considérées sont en situation de devenir des biens dès qu'elles existent, elles n'ont donc pas à intégrer une catégorie qui n'a de sens qu'au regard des choses qui peuvent se trouver durablement sans maître, d'où leur possible acquisition par le premier qui s'en saisit, quel qu'il soit* » ; W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 265 ; A. Robin, *Propriété intellectuelle et indivision*, *op. cit.*, n° 86 ; *adde.* M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 346, pour un propos plus nuancé : ce n'est pas un obstacle rédhibitoire si l'on considère que la création (œuvre ou invention) existe virtuellement à travers une « *combinatoire possible de formes ou de signes* » ; *contra.* S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, n° 607 et s., qui donne à la théorie de l'occupation une envergure générale à l'ensemble de la propriété intellectuelle.

Le propos est particulièrement vrai à propos des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur : leur existence, tant factuelle que juridique, repose sur la création qui est perçue comme un objet n'ayant jamais existé avant que celui-ci ne vienne au jour grâce à son créateur¹⁹⁴⁵. Dans le cas où une œuvre serait abandonnée et deviendrait alors *res derelictae*, le fait pour un tiers de récupérer l'œuvre abandonnée et de devenir, par occupation, propriétaire de celle-ci, ne fonde en aucun cas l'octroi d'un droit d'auteur. Dès lors, ce tiers propriétaire ne peut divulguer d'une quelconque manière cette œuvre, surtout si son auteur avait exprimé son refus de divulguer¹⁹⁴⁶.

530. L'occupation, un mode d'acquisition illusoire de la propriété intellectuelle face au dépôt. – Pour les droits de propriété intellectuelle s'acquérant par un dépôt, tels que le droit des brevets et le droit des marques, la question s'est posée plus ardemment.

En droit des brevets, la doctrine est plus partagée quant à la question de savoir si l'invention est une chose sans maître ou non ; la nécessité du dépôt jointe à la conception mixte du système français combinant à la fois le principe du premier inventeur et le principe du premier déposant¹⁹⁴⁷ ne permet pas, à première vue, d'avoir une réponse claire. En effet, si l'on retient le principe du premier inventeur, alors la possession ne joue pas un rôle déterminant ; si l'on retient le principe du premier déposant, « *l'invention est appropriée par le dépôt de la demande, qui est comparable à l'occupation des choses corporelles, vacantes et sans maître* »¹⁹⁴⁸. La conception ambiguë retenue par le droit français des brevets entraîne alors nécessairement des divergences doctrinales entre ceux qui considèrent que l'occupation peut jouer en matière d'invention¹⁹⁴⁹ et ceux qui nuancent leur position. Cette seconde frange de la doctrine, tout en voyant dans l'invention une chose sans maître, considère néanmoins que le mécanisme de l'occupation ne peut expliquer l'attribution de la protection puisque l'invention est déjà possédée avant le dépôt de la demande de brevet, sans pour autant que cette possession ne justifie une quelconque appropriation¹⁹⁵⁰ : c'est, en réalité, ce dépôt qui fonde exclusivement l'existence du droit, ce qui permet de l'analyser comme un « *mécanisme autonome d'acquisition originaire du droit* »¹⁹⁵¹.

Un raisonnement semblable peut être retenu en droit des dessins et modèles : théorie de l'unité de l'art mise à part (qui autorise le cumul avec le droit d'auteur sous couvert d'originalité, le

¹⁹⁴⁵ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, op. cit., n° 274 : « *la technique de l'occupation ne reçoit aucune application en matière de propriété littéraire et artistique, ce qui est tout à fait légitime puisque c'est l'acte de création qui engendre le droit d'auteur* ».

¹⁹⁴⁶ Ainsi que l'illustre l'arrêt rendu par CA Paris, 6 mars 1931, *Carco et autres c. Camoin et syndicat de la propriété artistique* : B. Gleize, « De l'indépendance des propriétés corporelle et incorporelle », in *GAPI*, op. cit., p. 263 et s., spéc. n° 9 ; *adde.* M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 432.

¹⁹⁴⁷ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, op. cit., n° 277. Le droit français semble retenir une conception mixte, tel que l'auteur le démontre.

¹⁹⁴⁸ J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, op. cit., p. 76.

¹⁹⁴⁹ A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., n° 433 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, op. cit., n° 278, citant H. Allart, *De l'occupation en droit romain. Des brevets d'invention en droit français*, th. Paris, 1877, p. VI ; W. Dross, *Droit des biens*, op. cit., n° 265.

¹⁹⁵⁰ J.-M. Mousseron, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, LGDJ, 1969, n° 114 et s. ; si ce n'est la possession personnelle antérieure, cas qui sera étudié en aval, v. *infra* n° 538.

¹⁹⁵¹ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, op. cit., n° 278 ; J.-M. Mousseron, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, op. cit., n° 157 ; V. également *supra* n° 523.

dessin ou le modèle étant alors protégé du seul fait de sa création), l'existence d'un droit de dessin ou modèle implique de procéder obligatoirement au dépôt de la demande d'enregistrement, dépôt qui est constitutif de droit depuis la réforme de la matière survenue en 2001¹⁹⁵². Par la seule nécessité du dépôt, aucune forme d'occupation ne peut justifier une protection privative, sauf dans le cas du dessin ou modèle communautaire non enregistré¹⁹⁵³.

Le droit des marques constitue, *a priori*, un terrain d'élection où le mécanisme de l'occupation trouve à s'appliquer¹⁹⁵⁴. L'ancien droit des marques reposait sur le système du premier usage, sans que l'accomplissement de formalités ne soit obligatoire pour détenir et jouir du droit de propriété intellectuelle¹⁹⁵⁵ ; il était alors fréquent de lire que le droit des marques était un droit d'occupation. Depuis la loi du 31 décembre 1964 réformant le droit des marques en France¹⁹⁵⁶, nous sommes passés à un système de dépôt¹⁹⁵⁷ dans lequel peu importe l'usage qui est fait du signe, la personne qui en use ne peut prétendre à un droit de marque si elle n'a pas effectué une demande d'enregistrement de son signe¹⁹⁵⁸. Pourtant, ce changement de système n'empêche pas une part importante de la doctrine de continuer de voir, dans le droit des marques, un droit d'occupation¹⁹⁵⁹. Une analyse plus approfondie de la place qu'occupe aujourd'hui le mécanisme de l'occupation au sein du droit des marques tend, si ce n'est à inverser le propos, à tout le moins à fortement le nuancer. La nuance a été formulée par la professeure Parance qui, dans sa thèse de doctorat, réfute l'idée selon laquelle l'occupation serait le mode par lequel s'acquiert le droit sur les signes distinctifs. Pour étayer son propos, l'auteure prend comme point d'achoppement le moment où le signe, qui est à l'origine un signe issu du langage courant, se voit doté d'une valeur économique lorsqu'il devient un instrument de ralliement de la clientèle. À cet instant, il ne s'agit pas de l'occupation d'une chose sans maître puisque le droit des marques ne permet pas l'appropriation de signes descriptifs ou usuels ; le droit des marques ne peut porter que sur le signe *distinctif*, et l'exigence de distinctivité sous-jacente a pour raison d'être que le signe approprié soit perçu non comme une simple expression ou représentation des signes du langage courant. Ainsi, le signe « occupé » n'est pas le signe qu'il était avant cette appropriation, et la qualification de chose sans maître (nécessaire pour que le mécanisme de l'occupation puisse être actionné) n'a donc pas vocation à s'appliquer

¹⁹⁵² V. *supra* n° 523.

¹⁹⁵³ V. *infra* n° 532.

¹⁹⁵⁴ W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 265.

¹⁹⁵⁵ P. Mathély, *Le droit français des signes distinctifs*, *op. cit.*, p. 212 et s. : l'auteur décrit le système en vigueur avant la loi de 1857 qui était essentiellement fondé sur l'usage du signe, le dépôt n'étant aucunement obligatoire et ayant un effet purement déclaratif. Au demeurant, il présente le système en vigueur selon la loi de 1857 (jusqu'à la réforme de 1964) qui s'organise autour de trois règles : en premier lieu, l'usage premier reste le mode d'acquisition principal du droit de marque ; en deuxième lieu, le dépôt demeure déclaratif mais a une valeur probatoire et est rendu obligatoire pour rendre la marque opposable aux tiers ; et, en troisième lieu, s'il y a eu dépôt, il n'y a aucun besoin de prouver l'usage de la marque, le dépôt étant « *générateur de droit sur la marque* », v. *ibid.*, p. 220 et s.

¹⁹⁵⁶ Loi n° 64-1360 du 31 déc. 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service, préc.

¹⁹⁵⁷ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1561.

¹⁹⁵⁸ À l'exception du cas de la marque notoire comme nous allons le constater, v. *infra* n° 533.

¹⁹⁵⁹ P. Taffreau, C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 6 ; Ch. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 1 ; A. Robin, *Propriété intellectuelle et indivision*, *op. cit.*, p. 87, note de bas de page n° 1 ; A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, n° 433.

puisque, avant qu'il ne remplisse cette fonction distinctive, il n'existait pas sous une telle forme¹⁹⁶⁰. Pour asseoir définitivement le postulat selon lequel le droit des marques ne s'acquiert pas – plus – par l'occupation du signe¹⁹⁶¹, il convient de rappeler l'esprit même du système du dépôt : ainsi que cela a été mentionné, le dépôt, formalité constituant une obligation légale, est le seul à pouvoir fonder une telle protection, l'usage seul du signe ne suffisant pas. Le seul cas où la marque peut être protégée sans dépôt est celui de la marque dite notoire ou notoirement connue¹⁹⁶².

531. L'occupation, un mode d'acquisition précaire de la propriété intellectuelle : le cas particulier de la marque notoire et du dessin ou modèle communautaire non enregistré. –

Au regard de l'analyse qui a été menée, nous pouvons en conclure que l'occupation ne constitue pas un mode d'acquisition de la propriété intellectuelle lorsque des modes spécifiques d'acquisition – que sont la création et le dépôt – lui ont substitué ce rôle. Toutefois, il demeure deux cas où la propriété intellectuelle n'impose ni l'un ni l'autre de ces modes d'acquisition et laisse ainsi le mécanisme de l'occupation, en tant que mode d'acquisition *originnaire*, opérer la magie : il s'agit de la marque notoire et du dessin ou modèle communautaire non enregistré (DMCNE). Mais les effets de cette magie sont relativement limités dans la mesure où la protection conférée à ces objets n'a pas – ou plus – grand-chose à voir avec le droit privatif de la propriété intellectuelle.

532. Le cas du DMCNE. – En droit des dessins et modèles, le mécanisme de l'occupation connaît une résurgence à travers les dessins ou modèles non enregistrés. La législation communautaire en vigueur prévoit le mécanisme du DMCNE, protection unitaire ayant effet sur le territoire de l'Union européenne, et le mécanisme facultatif du dessin ou modèle non enregistré, une possibilité laissée aux États-membres¹⁹⁶³ mais qui n'a jamais été utilisée en pratique¹⁹⁶⁴. Même si ce dispositif facultatif a vocation à être supprimé par le paquet dessins ou modèles¹⁹⁶⁵, cette suppression n'a aucune incidence sur le DMCNE qui demeure ainsi disponible¹⁹⁶⁶. Ainsi, en ne s'intéressant qu'au DMCNE, il s'agit d'un dessin ou modèle qui ne requiert aucun enregistrement pour être protégé ;

¹⁹⁶⁰ L'auteure relève en ce sens que « *parallèlement à [sa] fonction initiale, le terme acquiert une nouvelle fonction, celle de désigner pour le public un produit ou une entreprise. Ce n'est qu'à cet instant qu'il devient une valeur économique susceptible d'appropriation, qu'à partir du moment où il devient un instrument de ralliement de la clientèle. C'est pour cette raison qu'il est faux de dire que le signe distinctif est une chose commune qui a été appropriée par le mécanisme de l'occupation. Cela suppose nécessairement que ce signe distinctif existe antérieurement, en tant que tel, au moment de son appropriation par la prise de possession. Or ce n'est pas le cas puisque, antérieurement à son usage en tant que signe distinctif, le terme commun n'est pas le référent d'un produit ou d'une entreprise dans l'esprit du public* », v. B. Parance, *La possession des biens incorporels*, op. cit., n° 295.

¹⁹⁶¹ Il s'agit d'une conclusion à laquelle parvient la professeure Parance, v. *ibid.*, n° 298.

¹⁹⁶² Il s'agit d'une possibilité prévue par l'article 6bis de la CUP et reprise en droit français à l'article L. 711-3, II, 3° CPI. Il convient de noter que la loi ne la définit aucunement. V. J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 1636. Cela conduit ainsi le juge à accomplir cet exercice. V. en ce sens F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, op. cit., n° 1615 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 400.

¹⁹⁶³ Dir. 2001/29/CE, préc., cons. 31 et art. 96.

¹⁹⁶⁴ J.-Ch. Galloux, « Le “paquet dessins ou modèles” », *RTD com.* 2023. 68.

¹⁹⁶⁵ La proposition de directive, adoptée par le Parlement européen le 24 mars 2024, prévoit en son article 3 que le droit sur le dessin ou modèle s'obtient « *uniquement par l'enregistrement* » ; J.-Ch. Galloux, P. Kamina « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », préc.

¹⁹⁶⁶ J.-Ch. Galloux, « Le “paquet dessins ou modèles” », art. préc.

seul importe que le dessin ou modèle existe, mais aussi et surtout qu'il ait été divulgué, le moment de la divulgation constituant le point de départ de la protection. Cette divulgation « réside dans la publication du dessin ou modèle, son exposition, l'utilisation dans le commerce ou le fait de l'avoir rendu public de toute autre manière »¹⁹⁶⁷, la finalité étant que le dessin ou modèle, « dans la pratique normale des affaires, [soit] raisonnablement connu des milieux spécialisés du secteur concerné opérant dans l'Union européenne »¹⁹⁶⁸.

Cependant, la protection octroyée n'est pas aussi étendue que celle qui est conférée à un dessin ou modèle enregistré, tant d'un point de vue temporel que matériel. Du point de vue temporel, la durée de la protection est de trois ans à compter de la première divulgation du dessin ou modèle sur le territoire de l'Union européenne¹⁹⁶⁹. Du point de vue matériel, la protection accordée ne permet que d'empêcher la copie du dessin ou du modèle et l'utilisation de produits incorporant la copie¹⁹⁷⁰ ; l'étendue de la protection est donc moindre en comparaison du droit exclusif conféré à un dessin ou modèle enregistré¹⁹⁷¹. Il est possible d'en déduire que la possibilité d'acquérir une propriété intellectuelle « à part entière » par le mécanisme de l'occupation s'atténue à mesure que l'on réduit sa portée ; le DMCNE en est le révélateur¹⁹⁷², la marque notoire en est la confirmation.

533. Le cas de la marque notoire. – La marque notoire, qui constitue une véritable exception au principe de l'enregistrement puisque c'est le seul cas où l'usage fonde la protection¹⁹⁷³, voit son régime de protection quelque peu différencié vis-à-vis des marques ordinaires¹⁹⁷⁴. Tout d'abord, puisqu'elle peut s'acquérir par l'usage, elle ne nécessite nullement l'accomplissement de la formalité de dépôt ; il faudra rapporter la preuve de la notoriété du signe pour que la protection de la marque notoire s'applique¹⁹⁷⁵, comme si la notoriété de la marque venait pallier l'absence d'enregistrement¹⁹⁷⁶.

¹⁹⁶⁷ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 2699.

¹⁹⁶⁸ J.-Ch. Galloux, J. Lapousterle, obs. ss. CJUE, 13 fév. 2014, *Grantszch*, aff. C-479/12, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2014. 2207.

¹⁹⁶⁹ Règlement (CE) n° 6/2002, préc., art. 11.1 et cons. 16. Ce dernier énonce que cet instrument a été conçu au profit des « secteurs [qui] produisent d'importantes quantités de dessins ou modèles destinés à des produits qui ont souvent un cycle de vie économique court, pour lesquels il est avantageux d'obtenir la protection sans devoir supporter les formalités d'enregistrement et pour lesquels la durée de protection joue un rôle secondaire ».

¹⁹⁷⁰ Règlement (CE) n° 6/2002, préc., art. 15 et cons. 21 ; *adde.* F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 2703 ; J.-Ch. Galloux, P. Kamina, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2019. 1578.

¹⁹⁷¹ Cela peut expliquer une forme d'indifférence vis-à-vis du DMCNE, bien que ces inconvénients en apparence puissent révéler certains avantages, v. en ce sens P. de Candé, « Le dessin et modèle communautaire non enregistré (DMCNE). Un oublié des praticiens français », *Propri. Indust.* n° 10, oct. 2008, étude 21.

¹⁹⁷² V. Scordamaglia, « Un nouveau venu dans le monde de la propriété intellectuelle : le dessin ou modèle communautaire non enregistré », *Propri. Indust.* n° 1, avril 2002, chron. 1 : « [n]ous sommes en réalité en présence d'un nouveau droit sui generis de propriété industrielle ». C'est particulièrement vrai au regard de la durée qui est bien inférieure aux minima existants en propriété intellectuelle.

¹⁹⁷³ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1623.

¹⁹⁷⁴ Son régime est également différencié des marques de renommée, ces dernières étant soumises au principe du dépôt, v. *ibid.*, n° 1619.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, n° 1615 et s., spéc. n° 1617, n° 1618 et n° 1621.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, n° 1619.

Toutefois, la réforme du droit des marques intervenue en droit français en 2019¹⁹⁷⁷ est venue substantiellement modifier le régime de la marque notoire. Pour en saisir la substance, il convient de revenir sur le régime antérieur à la réforme. Avant 2019, la protection d'une marque notoire du seul fait de son usage présentait un intérêt certain en ce qu'il pouvait aller au-delà du principe de spécialité. En effet, dans sa spécialité (c'est-à-dire pour les signes identiques ou similaires à la marque notoire désignant des produits ou services identiques ou similaires à ceux qu'elle désigne), la marque notoire était traitée comme un objet de droit de marque, ce qui lui permettait de bénéficier du régime du droit commun des marques, et pour son titulaire de profiter, entre autres, de l'action en contrefaçon¹⁹⁷⁸. En dehors de sa spécialité (c'est-à-dire en cas de reproduction ou d'imitation de la marque notoire pour des produits ou services *non similaires* à ceux qu'elle désigne)¹⁹⁷⁹, le régime de la marque notoire, en vertu de l'ancienne rédaction de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, s'alignait sur celui de la marque de renommée¹⁹⁸⁰ qui repose sur une action spéciale en responsabilité civile¹⁹⁸¹, action différente de l'action en responsabilité civile de droit commun fondée sur l'article 1240 du Code civil.

Mais depuis la réforme de 2019 susmentionnée, le régime de la marque notoire ne correspond plus à ce schéma, son régime ayant été inversé avec celui de la marque de renommée¹⁹⁸². En effet, c'est, désormais, la marque de renommée qui bénéficie du mécanisme de la contrefaçon et tout ce qu'il implique¹⁹⁸³, et le régime de la marque notoire est, aujourd'hui, exclusivement réglementé par la nouvelle version de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *[n]e constitue pas une contrefaçon mais engage la responsabilité civile de son auteur l'usage dans la vie des affaires, pour des produits ou des services, non autorisé par le titulaire d'une marque notoirement connue [...]* », que ce soit dans sa spécialité¹⁹⁸⁴ ou en dehors de sa spécialité¹⁹⁸⁵. Autrement dit, la marque notoire ne bénéficie

¹⁹⁷⁷ Ord. n° 2019-1169 du 13 nov. 2019 relative aux marques de produits ou de services, JORF n° 0264 du 14 nov. 2019.

¹⁹⁷⁸ J. Passa « Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques », *RTD com.* 2020. 327 ; *adde.* Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.514.

¹⁹⁷⁹ C'est en ce sens qu'une partie de la doctrine considère que même si, en principe, la marque notoire est soumise au principe de spécialité, celui-ci est très atténué en pratique, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1625, voire mis en échec, J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 402.

¹⁹⁸⁰ CPI, anc. art. L. 713-5, al. 2 : « *Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables à la reproduction ou l'imitation d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle précitée.* ».

¹⁹⁸¹ CPI, anc. art. L. 713-5, al. 1^{er} : « *La reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière.* ».

¹⁹⁸² J. Passa « Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques », art. préc.

¹⁹⁸³ Le titulaire de la marque de renommée peut désormais demander la saisie-contrefaçon, la retenue en douane, etc. V. *loc. cit.*

¹⁹⁸⁴ CPI, nouvel art. L. 713-5 : « *1° D'un signe identique à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue ;*

2° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion incluant le risque d'association du signe avec la marque. ».

¹⁹⁸⁵ CPI, nouvel art. L. 713-5 : « *3° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue, si cet usage du signe, sans juste motif, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la notoriété de la marque, ou leur porte préjudice.* ».

plus de l'action en contrefaçon mais de l'action spéciale en responsabilité civile, qui était autrefois réservée à la marque de renommée. Depuis 2019, l'usage d'une marque notoire ne fonde plus une protection aussi étendue qu'auparavant, ce changement suscitant étonnement et regret au sein de la doctrine : un étonnement dans la mesure où aucune circonstance, aucun élément n'annonçait un tel changement ; du regret dans la mesure où l'on dénonce l'inutilité du nouveau régime de la marque notoire¹⁹⁸⁶ qui, malgré son caractère spécial, n'apporte une protection guère plus étendue que la protection fondée sur le droit commun de la responsabilité civile¹⁹⁸⁷, et que l'on sanctionne par la responsabilité civile des actes qui sont des actes de contrefaçon¹⁹⁸⁸. L'on peut ainsi constater une forme de régression de la protection de la marque notoire en droit français, qui ne fait plus de l'usage un mode d'acquisition de la propriété intellectuelle.

534. L'occupation, un mode de preuve manifeste de la propriété intellectuelle. – Si le mécanisme de l'occupation n'a (quasiment) aucune incidence sur l'acquisition de la propriété intellectuelle, cela ne signifie pas qu'il n'a aucune implication en la matière. En effet, même s'il a pu être démontré que l'occupation ne constitue pas un mode d'acquisition de la propriété intellectuelle, il peut être, en revanche, un mode de preuve de celle-ci. Tel est le cas en droit des brevets, où la possession par occupation joue le rôle d'une présomption de titularité de la protection par le brevet¹⁹⁸⁹, l'article L. 611-6, al. 3, du Code de la propriété intellectuelle posant cette présomption simple au bénéfice du demandeur qui, par déduction, est présumé être en possession de l'invention¹⁹⁹⁰. Il en est de même en droit des dessins et modèles, la législation prévoyant que même si la titularité revient au créateur du dessin ou modèle (ou à son ayant cause), jouit d'une présomption simple de titularité la personne qui procède au dépôt de la demande¹⁹⁹¹. En droit des marques, l'occupation joue également un rôle probatoire puisque l'occupation du signe au cours de la protection intervient « *en tant que preuve de l'usage effectif du signe distinctif* »¹⁹⁹², usage qui devra se traduire par un usage sérieux dans la vie des affaires¹⁹⁹³.

¹⁹⁸⁶ CPI, art. L. 713-5.

¹⁹⁸⁷ J. Passa, « Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques », art. préc.

¹⁹⁸⁸ V. F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1627. L'auteur regrette alors que l'on ne donne pas son plein effet à la notoriété si elle agit véritablement comme un palliatif à l'absence d'enregistrement.

¹⁹⁸⁹ B. Parance, *La possession des biens incorporels, op. cit.*, n° 284.

¹⁹⁹⁰ Même si l'alinéa 1^{er} de cette disposition confère le droit au titre à l'inventeur ou à son ayant cause, son alinéa 3 retient une vision plus pragmatique en ce qu'il dispose que « *[d]ans la procédure devant le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle, le demandeur est réputé avoir droit au titre de propriété industrielle* ». La formulation de cet article dans son ensemble rejoint parfaitement le propos de Mousseron, relevant que « *le droit privilégié sur l'invention ne va pas à qui le mérite, l'inventeur, mais à qui le vent, le demandeur* », v. J.-M. Mousseron, *Contribution à l'analyse objective du droit du brevet d'invention, op. cit.*, n° 158.

¹⁹⁹¹ CPI, art. L. 511-9 : « *La protection du dessin ou modèle conférée par les dispositions du présent livre s'acquiert par l'enregistrement. Elle est accordée au créateur ou à son ayant cause.*

L'auteur de la demande d'enregistrement est, sauf preuve contraire, regardé comme le bénéficiaire de cette protection » (nous soulignons) ; F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1141.

¹⁹⁹² B. Parance, *La possession des biens incorporels, op. cit.*, n° 298.

¹⁹⁹³ CPI, art. L. 714-5 ; *adde.* J. Canlorbe, « L'usage "dans la vie des affaires" en droit des marques », art. préc., p. 43 et s.

Finalement, il ressort de l'analyse que, en propriété intellectuelle, le mécanisme de l'occupation joue davantage « *en tant que règle probatoire qu'en tant que règle d'attribution primaire* » de la protection¹⁹⁹⁴. Cela rejoint le rôle premier confié à la possession de bonne foi en droit commun des biens qui est de faire présumer le droit de propriété¹⁹⁹⁵.

B. Le mécanisme de la possession des meubles corporels en propriété intellectuelle

535. Présentation du mécanisme. – Le Code civil pose, en son article 2276, anciennement 2279, qu'« *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Cette règle, dont le champ d'application s'étend aux seuls meubles corporels, permet, par le pouvoir de fait¹⁹⁹⁶ qu'implique la possession, de se voir reconnaître un pouvoir de droit, autrement dit un droit de propriété¹⁹⁹⁷. Deux fonctions principales sont reconnues à la possession, l'une ordinaire et l'autre extraordinaire : une fonction probatoire de la propriété et une fonction acquisitive de la propriété.

Pour que la possession puisse avoir un effet probatoire, mais aussi et surtout un effet acquisitif, elle doit se caractériser par un *corpus* et un *animus* ; elle doit également présenter certaines qualités.

S'agissant de ses éléments constitutifs, la possession implique tout d'abord un *corpus* possessoire, perçu comme l'élément objectif de la possession¹⁹⁹⁸. Dans une conception éminemment matérialiste de la possession, ce corpus implique une idée de maîtrise physique, de mainmise matérielle de la chose possédée. Même si l'essor de l'incorporel pousse de plus en plus la doctrine à s'extirper de cette vision traditionnelle de la possession¹⁹⁹⁹, elle demeure très ancrée en jurisprudence qui empêche « *la pleine réception de la possession en matière incorporelle* »²⁰⁰⁰, le juge exigeant toujours l'accomplissement d'actes matériels, les seuls actes juridiques étant, à eux seuls, insuffisants

¹⁹⁹⁴ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, *op. cit.*, n° 264.

¹⁹⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens, les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 784 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 200 et n° 453 et s.

¹⁹⁹⁶ C. civ., art. 2255 (anc. art. 2228) : « *La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* ».

¹⁹⁹⁷ Si les deux notions sont très liées, elles ne sont pas pour autant synonymes. Dans le tome 2 de son ouvrage consacré notamment aux biens, le doyen Carbonnier fonde le plan de l'ouvrage sur la distinction entre les deux notions en abordant, d'une part, les *rappports de droit* concernant les biens (J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens, les obligations*, t. 2, *op. cit.*, p. 1639 et s.) et, d'autre part, les *rappports de fait* concernant les biens (*ibid.*, p. 1713 et s.), et présente la possession comme « *l'ombre de la propriété* ». V. *ibid.*, n° 780.

¹⁹⁹⁸ C. Grimaldi, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 725.

¹⁹⁹⁹ A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.* n° 26 et s. et n° 176 et s. : l'auteure sort de l'analyse traditionnelle attachée à une conception matérialiste, à une idée de mainmise matérielle en définissant la possession à travers le pouvoir de fait, notion qui permet de sortir du carcan matérialiste pour se diriger vers la possession des meubles incorporels ; ensuite, elle adapte la notion de pouvoir de fait en soumettant la possession à un principe de subsidiarité qui met de côté le jeu de la possession lorsque la chose meuble incorporelle est soumise à un régime de publicité organisé ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, *op. cit.*, n° 83 et s. ; pour adapter le critère du *corpus* aux biens incorporels, l'auteure le redéfinit à travers la notion du *corpus* dématérialisé. Le point commun de ces raisonnements est qu'ils se fondent sur la notion de pouvoir de fait, qui permet une approche plus abstraite, plus « *intellectuelle* » et moins matérialiste du *corpus* ; adde W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 236 : « *la notion doit s'entendre plus largement [...] par des actes d'exercice d'un droit* ».

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, n° 238.

pour caractériser le corpus²⁰⁰¹. La possession implique ensuite un *animus*, élément dit subjectif²⁰⁰², qui « exprime la dimension psychologique de la possession »²⁰⁰³, c'est-à-dire la volonté de se comporter comme le véritable propriétaire²⁰⁰⁴.

S'agissant des qualités requises pour que la possession, pouvoir de fait, puisse être requalifiée en propriété, pouvoir de droit, plusieurs sont exigées par le Code civil. En premier lieu, la possession doit être *utile*. Pour cela, en vertu de l'article 2261 du Code civil, « il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire ». Il convient de préciser que pour que l'article 2276 puisse produire ses effets, la continuité de la possession n'est pas requise puisque l'effet acquisitif de cette possession en matière de meubles corporels est instantané²⁰⁰⁵. En revanche, la possession « à titre de propriétaire » est requise ; il en est de même pour les caractères paisible, non équivoque et publique de la possession. En second lieu, la possession doit avoir lieu *de bonne foi*. Même si cette condition n'est pas énoncée explicitement par les articles 2258 à 2277 du Code civil, elle est déduite unanimement par la doctrine de la *ratio legis* de l'article 2276²⁰⁰⁶ ainsi que de l'article 1198 (ancien article 1141) du Code civil qui est une application de l'article 2276²⁰⁰⁷. En droit de la propriété intellectuelle, les manifestations de la possession semblent, à première vue, plus nombreuses qu'il n'y paraît, ce constat pouvant laisser légitimement croire à une véritable « transposition » du mécanisme de la possession en la matière (1). Mais une analyse approfondie conduit à une conclusion beaucoup plus nuancée, voire opposée à l'affirmation qui vient d'être formulée (2).

1. Les manifestations supposées de la possession en droit de la propriété intellectuelle

536. La possession entendue comme un mode de preuve et un mode d'acquisition du droit de la propriété intellectuelle. – En propriété intellectuelle, sont constatées des résurgences de la possession dans sa fonction probatoire (a) mais aussi, de manière peut-être plus surprenante, dans sa fonction acquisitive (b) de droit.

a. Les manifestations de la possession dans sa fonction probatoire

537. La possession, fondement des présomptions de titularité du droit de propriété intellectuelle. – L'attribution du droit de propriété intellectuelle repose sur plusieurs présomptions. Ces présomptions sont essentiellement *légal*es : en droit d'auteur, la qualité d'auteur

²⁰⁰¹ *Ibid.*, n° 236 ; C. Grimaldi, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 725.

²⁰⁰² *Ibid.*, n° 724.

²⁰⁰³ W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 244.

²⁰⁰⁴ Là encore, une vision réductrice de l'*animus* selon laquelle « la possession s'entend de l'exercice d'un droit de propriété sur une chose corporelle » est dénoncée par les auteurs, considérant qu'il y a, en réalité, « autant d'*anima* qu'il y a de droits de nature différente », tels que la propriété, l'usufruit, le droit réel, mais également le droit personnel. V. *loc. cit.*

²⁰⁰⁵ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 411.

²⁰⁰⁶ W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 309.

²⁰⁰⁷ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 385, n° 401 et n° 412.

est présumée pour celui qui divulgue en son nom l'œuvre de l'esprit²⁰⁰⁸ et, dans le cas particulier de l'œuvre collective, la titularité de la protection est présumée pour la personne physique ou morale qui procède à la divulgation de l'œuvre collective en son nom²⁰⁰⁹ ; en propriété industrielle, la titularité est présumée pour la personne qui aura procédé, la première, au dépôt de la demande de protection²⁰¹⁰. Outre ces présomptions légales, il existe, en droit d'auteur, une présomption *prétorienne* de titularité de la protection reconnue au bénéfice de la personne morale²⁰¹¹ qui, en l'absence de revendication des auteurs, a procédé à des actes de possession de nature à faire reconnaître une telle présomption²⁰¹². Toutes ces présomptions, légales et prétorienne, sont des présomptions simples et, par conséquent, réfragables.

L'ensemble de ces présomptions sont perçues comme des manifestations de la possession en propriété intellectuelle, la possession intervenant alors comme le fondement de ces présomptions. S'agissant de la présomption de la qualité d'auteur de l'œuvre de l'esprit et de la présomption de titularité du droit d'auteur sur l'œuvre collective, c'est l'acte de divulgation qui est perçu comme une manifestation de la possession, autrement dit du pouvoir de fait de l'auteur de l'œuvre de l'esprit individuelle (dans le cas de l'article L. 113-1) ou du titulaire de l'œuvre de l'esprit collective (dans le cas de l'article L. 113-5)²⁰¹³. S'agissant de la présomption de titularité irriguant l'ensemble du droit de la propriété industrielle au bénéfice du premier déposant, le dépôt est, tout comme la divulgation, perçu comme « *une manifestation du pouvoir de fait du déposant* », le déposant étant la personne qui, logiquement, connaît l'objet et les détails qui le composent qui ont vocation à être présentés et décrits dans l'acte de dépôt²⁰¹⁴. S'agissant, enfin, de la présomption prétorienne de titularité au bénéfice des personnes morales, le juge l'a simplement fondé sur des actes de possession, retenant dans l'arrêt *Aréo* précité « *qu'à la date de la reproduction litigieuse la société SMD [demanderesse] exploitait commercialement sous son nom les photographies litigieuses ; qu'en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les clichés, ces actes de possession étaient de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que la société SMD était titulaire sur ces œuvres, quelle que fût leur qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur* ». Mais, au-delà de sa seule fonction probatoire, il semble que la possession se manifeste également en propriété intellectuelle dans sa fonction acquisitive.

²⁰⁰⁸ CPI, art. L. 113-1.

²⁰⁰⁹ CPI, art. L. 113-5.

²⁰¹⁰ CPI, art. L. 511-9, al. 2, en droit des dessins et modèles, art. L. 611-6, al. 3, en droit des brevets, et art. L. 712-1 pour le droit des marques. Pour une illustration récente en droit des dessins et modèles, Cass. com., 31 janv. 2024, n° 22-20.409 ; *adde.* Y. Basire, C. Le Goffic, *Rép. dt. commercial*, v. « Dessins et modèles », avr. 2023, maj. juil. 2024, n° 112 et s., spéc. n° 114.

²⁰¹¹ Elle a par la suite été étendue aux personnes physiques. V. Ch. Caron, note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 2004, n° 02-16.057, « Vers une mutation de la présomption de titularité des droits des personnes morales ? », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2005, comm. 27 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2005, n° 03-12.159 : Ch. Caron, note ss. déc. préc., « Droit moral après la mort de l'auteur : qui peut intenter l'action ? », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2005, comm. 62.

²⁰¹² Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *SA Aréo et A. c. Syndicat d'initiative de l'office du Tourisme de Villeneuve Loubet et A.*, déc. préc.

²⁰¹³ A. Pélessier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, nos 330-331 ; J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », art. préc.

²⁰¹⁴ A. Pélessier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, n° 336.

b. Les manifestations de la possession dans sa fonction acquisitive

538. La possession, fondement de l'octroi de droits « connexes » de la propriété intellectuelle. – De manière plus surprenante, la possession, dans sa fonction acquisitive, semble également avoir un rôle à jouer en propriété intellectuelle. Mais il convient de nuancer le propos d'emblée, la possession permettant, à première vue, l'acquisition de droits seulement « connexes » au droit de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire des droits dont la nature ne s'assimile pas à celle d'un droit de propriété intellectuelle « à part entière ». Tel semble être le cas lorsqu'il est question de possession personnelle antérieure en droit des brevets, d'utilisation personnelle antérieure en droit des dessins et modèles et de droit de publication sur les œuvres de l'esprit posthumes.

La possession personnelle antérieure est un mécanisme prévu, en droit des brevets, à l'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [t]oute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où le présent livre est applicable en possession de l'invention objet du brevet, a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet ». La nature de ce mécanisme est incertaine, la doctrine parlant tantôt d'exception de possession personnelle antérieure²⁰¹⁵, tantôt de droit de possession personnelle antérieure²⁰¹⁶, voire d'un moyen de défense dans le cadre d'un procès en contrefaçon²⁰¹⁷. Lorsque les conditions prévues sont remplies, la possession personnelle antérieure accorde à son bénéficiaire « une pleine liberté d'exploitation de l'invention considérée »²⁰¹⁸ qui s'analyse en un droit d'exploitation²⁰¹⁹, mais un droit strictement personnel²⁰²⁰ ainsi que le précise la disposition précitée : son bénéficiaire « a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention » (nous soulignons). À première vue, les liens entre la possession personnelle antérieure de l'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle et la possession des meubles corporels de l'article 2276 du Code civil semblent évidents : outre la référence explicite à la « possession », les conditions de possession de bonne foi et non équivoque²⁰²¹ sont partagées par les deux mécanismes et « des auteurs ont soutenu, par référence au régime de la possession des biens corporels du droit civil des biens, et notamment à la distinction entre le corpus et l'animus, que la possession au sens du texte implique une exploitation de l'invention ou tout au moins des préparatifs effectifs et sérieux d'exploitation »²⁰²².

²⁰¹⁵ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 509 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 334.

²⁰¹⁶ Le professeur Passa considère l'expression « droit de possession personnelle antérieure » « assez impropre car, si droit il y a, c'est un droit d'exploitation lié à la possession de l'invention à une date antérieure à celle du dépôt ou de la priorité » et estime alors que ce droit constitue « non seulement une exception, mais également un droit personnel ou droit de créance contre le breveté », J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 509.

²⁰¹⁷ J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 336.

²⁰¹⁸ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 515.

²⁰¹⁹ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 375 ; Le droit de possession a été analysé comme un droit à raison d'une possession personnelle antérieure au dépôt d'un brevet. V. Ch. Le Stanc, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Litec, 1977, n° 187.

²⁰²⁰ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 516.

²⁰²¹ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 674 et s.

²⁰²² J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 512, faisant référence à P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, n° 162. Nous reviendrons et compléterons cette analyse *infra* n° 543.

L'utilisation personnelle antérieure en droit des dessins et modèles, qui peut être considérée comme la réplique de la possession personnelle antérieure en droit des brevets²⁰²³, octroie, « *malgré le droit exclusif, un droit d'utilisation personnelle antérieure limité à celui qui avait commencé à utiliser un dessin ou modèle entrant dans le champ de la protection d'un dessin ou modèle communautaire enregistré ou qui avait fait des préparatifs sérieux et effectifs à cette fin avant le dépôt de la demande d'enregistrement (ou avant la date de priorité)* »²⁰²⁴. Ce mécanisme est prévu par l'article 22²⁰²⁵ du règlement 6/2002²⁰²⁶ et accorde, à son bénéficiaire, un droit d'utilisation qui lui est personnel, et dont la portée est restreinte car il « *peut utiliser le dessin ou modèle « aux fins pour lesquelles il avait commencé à l'utiliser » (ce qui ne lui permet pas d'élargir le champ de cette utilisation)* »²⁰²⁷. Le jumelage de l'utilisation personnelle antérieure en droit des dessins et modèles avec la possession personnelle antérieure en droit des brevets permet de penser que, tout comme son homologue, ce mécanisme se fonde aussi sur la possession du dessin ou du modèle.

En droit d'auteur, le régime particulier réservé aux œuvres dites posthumes fait inmanquablement penser à une résurgence de la possession en la matière et, de surcroît, dans sa fonction acquisitive. L'œuvre posthume est, par définition, l'œuvre qui survit à son auteur décédé sans que celui-ci ne l'ait jamais divulguée au public de son vivant. En présence d'une telle œuvre posthume, plusieurs personnes peuvent obtenir ce droit sur l'œuvre posthume, en vertu de l'article L. 123-4 du Code de la propriété intellectuelle. L'alinéa 2 de cette disposition vise, en premier lieu, les ayants cause de l'auteur décédé (c'est-à-dire ses héritiers et légataires) qui peuvent en disposer s'ils divulguent l'œuvre posthume avant l'expiration du délai *post mortem*, c'est-à-dire pendant les soixante-dix ans suivant le décès du *de cuius*. Si aucune divulgation n'a eu lieu avant l'expiration de ce délai, alors le propriétaire de l'œuvre, c'est-à-dire de son support matériel, pourra jouir de ce droit s'il divulgue après la divulgation du délai *post mortem*, tel que le prévoit l'alinéa 3 de la disposition susmentionnée²⁰²⁸. Outre le respect de cette « *priorité* » offerte aux ayants cause, le

²⁰²³ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 2705 ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 631.

²⁰²⁴ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 2705.

²⁰²⁵ Ce texte prévoit que : « 1. *Peut se prévaloir d'un droit fondé sur une utilisation antérieure, tout tiers qui établit avoir, avant la date de dépôt de la demande, ou, si la priorité est revendiquée, avant la date de priorité, commencé à utiliser de bonne foi dans la Communauté - ou effectué des préparatifs sérieux et effectifs à cette fin - un dessin ou modèle qui est compris dans l'étendue de la protection d'un dessin ou modèle communautaire enregistré et qui ne constitue pas une copie de ce dernier.*

2. *Le droit fondé sur une utilisation antérieure donne la faculté à ce tiers d'exploiter le dessin ou le modèle aux fins pour lesquelles il avait commencé à utiliser celui-ci ou pour lesquelles il avait réalisé des préparatifs sérieux et effectifs avant la date de dépôt ou la date de priorité du dessin ou modèle communautaire enregistré.*

3. *Le droit fondé sur une utilisation antérieure ne donne pas la faculté d'octroyer une licence à autrui aux fins de l'exploitation du dessin ou modèle.*

4. *Le droit fondé sur une utilisation antérieure ne peut être transféré, si le tiers concerné est une entreprise, qu'avec la partie de l'activité de ladite entreprise dans le cadre de laquelle l'utilisation a été faite ou les préparatifs réalisés ».*

²⁰²⁶ Règlement (CE) n° 6/2002, préc., modifié par le règlement (CE) n° 1891/2006 du Conseil du 18 déc. 2006 modifiant les règlements (CE) n° 6/2002 et (CE) n° 40/94 en vue de donner effet à l'adhésion de la Communauté européenne à l'acte de Genève de l'arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels, JOCE n° L 386 du 29 déc. 2006. *Adde.* proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection juridique des dessins ou modèles (refonte), 28 nov. 2022, préc., art. 21.

²⁰²⁷ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 2705, reprenant l'article 22 précité.

²⁰²⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 679 et s.

propriétaire du support matériel de l'œuvre posthume bénéficiera du droit de publication de l'œuvre posthume en vertu de sa qualité de propriétaire, mais aussi et surtout à condition qu'il procède à la divulgation de l'œuvre posthume. Il ne suffit pas qu'il soit propriétaire du support matériel de l'œuvre, il est surtout requis qu'il procède à la divulgation de l'œuvre²⁰²⁹. Une fois ces conditions remplies, il bénéficiera d'une « *protection équivalente à celle des droits patrimoniaux de l'auteur* »²⁰³⁰, s'apparentant à un droit voisin²⁰³¹ d'une durée de 25 ans²⁰³².

Le cas du propriétaire du support matériel de l'œuvre est précisément celui qui nous intéresse puisque l'octroi de ce droit sur l'œuvre posthume ne découle aucunement du droit d'auteur hérité ou légué (puisque, dans cette hypothèse, il n'est pas l'héritier ou le légataire de l'auteur décédé). Dès lors, il est des raisons de convoquer le mécanisme de la possession pour justifier l'octroi de ce droit de publication de l'œuvre posthume. En effet, les ressemblances entre le régime des œuvres posthumes et la possession sont prégnantes : certains y voient le régime des trésors posé par l'article 716 du Code civil²⁰³³, d'autres voient dans la possession la justification du droit sur les œuvres posthumes²⁰³⁴. Pour appuyer cette opinion, dans ce cas bien particulier, ce n'est pas la création, c'est-à-dire le fait créatif, qui justifie l'existence de la protection, son titulaire (le propriétaire du support matériel) n'étant pas l'auteur de l'œuvre, mais explicitement la possession, qui est ici une possession de droit à travers la propriété du support matériel (qui est, nous le rappelons, une exigence explicitement posée par la loi française²⁰³⁵) ; *a fortiori*, le cas des œuvres posthumes est l'une des seules hypothèses où la propriété de la chose matérielle entraîne celle de la chose incorporelle²⁰³⁶. Par ailleurs, l'exigence de divulgation n'empêche pas d'y voir également une

²⁰²⁹ Alors que la directive UE ne conditionne ce droit qu'à la seule divulgation, la loi française semble avoir ajouté la condition de la propriété du support de l'œuvre, une exigence supplémentaire qui n'est pas « *incompatible avec les prescriptions du droit communautaire, lequel laisse traditionnellement toute latitude aux États membres s'agissant des questions de titularité* ». V. *ibid.*, n° 681 ; adde F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 2511.

²⁰³⁰ Dir. 2006/116/CE, *préc.*, art. 4.

²⁰³¹ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 452 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 673. En effet, cette protection, « *inspiré(e) et justifié(e) par des considérations d'opportunité* », ne s'analyse pas comme un droit d'auteur à part entière. V. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 356. L'auteur considère d'ailleurs que ce droit sur les œuvres posthumes, de nature opposée à celle du droit d'auteur, « *constitue une préfiguration des droits dits "connexes" ou "voisins"* ». V. dans le même sens F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 2506, spéc. n° 2508 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 681 ; *contra*. V. Varet, *La protection des œuvres posthumes*, th. Paris 2, 1996, p. 262 ; Madame Simler, dans thèse, qualifie ce droit de droit de propriété, Ch. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, LexisNexis, 2010, n° 219.

²⁰³² CPI, art. L. 123-4, al. 1^{er}.

²⁰³³ V. P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 451. Ce rapprochement présente toutefois ses limites. V. B. Parance, *La possession des biens incorporels*, *op. cit.*, n° 272.

²⁰³⁴ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 352.

²⁰³⁵ Cette exigence n'est pas exempte de critiques, v. en ce sens F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, nos 2512-2513. Celui-ci préconise en effet d'« *abandonner la référence à la propriété [...] pour ne conserver que la faveur à la publication la plus diligente et la plus fidèle* », compte tenu des difficultés qui peuvent se présenter lorsque la publication a lieu à partir des copies de l'original.

²⁰³⁶ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 451 ; à ce titre, il peut être curieux que la possession du support matériel permette d'octroyer un droit, même limité, sur la chose incorporelle dont est grevé le support, en dépit du principe d'indépendance des propriétés corporelle et incorporelle. Néanmoins, la protection spéciale octroyée aux œuvres posthumes a justement pour finalité « *de séduire celui qui pourrait être tenté de faire obstacle à la divulgation en exerçant jalousement ses prérogatives de propriétaire* », autrement dit à l'inciter à faire connaître cette œuvre au public, demeurée jusqu'à présent dans le secret. V. B. Parance, *La possession des biens*

manifestation de la possession dans la mesure où la divulgation peut être perçue comme l'exercice d'un pouvoir de fait²⁰³⁷.

539. L'intervention de la possession en propriété intellectuelle : un présupposé à éprouver.

– La présentation de ces différents mécanismes propres au droit de la propriété intellectuelle que sont la possession personnelle antérieure en droit des brevets, l'utilisation personnelle antérieure en droit des dessins et modèles et le régime spécifique des œuvres posthumes en droit d'auteur rappellent, naturellement, voire intuitivement, le mécanisme de la possession qui œuvre en droit commun des biens. Si, dans le domaine scientifique, bon nombre d'hypothèses ont pour origine une intuition, il est également primordial de savoir si « *l'intuition* » peut être vérifiée scientifiquement. S'agissant de notre hypothèse de départ selon laquelle la possession se manifesterait en propriété intellectuelle, il s'avère que même si, en apparence, elle semble se vérifier, en substance, elle doit être réfutée.

2. Les manifestations illusoires de la possession en droit de la propriété intellectuelle

540. L'analyse approfondie de la possession en propriété intellectuelle. – Il ne faut pas se laisser tromper par la résurgence, voire la prégnance du mécanisme de la possession en propriété intellectuelle, ainsi qu'elle a pu être présentée en amont. En effet, si les différents cas qui ont été abordés se fondent, *a priori*, sur la possession, ce fondement n'est pas aussi exact qu'il n'y paraît (a). En réalité, l'application de la possession en propriété intellectuelle s'avère impossible compte tenu du caractère ubiquitaire de l'objet de propriété intellectuelle (b). S'il y a des résurgences de la possession en propriété intellectuelle, elles ont, pour seule finalité, d'opérer une articulation entre le droit des biens et le droit de la propriété intellectuelle (c).

a. La possession, un fondement discutabile en propriété intellectuelle

541. La possession entendue n'est ni un mode de preuve ni un mode d'acquisition du droit de la propriété intellectuelle. – Solliciter la possession en tant que fondement en propriété intellectuelle est une démarche très critiquée, tant dans sa fonction la plus spectaculaire qu'est la fonction acquisitive (i), que dans sa fonction plus ordinaire qu'est la fonction probatoire (ii).

incorporels, *op. cit.*, n° 272 ; *adde* A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 681.

²⁰³⁷ V. *supra* n° 537.

i. La possession, un fondement erroné pour l'acquisition du droit de propriété intellectuelle

542. Le droit de la propriété intellectuelle ne s'acquiert pas par la possession. – Dans un premier temps, la possession a pu être perçue comme un mode d'acquisition en propriété intellectuelle, à travers l'exemple de la possession personnelle antérieure en droit des brevets ainsi qu'en droit des dessins et modèles, et du régime spécifique des œuvres posthumes en droit d'auteur. Ce postulat doit être précisé, voire fortement nuancé.

543. Retour sur le rôle de la possession au sein du droit des brevets et des dessins et modèles. – S'agissant, en premier lieu, de la possession ou de l'utilisation personnelle antérieure que connaissent certains droits de propriété industrielle, leur rattachement à la notion de droit civil de la possession est loin de faire l'unanimité. En effet, si l'on se focalise sur la condition de possession elle-même telle que posée en droit des brevets par l'article L. 613-7, un schisme, tant au sein de la jurisprudence que de la doctrine²⁰³⁸, existe sur le fait de savoir si cette possession implique la seule maîtrise intellectuelle de l'invention, c'est-à-dire « *la simple connaissance, précise et complète, de tous les éléments de l'invention* »²⁰³⁹, ou bien si elle implique également la maîtrise industrielle de l'invention, c'est-à-dire « *son exploitation ou, du moins, à l'existence de préparatifs effectifs et sérieux à cette fin* »²⁰⁴⁰. Si l'on souhaite rattacher cette « *possession* » à la possession des biens meubles corporels, il est alors nécessaire d'exiger également la maîtrise industrielle de l'invention, les actes d'exploitation de l'invention étant susceptibles de se rapprocher du *corpus* possessoire tel qu'exigé pour reconnaître une possession²⁰⁴¹. Mais il semble que « *[l]a doctrine et la jurisprudence s'accordent aujourd'hui pour considérer que c'est par tous moyens que se prouve la possession, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'actes d'exploitation ou de préparatifs d'exploitation, en plus de la connaissance précise de l'invention* »²⁰⁴². Cette conception de la possession propre au droit des brevets, qui ne se fonde donc que sur la maîtrise intellectuelle de l'invention, semble être davantage en adéquation avec la véritable fonction de la possession personnelle antérieure, qui se veut être un « *correctif à la règle, parfois peu équitable, du premier déposant* »²⁰⁴³. Dans cette optique, il n'y aurait donc que très peu de rapport entre la « *possession* » personnelle antérieure et la possession des meubles corporels²⁰⁴⁴ ; si peu que certains auteurs

²⁰³⁸ M. Vivant, *Le droit des brevets*, op. cit., p. 108 ; J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, op. cit., n° 512.

²⁰³⁹ N. Bouche, *Le Lamy droit commercial*, maj. avr. 2023, n° 1928.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, n° 1929.

²⁰⁴¹ Les actes d'exploitation de l'invention (ou les préparatifs sérieux et effectifs de l'exploitation) peuvent en effet être perçus comme des actes matériels d'usage, qui sont toujours exigés en jurisprudence pour constater le *corpus* possessoire, v. en ce sens W. Dross, *Droit des biens*, op. cit., n° 236.

²⁰⁴² F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, op. cit., n° 674.

²⁰⁴³ J. Passa, *Traité de la propriété industrielle*, t. 2, op. cit., n° 509 et 512 ; N. Bouche, *Le Lamy droit commercial*, op. cit., nos 1928-1929.

²⁰⁴⁴ M. Vivant, *Le droit des brevets*, op. cit., p. 108 : « *cette "possession" [...] peut difficilement être celle que connaît le Code civil* ».

critiquent, *a fortiori*, l'usage du terme « *possession* » en droit des brevets et lui préfèrent le terme « *utilisation* » que l'on trouve en droit des dessins et modèles²⁰⁴⁵.

544. Retour sur la possession s'agissant de la publication des œuvres posthumes. – S'agissant, en second lieu, du droit de publication sur les œuvres posthumes qui peut être octroyé au propriétaire du support matériel d'une telle œuvre, la possession n'intervient pas davantage dans l'octroi d'un tel droit. Pour rappel, l'octroi de ce droit dépend de deux conditions : il faut que ce soit le propriétaire du support matériel de l'œuvre posthume qui procède à la divulgation de celle-ci. Sont donc requis la qualité de propriétaire de l'éventuel bénéficiaire et l'accomplissement de la divulgation de l'œuvre posthume. La première condition implique, dit autrement, une possession de droit (la possession de droit est qualifiée de propriété). Même si la loi française a ajouté cette condition qui n'a pas été prévue par le législateur de l'Union européenne²⁰⁴⁶, cette condition ne se suffit pas à elle-même. En effet, la seule possession (une possession de droit dans notre hypothèse) ne peut fonder l'octroi du droit de publication de l'œuvre posthume. Autrement dit, la possession à elle seule n'a aucune prise sur l'acquisition de ce droit. La divulgation, seconde condition, a pu, on l'a souligné, être présentée comme une manifestation de la possession²⁰⁴⁷. Mais cette assimilation entre la divulgation et la possession doit être nuancée, la principale différence entre les deux notions résidant dans l'absence d'effet acquisitif de la divulgation en droit d'auteur. En effet, si la divulgation peut avoir un effet probatoire de la protection, il est en revanche exclu qu'elle ait un effet acquisitif²⁰⁴⁸, le seul fait acquisitif du droit d'auteur étant le fait de la création²⁰⁴⁹. Dans le cas particulier de l'œuvre posthume possédée par un tiers, il est même possible de relever que ce propriétaire du support matériel de l'œuvre n'a pas la pleine maîtrise de cette divulgation dans la mesure où son « *pouvoir de divulgation* » ne peut s'affranchir du respect du droit moral de l'auteur (s'il l'a exprimé un refus de son vivant) et de ses ayants cause²⁰⁵⁰.

De cette analyse, il ressort que la possession n'a finalement que très peu, voire aucune incidence en propriété intellectuelle, particulièrement quant à l'acquisition de la protection privative. Ce résultat n'a, en réalité, rien d'insolite car les modes d'acquisition spécifiques du droit de propriété intellectuelle, que sont la création et le dépôt, s'extirpent de toute idée de possession et les cas supposés de résurgence de la possession qui viennent d'être étudiés n'en sont pas véritablement. En revanche, il peut être déroutant de constater que la possession, dans sa fonction probatoire, n'a pas davantage d'incidence en propriété intellectuelle.

²⁰⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 1674, note de bas de page n° 4 : l'expression d'« *utilisation personnelle antérieure* » est « *plus heureuse que celle de "possession personnelle" utilisée en droit des brevets* ».

²⁰⁴⁶ Cette exigence supplémentaire n'est pas « *incompatible avec les prescriptions du droit communautaire* ». V. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 681. Cela étant, elle n'emporte pas toujours approbation. V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, nos 2512-2513.

²⁰⁴⁷ A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, n° 330 et s.

²⁰⁴⁸ J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », art. préc., spéc. n° 8 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 699.

²⁰⁴⁹ CPI, art. L. 111-1.

²⁰⁵⁰ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, *op. cit.*, n° 272 ; *adde.* A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 678.

ii. **La possession, un fondement imparfait pour la preuve du droit de propriété intellectuelle**

545. Les présomptions de titularité se fondent-elles sur des manifestations de la possession ? – S’agissant des différentes présomptions présentées en amont, le mécanisme de la possession a très largement été sollicité comme un fondement possible de celles-ci. Plus précisément, c’est à travers la fonction probatoire de la possession qu’est établi le lien entre ce mécanisme et les diverses présomptions de qualité d’auteur et de titularité irriguant le droit de la propriété intellectuelle²⁰⁵¹. Mais il convient de préciser, voire de nuancer ce propos en se demandant si les actes fondant ces présomptions peuvent véritablement s’analyser comme des actes d’exercice d’un pouvoir de fait, autrement dit d’une possession. Pour rappel, en droit d’auteur, c’est la divulgation qui fonde les présomptions légales de qualité d’auteur et de titularité des droits sur l’œuvre collective ; en propriété industrielle, c’est le dépôt qui fonde les présomptions légales de titularité du droit ; s’agissant de la présomption prétorienne de titularité du droit de l’auteur au bénéfice des personnes morales, ce sont des actes de possession qui fondent ladite présomption. En somme, il s’agit de se demander si la divulgation, le dépôt et les actes de possession, nécessaires pour prétendre au bénéfice de ces présomptions, sont assimilables à l’exercice d’une possession.

546. La divulgation n’est pas une « simple » manifestation de la possession – Avant de répondre à l’interrogation formulée, il convient de revenir un instant sur la notion de divulgation. Cette notion, dont l’importance est capitale en droit d’auteur, ne fait l’objet d’aucune définition²⁰⁵². Elle peut néanmoins faire l’objet d’une appréhension à travers les exigences qui l’innervent. En ce sens, la divulgation est, tout d’abord, un acte matériel, l’œuvre divulguée étant celle qui est « dévoilée, révélée, portée à la connaissance du public »²⁰⁵³ ; une divulgation effective est donc celle qui est faite auprès d’un public. La divulgation comporte aussi un élément moral, intentionnel : en effet, « l’acte matériel de révélation à un public n’emporte aucune conséquence juridique si elle n’est pas l’expression de la volonté de l’auteur » dans la mesure où « [l]a divulgation d’une œuvre protégée par le droit d’auteur est l’exercice d’un droit »²⁰⁵⁴. De la conjonction de ces deux éléments, il ressort que la divulgation ne s’identifie pas à n’importe quel acte. *A fortiori*, la divulgation n’est pas un acte ou un fait²⁰⁵⁵ anodin : elle constitue le résultat d’une décision dont les modalités auront été choisies par celui qui est en mesure d’exercer le droit de divulgation (qui est, en principe, le seul auteur)²⁰⁵⁶.

²⁰⁵¹ V. *supra* n° 537.

²⁰⁵² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 553.

²⁰⁵³ *Ibid.*, n° 554.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, n° 556.

²⁰⁵⁵ Ainsi, sans rentrer dans le débat, nous faisons sciemment abstraction de la définition juridique de chacun de ces termes pour les retenir dans leur acception courante qui les considère comme des synonymes.

²⁰⁵⁶ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 222.

547. La non-superposition de la divulgation et de la possession. – Si la divulgation est perçue par de nombreux auteurs comme l'exercice d'un pouvoir de fait, autrement dit d'une possession²⁰⁵⁷, il convient dès à présent de préciser que la réciproque est loin d'être vraie : toute manifestation de la possession n'équivaut pas forcément à une divulgation. Tel est le cas du transfert de propriété du support matériel qui ne peut, sans autre indice, être assimilé à une divulgation²⁰⁵⁸ ; ou de la signature d'un contrat d'exploitation ou d'un contrat de commande qui ne vaut pas nécessairement divulgation²⁰⁵⁹, à moins d'une mention contraire au sein du contrat²⁰⁶⁰. D'ailleurs, l'absence de divulgation ne doit pas empêcher l'exercice de la possession sur l'objet matériel support de l'œuvre²⁰⁶¹.

Ces relations à première vue tumultueuses entre divulgation et possession sont, en réalité, l'une des conséquences « *heureuses* » du principe de séparation des propriétés corporelle et incorporelle qui anime le droit de la propriété intellectuelle²⁰⁶². En vertu de ce principe, le titulaire du droit de propriété intellectuelle dispose du pouvoir, du droit de divulgation sur l'objet immatériel contenu dans le support ; et le propriétaire de la chose matérielle dispose de la pleine possession, de la pleine propriété du support matériel de l'objet immatériel. Ainsi, tout en s'évertuant à séparer et à articuler au mieux les prérogatives de chacun, il apparaît par conséquent logique que la possession ne puisse s'étendre sur le terrain de la divulgation, et inversement. Certes, nous comprenons l'analogie faite entre la divulgation et la possession qui permettent, toutes deux, de fonder une présomption de titularité/de propriété : « *en fait de meubles, la possession vaut titre* »²⁰⁶³, « *en fait d'œuvres de l'esprit, la divulgation vaut titre* »²⁰⁶⁴. De plus, l'opportunité que cette assimilation représente pour établir un passage entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit commun des biens semble bien trop belle pour ne pas être saisie. Mais, il semble qu'une différence de nature subsiste entre ces deux notions : alors que l'exercice de la possession s'entend de manière large pour donner prise à une propriété²⁰⁶⁵, l'exercice de la divulgation n'implique pas n'importe quelle divulgation et, qui plus est, ne résulte pas nécessairement de l'accomplissement d'un acte de possession ou d'un fait possessoire ainsi que nous venons de le relever.

²⁰⁵⁷ A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.* n° 330 ; pour le professeur Raynard, la possession de l'œuvre reste sous-jacente à la notion de divulgation. V. J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *art. préc.*, n° 9.

²⁰⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, *Eric Clapton*, n° 17-18.237 ; F. Pollaud-Dulian, *comm. ss. déc. préc.*, « Les tribulations de *La Jeune fille au bouquet* et de la pochette de *Layla*, ou le droit moral entre deux eaux », *RTD com.* 2019. 91 ; Ph. Gaudrat, *comm. ss. déc. préc.*, « Non-épuisement du droit de divulgation (par donation du support) », *RTD com.* 2019. 127 ; J. Lapousterle, *obs. ss. déc. préc.*, « De l'art d'exercer le droit de divulgation en matière artistique : épilogue de l'affaire de "La jeune fille au bouquet" », *Dalloz IP/IT* 2019. 318 ; P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 222 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 790.

²⁰⁵⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, nos 561-562.

²⁰⁶⁰ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 222.

²⁰⁶¹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 571.

²⁰⁶² V. *supra* n° 67 et s.

²⁰⁶³ C. civ. art. 2276.

²⁰⁶⁴ J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *art. préc.*, n° 6 et s.

²⁰⁶⁵ B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », in *L'entreprise et la titularité des droits de propriété intellectuelle*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, 2016, n° 22.

548. Le dépôt n'est pas une véritable manifestation de la possession – Le dépôt est une formalité légalement prévue qui irrigue le droit de la propriété industrielle. Ce dépôt ne doit pas être confondu avec la notion de dépôt de droit des contrats appréhendée par le Titre XI « *Du dépôt et du séquestre* » du Livre III « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* » du Code civil, aux articles 1915 et suivants²⁰⁶⁶. Le dépôt en propriété intellectuelle s'entend d'un dépôt légal, c'est-à-dire, ainsi que cela vient d'être suggéré, d'une « [f]ormalité à l'accomplissement de laquelle est attachée la protection de certains droits intellectuels et consistant en une inscription sur registre [...] en la remise de documents relatifs à l'objet à protéger [...] ou d'un exemplaire de l'objet même à protéger »²⁰⁶⁷. Ainsi, si aucune confusion n'est à faire entre le dépôt propre au droit des contrats et le dépôt propre au droit de la propriété intellectuelle, la doctrine spécialisée perçoit également ce dernier comme un acte juridique²⁰⁶⁸ unilatéral²⁰⁶⁹, seul point commun qui semble être partagé entre les deux notions²⁰⁷⁰ (en dehors de leur homonymie parfaite).

Cette précision étant faite, est-il valable de voir dans l'acte de dépôt une manifestation d'un pouvoir de fait, d'une possession ? Une réponse affirmative a pu être formulée en doctrine²⁰⁷¹ dans la mesure où celui qui effectue ce dépôt – la préférence étant donnée au premier déposant en propriété intellectuelle – a non seulement connaissance de l'objet qu'il souhaite faire protéger, mais également la maîtrise physique, matérielle de celui-ci. Logiquement, celui qui procède au dépôt est censé être celui qui est aussi en possession de l'invention. Mais une analyse plus poussée des notions de dépôt et de possession incite à nuancer cette affirmation. Du point de vue de la possession, l'on se heurte, à nouveau, à sa conception matérialiste qui refuse de qualifier une possession comme telle si l'accomplissement d'actes juridiques ne s'accompagne pas de l'accomplissement d'actes matériels d'usage²⁰⁷² ; en ce cas, l'accomplissement du dépôt, acte juridique, ne peut fonder, à lui seul, une possession. Inversement, l'accomplissement d'actes matériels d'usage sont, certes, propices à la caractérisation d'une possession, mais ne sont pas en mesure de prouver (et encore moins de fonder) la titularité d'un droit de propriété industrielle si aucun dépôt n'a eu lieu.

Autrement dit, pour bénéficier de la présomption légale de titularité d'un droit de propriété industrielle, il importe peu que des actes de possession tels qu'ils s'entendent en droit commun des biens (c'est-à-dire comme des actes matériels d'usage) soient accomplis ; seul le dépôt compte pour

²⁰⁶⁶ Ph. Le Tourneau, *Rép. dt. Commercial*, v. « dépôt », avr. 2018, m.àj. oct. 2020 ; G. Pignarre, *Rép. dt. civil*, v. « dépôt », nov. 2017, m.àj. avr. 2021.

²⁰⁶⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « dépôt ».

²⁰⁶⁸ J. Passa « Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques », art. préc. ; J. Raynard, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », art. préc., n° 3.

²⁰⁶⁹ J.-M. Mousseron, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, *op. cit.*, n° 114 et s. Par ailleurs, la délivrance du titre par le directeur de l'INPI est un acte administratif individuel, v. J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 480 ; *adde.* Cass. com., 31 janv. 2006, *PIBD* 2006, n° 826, III, p. 214, qui a considéré, à l'occasion d'un litige de marques, que « la délivrance d'un titre de propriété industrielle par le directeur de l'INPI constitue un acte administratif individuel ». Cette solution vaut d'ailleurs quel que soit le titre de propriété industrielle délivré.

²⁰⁷⁰ C. civ., art. 1915 : « Le dépôt, en général, est un acte [...] ».

²⁰⁷¹ A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.* n° 336.

²⁰⁷² W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 238.

bénéficiaire de cette présomption. Réciproquement, l'accomplissement du seul dépôt est légitime pour fonder la présomption de titularité mais, en tant qu'acte juridique, il ne l'est pas pour fonder une possession au sens de l'article 2276 du Code civil.

Il y a donc une différence de nature entre le dépôt, acte juridique, et la possession, fait possessoire, dont il découle que le seul accomplissement de faits possessoires n'est en mesure ni de fonder ni de prouver un droit de propriété industrielle.

Pour illustrer le propos, il est possible de solliciter, de nouveau, l'exemple de la possession personnelle antérieure en droit des brevets²⁰⁷³. Peu importe l'accomplissement d'actes de possession sur l'invention, il ne pourra jamais donner lieu à un droit de brevet sans l'accomplissement du dépôt. Dès lors, si l'accomplissement d'actes de possession ne peut fonder l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle, il ne peut davantage prouver l'existence dudit droit ; la présomption de titularité du droit se fonde sur le dépôt, perçu comme un « *acte de volonté* », un « *acte volontaire d'appropriation* »²⁰⁷⁴ qui marque un détachement vis-à-vis du régime de la possession²⁰⁷⁵. En effet, le possesseur d'une invention, d'un signe distinctif ou d'un dessin ou modèle n'acquiert pas de droit de propriété industrielle par l'accomplissement de seuls faits possessoires²⁰⁷⁶. De surcroît, un dépôt postérieur régulier fait par une tierce personne sur le même objet ferait de cette « *première possession* » une possession personnelle antérieure (dans le cas d'une invention) ou une utilisation personnelle antérieure (dans le cas d'un dessin ou d'un modèle), lesquelles ne s'assimilent aucunement à un droit de propriété industrielle²⁰⁷⁷.

549. La possession, fondement incertain de la présomption prétorienne de titularité de droit de l'auteur. – La présomption de titularité du droit de l'auteur accordée aux personnes morales est, pour rappel, une création prétorienne issue de la jurisprudence *Aréo*²⁰⁷⁸. Pour pouvoir bénéficier de cette présomption, deux conditions sont nécessaires : la personne morale doit avoir accompli des actes de possession de l'œuvre, et le droit d'auteur ne doit pas être revendiqué par le ou les auteurs de l'œuvre. Le fondement de cette présomption semble donc reposer sur la notion de possession, le juge ayant progressivement abandonné les fondements légaux qu'il a pu invoquer, à savoir l'article L. 113-1 et l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, face à l'inadéquation de ces fondements de droit spécial²⁰⁷⁹, il est naturel que le juge se soit tourné vers le

²⁰⁷³ V. *supra* n° 538.

²⁰⁷⁴ J.-M. Mousseron, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, *op. cit.*, n° 115 et n° 157.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, n° 115.

²⁰⁷⁶ Cela vaut y compris pour la marque notoire qui ne nécessite pas d'enregistrement, dont le régime apparaît moins protecteur aujourd'hui, v. *supra* n° 533.

²⁰⁷⁷ V. *supra*, n° 538.

²⁰⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *SA Aréo et A. c. Syndicat d'initiative de l'office du Tourisme de Villeneuve Loubet et A.*, déc. préc. : A. Françon, « Personne morale. Titularité du droit d'auteur », note préc.

²⁰⁷⁹ Ces deux fondements sont, l'un comme l'autre, jugés inadéquats par la doctrine, à juste titre. L'article L. 113-1 établit une présomption de qualité d'auteur au bénéfice des seules personnes physiques et est, sans doute, l'un des derniers vestiges de la conception personnaliste du droit d'auteur. Il apparut donc incongru qu'un tel fondement fût sollicité pour fonder une présomption octroyée aux personnes morales. Si l'article L. 113-5 peut constituer un fondement plus opportun étant donné qu'il concerne aussi bien les personnes physiques ou morales, il s'avère inadéquat au regard de son champ d'application : en effet, l'article L. 113-5 établit une

droit commun qui, dans sa subsidiarité, assure aussi une fonction de complémentarité du droit spécial. Cette position a été revendiquée, le rapport annuel de la Cour de cassation de 1993 établissant que « *dépassant le jeu des textes régissant la propriété littéraire et artistique, (la Cour) est remontée au principe élémentaire du droit selon lequel la possession fait présumer la propriété* »²⁰⁸⁰. Cette jurisprudence est désormais constante et bien établie ; la mise en œuvre de cette présomption a été précisée au fur et à mesure des arrêts rendus.

Cependant, un doute subsiste quant au fondement de la possession, certaines jurisprudences postérieures faisant référence aux « *actes de possession* » accomplis par la personne morale demanderesse²⁰⁸¹, tandis que d'autres préfèrent se référer aux « *actes d'exploitation* »²⁰⁸² ; à mi-chemin, se situent des jurisprudences plus récentes qui exigent l'accomplissement d'actes d'exploitation qui doivent présenter les qualités de la possession utile telles que la non-équivoque et la paisibilité de la possession²⁰⁸³.

Au regard de ces éléments, il est possible de constater que si la jurisprudence est constante dans sa solution, elle est plus sinieuse dans son fondement. Ceci nous pousse à croire que la possession n'est pas le fondement le plus opportun, dans la mesure où il n'assure pas de véritable fonction probatoire, au contraire de la possession en droit commun des biens.

550. L'exigence d'actes spécifiques d'exploitation. – La première raison de douter est que, même si le juge se réfère à l'accomplissement d'actes de possession pour mettre en œuvre la présomption de titularité, il ressort de la jurisprudence, notamment récente, que ce ne sont pas n'importe quels actes de possession qui fondent cette présomption. D'ailleurs, l'abandon progressif de la référence aux actes de possession pour préférer celle faite aux actes d'exploitation pousse à croire qu'il existe une différence entre les notions de possession et d'exploitation.

présomption de titularité du droit d'auteur uniquement sur l'œuvre collective. Or, toutes les œuvres exploitées par des personnes morales ne sont pas forcément des œuvres collectives. Cette réalité conduisit alors le juge qui invoquait ce fondement à évincer purement et simplement le jeu de cette condition. V. en ce sens B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc. ; J. Goutal, « Présomption de titularité des droits d'exploitation au profit des personnes morales : la Cour de cassation maintient sa jurisprudence », *RIDA* n° 175, janv. 1998, p. 65 et s.

²⁰⁸⁰ F. Pollaud-Dulian, « De la prescription en droit d'auteur », *RTD civ.* 1999. 585.

²⁰⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, n° 97-10.963 ; Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-15.048.

²⁰⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *Sté IFG c. Sté NCI*, n° 94-15.566 : A. Françon, note ss. déc. préc., « Personnes morales et contrefaçon de droits d'auteur », *D.* 1997. 328 et A. Françon, « Personne morale titulaire du droit d'auteur sur une œuvre. Action en contrefaçon », *RTD com.* 1997. 267 ; B. Edelman, note. ss. déc. préc., « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998. 141 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-14.201 : A. Françon, note ss. déc. préc., « Personnes protégées. Qualité pour agir en contrefaçon. Personnes morales », *RTD com.* 1999. 393 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 fév. 2000, n° 97-21.098 ; Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-67.107 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2010, *Société Edena c. Société PGM*, n° 09-66.160 et Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2011, *Société Anitsa c. Société Fashion B. Air*, n° 09-14.505 : F. Pollaud-Dulian, comm. ss. déc. préc., « Personne morale. Présomption de titularité des droits d'exploitation », *RTD com.* 2011. 103.

²⁰⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n° 11-13.116 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Présomption de titularité des droits des personnes morales : une vraie peau de chagrin ! », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil. 2012, comm. 73 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-12.886 ; *add.* S. Mandel, N. Binctin, « Les créations prétoriennes de la Cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2015, étude 4, n° 4.

Cette différence n'était pas véritablement perceptible jusqu'à ce que la première chambre civile de la Cour de cassation rende un arrêt en 2011²⁰⁸⁴. En soi, la solution de cet arrêt n'est pas nouvelle, mais son apport quant à la preuve des actes d'exploitation marque un tournant important dans la compréhension de cette exigence. Depuis cet arrêt, l'exigence de l'accomplissement d'actes d'exploitation ne passe pas par de « *simples* » actes d'exploitation ; ceux-ci doivent, d'après le juge, être « *propres à justifier l'application de la présomption de titularité des droits* », et donc être qualifiés²⁰⁸⁵. Ceci est particulièrement vrai dans la mesure où n'importe quel acte d'exploitation ne permet pas nécessairement d'établir avec précision qui est le titulaire présumé du droit de l'auteur, surtout quand il y a plusieurs personnes qui exploitent une œuvre concomitamment. Cette situation est tout à fait envisageable compte tenu du caractère ubiquitaire de l'œuvre²⁰⁸⁶, et elle explique d'ailleurs la solution rendue dans l'arrêt de 2011²⁰⁸⁷. Ainsi, si la présomption de titularité ne peut se fonder sur n'importe quel acte d'exploitation, il est, *a fortiori*, largement admis que les notions d'exploitation et de possession ne sont pas identiques²⁰⁸⁸. La différence réside essentiellement dans l'objet sur lequel ces actes s'exercent : alors que les actes d'exploitation doivent porter sur l'objet incorporel, les actes de possession ne peuvent porter que sur l'objet corporel. En rappelant « *implicitement la distinction entre l'exploitation de l'œuvre et la possession de son support* »²⁰⁸⁹, l'on se rend compte que se référer à des actes de possession pour fonder la présomption de titularité du droit de l'auteur peut être source de confusion entre l'objet de propriété intellectuelle, chose incorporelle, et son support matériel, chose corporelle et, subséquemment, entre propriété intellectuelle et propriété corporelle. La notion de possession est enfermée dans un carcan matérialiste. Or, exiger l'accomplissement d'actes de possession sur un objet de propriété intellectuelle conduit à imposer cette vision matérialiste à un droit de nature incorporelle en recherchant l'accomplissement d'actes matériels sur le support physique de l'objet de propriété intellectuelle. Un tel raisonnement ne peut fonder un droit de propriété intellectuelle mais, plus assurément, un droit de propriété corporelle. Toutefois, en opérant un tel raccourci entre actes de possession et titularité d'un droit de propriété

²⁰⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2011, *Société Anitsa c. Société Fashion B. Air*, déc. préc. : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Présomption de titularité et actes d'exploitation », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2011, comm. 20 ; V. Da Silva, comm. ss. déc. préc., « Présomption de titularité du droit d'auteur : interprétation stricte de la condition d'actes d'exploitation », *D.* 2011. 1121 ; P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », art. préc. ; F. Pollaud-Dulian, « Personne morale. Présomption de titularité des droits d'exploitation », comm. préc.

²⁰⁸⁵ Ch. Caron, « Présomption de titularité et actes d'exploitation », comm. préc.

²⁰⁸⁶ V. *infra* n° 553.

²⁰⁸⁷ P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », art. préc. : « *En l'espèce, tant la personne qui agissait en justice que la contrefactrice se fournissaient auprès du même fabricant, chinois, et commercialisaient, concomitamment, les mêmes œuvres sur le marché français, "sans qu'il soit justifié par l'une d'entre elles d'instructions précises adressées à la société chinoise pour leur fabrication". Pour la cour régulatrice, "la cour d'appel a pu en déduire que, dans de telles circonstances, la société (demanderesse) ne pouvait se prévaloir d'actes d'exploitation propres à justifier l'application de la présomption de titularité des droits"* ». Cette solution peut être saluée, v. en ce sens F. Pollaud-Dulian, « Personne morale. Présomption de titularité des droits d'exploitation », comm. préc.

²⁰⁸⁸ Ch. Caron, « Présomption de titularité et actes d'exploitation », comm. préc. ; B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 7 ; V. Da Silva, « Présomption de titularité du droit d'auteur : interprétation stricte de la condition d'actes d'exploitation », comm. préc. ; *adde.* Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 567.

²⁰⁸⁹ V. Da Silva, « Présomption de titularité du droit d'auteur : interprétation stricte de la condition d'actes d'exploitation », comm. préc.

intellectuelle, l'on rétablit cette confusion pernicieuse entre propriété corporelle et propriété incorporelle ; une confusion soigneusement évitée par les hauts juges dans l'arrêt de 2011 en établissant une différence, certes timide, mais nécessaire, entre les notions d'exploitation et de possession²⁰⁹⁰.

D'ailleurs, même si les arrêts postérieurs font de nouveau une référence « *indirecte* » à la possession à travers les qualités de la possession utile pour venir compléter et préciser la preuve de l'exigence d'exploitation²⁰⁹¹, ils ne sont pas en contradiction avec la distinction qui vient d'être faite entre possession et exploitation : il est tout à fait possible de s'inspirer de certaines conditions de la possession²⁰⁹², sans qu'elles ne soient l'apanage de celle-ci.

551. Les limites de l'analogie à propos de la présomption de titularité. – La seconde raison de douter réside dans les limites de l'assimilation entre la présomption de propriété induite par la possession et la présomption de titularité : même si l'on peut identifier une inspiration commune, peut-on parler d'identité parfaite entre les deux présomptions ? Des éléments de réponse peuvent être trouvés lorsque l'on analyse les effets de chacune de ces présomptions ainsi que leur nature. D'une part, les effets de ces deux présomptions sont assez variables. S'agissant de la présomption de propriété induite par la possession, celle-ci inverse la charge de la preuve et permet ainsi au défendeur de s'exonérer de toute démonstration²⁰⁹³. En effet, le défendeur à l'action n'aura pas à prouver de titre puisque celui-ci est présumé ; ce sera au demandeur à l'action de prouver que cette possession n'est pas régulière, par exemple en démontrant qu'elle est viciée, inexistante, ou encore la précarité de la détention²⁰⁹⁴.

S'agissant de la présomption de titularité de droit de l'auteur, ses effets ne sont pas les mêmes. La personne morale qui en bénéficie n'est pas dispensée de toute preuve : elle est, certes, dispensée de prouver le titre (sinon il n'y aurait aucun intérêt à établir une telle présomption), mais elle devra quand même prouver qu'elle exploite l'œuvre et qu'aucune revendication n'a été formulée. S'opère donc un déplacement de l'objet de la preuve ; ce qui lui reste désormais à prouver étant supposé être plus simple à rapporter²⁰⁹⁵. La dispense de la preuve du titre combinée au déplacement de

²⁰⁹⁰ Ch. Caron, « Présomption de titularité et actes d'exploitation », comm. préc. : la référence à l'exploitation est plus heureuse que la référence à la possession.

²⁰⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, déc. préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, déc. préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juil. 2014, n° 13-16.465 : A. Lebois, obs. ss. déc. préc., « La présomption de titularité de l'exploitant est subordonnée à la seule preuve de l'exploitation », *LEPI* n° 9, oct. 2014, p. 2 ; J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles, op. cit.*, n° 53. Ces références ne sont pas exemptes de critiques car, en cas d'exploitations concomitantes, « *la prétendue possession est toujours entachée du vice d'équivoque et de promiscuité* », v. F. Pollaud-Dulian, « De la prescription en droit d'auteur », art. préc. Dès lors, comment rendre l'exploitation non-équivoque ? Fait-on « *prévaloir les actes de certains exploitants contre les actes d'autres ? Faut-il privilégier celui qui prend, le premier, l'initiative du procès ? Enfin, ne risque-t-il pas, parfois, d'exister une certaine ambiguïté ?* », v. P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », art. préc.

²⁰⁹² Ainsi que nous allons le relever en aval, cette présomption s'inspire effectivement de la possession. Pour autant, il n'y a pas et il ne doit pas y avoir assimilation complète. V. *infra* n° 551 ; *add.* B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 22.

²⁰⁹³ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens, op. cit.*, n° 427.

²⁰⁹⁴ C. Grimaldi, *Droit des biens, op. cit.*, n° 747.

²⁰⁹⁵ P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », art. préc.

L'objet de la preuve²⁰⁹⁶ conduit donc à un allègement de la charge probatoire au profit de la personne morale bénéficiaire de cette présomption. Malgré cet allègement, la force probante de cette présomption est moindre que celle de la présomption émanant de la possession, poussant ainsi certains auteurs à considérer que la présomption de titularité n'a pas véritablement de fonction probatoire²⁰⁹⁷ puisqu'il n'y a pas de dispense « totale » de la charge de la preuve, ni de renversement de la charge de la preuve²⁰⁹⁸. Par ailleurs, la nature de chacune de ces présomptions peut également faire l'objet d'une discussion. De manière générale, les présomptions établies en propriété intellectuelle sont des présomptions de titularité de la protection²⁰⁹⁹. Même si, de manière intuitive, le lien peut être établi avec la présomption de propriété induite par la possession, encore faut-il considérer que présomption de titularité et présomption de propriété sont des équivalents, une affirmation qui n'emporte pas nécessairement l'approbation²¹⁰⁰.

552. La possession, un fondement à manier avec précaution. – À titre conclusif, l'on peut noter qu'en l'état actuel du droit positif, particulièrement de la jurisprudence, il y a une inspiration évidente de la notion de possession en propriété intellectuelle s'agissant de la présomption prétorienne de titularité. Même si le juge ne parle plus d'actes de possession à chaque occasion et préfère se référer à des actes d'exploitation, l'exploitation ainsi requise doit présenter certaines qualités d'une possession utile, telles que la non-équivoque et la paisibilité de l'exploitation. Il n'y a aucun reproche à formuler à une telle inspiration qui est une manière de faire avec l'existant. Cependant, il serait préférable de se garder de tout rattachement automatique avec la notion de possession²¹⁰¹ compte tenu des différences dirimantes qui ont été soulignées, tant du point de vue notionnel que du point de vue fonctionnel.

²⁰⁹⁶ B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 10.

²⁰⁹⁷ F. Pollaud-Dulian, « 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. 45.

²⁰⁹⁸ B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 10.

²⁰⁹⁹ À l'exception de la présomption de qualité d'auteur posée par L. 113-1 qui ne doit pas être confondue avec une présomption de titularité, mais qui a, malheureusement, pu être confondue avec la présomption de titularité en jurisprudence lorsque cette disposition a servi de fondement à la présomption prétorienne de titularité, v. *ibid.*, n° 18.

²¹⁰⁰ *Ibid.*, n° 11 ; *contra.* : P. Tafforeau, « De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2001, chron. 10, n° 15 « *La Cour de cassation, à n'en pas douter, a posé une présomption de propriété... intellectuelle* ». Madame Mandel et le professeur Binctin, quant à eux, parlent de « *présomption de propriété du droit d'auteur* » pour désigner la présomption prétorienne, v. S. Mandel, N. Binctin, « Les créations prétoriennes de la Cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 4.

²¹⁰¹ V. en ce sens B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 22 : « *notre présomption dérive incontestablement de la possession, elle s'en inspire, sans pour autant se confondre totalement avec elle* », et un rattachement pur et simple n'est pas souhaité au risque que cela élargisse « *inutilement le domaine de la présomption de titularité (la possession étant plus large que l'exploitation)* ». Faute de fondements existants adéquats, une partie de la doctrine spécialisée préconise de consacrer un PGD pour donner un fondement valable à cette présomption et s'affranchir des visas encombrants. V. en ce sens : M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1112 et Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 567 ; B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 23.

Outre le cas particulier de la présomption prétorienne de titularité de droit de l'auteur, il semble que, de manière générale, la notion de possession ne soit pas un fondement opportun pour justifier l'attribution d'un droit de propriété intellectuelle.

b. La possession, un fondement impossible en propriété intellectuelle

553. L'application nuancée de la possession en matière de biens incorporels ; l'ubiquité des objets de propriété intellectuelle, un obstacle à l'application de la possession²¹⁰². – De manière générale, le transport de la notion de possession vers la propriété intellectuelle est délicat. Il serait tentant de justifier cette difficulté par la nature incorporelle de l'objet de propriété intellectuelle. Mais ce postulat n'est pas exact ou, à tout le moins, il est lacunaire. En effet, la notion de possession n'est pas hermétique à l'univers incorporel et, inversement, l'incorporel n'est pas fermé à la réception de la notion de possession en son sein ; certaines thèses ont pu démontrer qu'il était possible d'extirper la possession de son carcan matérialiste pour l'appliquer à *certain*s biens incorporels²¹⁰³. Mais le malaise qui se manifeste s'agissant des objets de propriété intellectuelle est plus profond que leur « *simple* » nature immatérielle. En effet, le véritable obstacle à l'application de la possession n'est pas leur caractère immatériel, mais plus certainement leur caractère ubiquitaire²¹⁰⁴ ; une ubiquité qui, certes, est liée à leur incorporalité, sans que la nature incorporelle d'une chose n'induisse nécessairement son ubiquité²¹⁰⁵.

Cette nature ubiquitaire induit un paradoxe : les objets de propriété intellectuelle sont des biens incorporels qui, tout en étant intimement liés à la matière, sont irrésistiblement éloignés de ses considérations ce qui a pour conséquence, notamment, d'être dépourvus d'exclusivité intrinsèque. Or, le mécanisme de la possession n'a de sens que parce qu'il établit la preuve de l'utilisation exclusive de la chose sur laquelle s'exerce ladite possession. Et en matière d'objets de propriété intellectuelle, à moins d'un support unique, la possession peut tout à fait être plurale et conduire, en réalité, à plusieurs possessions concomitantes²¹⁰⁶. Autrement dit, la « *possession* » d'un objet de propriété intellectuelle, du fait de sa nature ubiquitaire, ne peut être exclusive. Seul le droit de propriété intellectuelle, dont c'est justement le rôle, peut établir, construire cette exclusivité sur la chose incorporelle, une fois qu'elle est appropriée (c'est-à-dire une fois que les conditions de protection prévues par le droit de propriété intellectuelle invoqué sont remplies). L'exclusivité ainsi

²¹⁰² L'application de l'article 2276 du Code civil est « *dépourvue de sens, en raison de l'ubiquité de l'œuvre* », v. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 699.

²¹⁰³ A. Pélessier, *Possession et meubles incorporels, op. cit.* ; B. Parance, *La possession des biens incorporels, op. cit.*

²¹⁰⁴ *Ibid.*, nos 110-111.

²¹⁰⁵ Ainsi que le démontre avec justesse Monsieur Berthillon : « *L'immatérialité est une condition nécessaire mais non suffisante de l'ubiquité. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer que la plupart des choses immatérielles en sont dépourvues, puisqu'elles ne satisfont ni à sa dimension spatiale, ni à sa dimension quantitative* », et prouve que l'universalité, la créance ou encore la valeur mobilière sont des choses « *incorporelles* » sans pour autant être ubiquitaires, F. Berthillon, *L'ubiquité des biens, op. cit.*, n° 5.

²¹⁰⁶ V. *supra* n° 550, ainsi qu'on a pu le constater à propos de la présomption prétorienne. En raison de cette possible concomitance, la professeure Parance réserve son propos pour les créations intellectuelles, dont la possession « *sera toujours viciée car elle ne peut être exclusive* ». V. B. Parance, *La possession des biens incorporels, op. cit.*, n° 115.

construite sur l'objet de propriété intellectuelle n'empêche pas, factuellement, l'accomplissement d'exploitations concomitantes, mais il réprime juridiquement ces exploitations si elles sont contrefaisantes. Par conséquent, le droit de la propriété intellectuelle ne peut empêcher l'accomplissement d'actes de contrefaçon sur le plan factuel, mais il incite à ne pas les commettre pour garantir l'exclusivité octroyée par la protection. En dehors de toute appropriation juridique, c'est-à-dire dans le cadre d'un pouvoir de fait – c'est-à-dire d'une possession –, la chose incorporelle n'est pas en mesure de s'individualiser²¹⁰⁷, de se parer d'exclusivisme (sauf dans le cas du secret, mais dont l'exclusivité est teintée de précarité car le secret n'est pas à l'abri de révélations). Seul le pouvoir de droit que confère le droit de propriété intellectuelle, en tant que « *pure création juridique* », permet de maîtriser, de contrôler l'effet ubiquitaire de la chose incorporelle et de réserver ses utilités à une seule personne, tout en la protégeant des éventuelles utilisations tierces.

Cette analyse révèle l'inadéquation de la possession en droit de la propriété intellectuelle, inadéquation qui se révèle tant du point de vue acquisitif que du point de vue probatoire. Du point de vue acquisitif, aucune possession ne peut justifier l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle à part entière ; au mieux, elle fonde l'octroi de droits de propriété intellectuelle « *voisins* » ou de protections plus précaires (telles que celles portant sur la possession ou l'utilisation personnelle antérieure, sur les œuvres posthumes ou encore sur les marques notoires), mais le fondement de la possession ainsi retenu n'est pas exempt de critiques.

Du point de vue probatoire, les diverses présomptions légales de titularité établies font du « *divulgateur* » (en propriété littéraire et artistique) et du premier déposant (en propriété industrielle) le titulaire du droit de propriété intellectuelle. Or, il a été démontré qu'aucun de ces actes, ni la divulgation ni le dépôt, ne sont de véritables manifestations de la possession²¹⁰⁸. La réponse peut être moins tranchée pour la présomption prétorienne de titularité du droit de l'auteur au bénéfice des personnes morales, l'inspiration de la possession et de certaines de ses qualités étant évidente, mais il est préférable de ne pas y voir une application automatique de la possession²¹⁰⁹. En somme, même si la possession peut trouver à s'appliquer vis-à-vis de certains biens incorporels, en droit de la propriété intellectuelle, la possession « *n'est pas un critère décisif d'identification du propriétaire* »²¹¹⁰. Elle n'est essentiellement que l'illustration de l'articulation entre propriété corporelle et propriété intellectuelle.

c. La possession, manifestation de l'articulation entre propriété corporelle et propriété intellectuelle

554. La possession en propriété intellectuelle, une illustration de l'articulation entre propriété corporelle et propriété intellectuelle. – Réfuter l'application de la possession en propriété intellectuelle pour en caractériser les effets sur l'acquisition ou la preuve de la propriété,

²¹⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95.11-151.

²¹⁰⁸ V. *supra* n° 545 et s.

²¹⁰⁹ B. Gleize, A. Maffre-Baugé, « La présomption de titularité du fait d'exploitation », art. préc., n° 22.

²¹¹⁰ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 225.

n'empêche qu'elle puisse produire d'autres effets de droit. La possession du support matériel d'un objet de propriété intellectuelle conduit généralement à la propriété corporelle de celui-ci, une propriété qui fera alors l'objet d'une articulation avec le droit de propriété intellectuelle portant sur l'objet « *incorporel* » de propriété intellectuelle. Autrement dit, la possession produit son plein effet lorsqu'il s'agit de prouver son titre de propriété, en revanche elle n'en produira aucun vis-à-vis du droit d'auteur grevant la chose corporelle²¹¹¹. L'inverse est tout aussi vrai : en droit d'auteur, par exemple, la reconnaissance de la qualité d'auteur n'emporte pas la propriété du support matériel. Si cette règle est simple dans son énoncé, elle n'empêche pas la survenance de difficultés en pratique, notamment lorsque le créateur crée à partir de supports qui ne sont pas siens²¹¹².

L'exemple le plus parlant est sans doute celui de l'exception de copie privée en droit d'auteur : le possesseur d'un livre, d'un DVD, qui en est aussi le propriétaire, sera tout à fait en mesure d'exercer son pouvoir sur sa chose, par exemple en la « *divulguant* » du moment que cette divulgation se cantonne à son cercle privé et familial. Cette limite, instaurée par l'exception de copie privée, apparaît comme une manière d'articuler la jouissance paisible de la chose matérielle au bénéfice de son propriétaire²¹¹³ et l'exploitation économique de la chose immatérielle, cette utilité étant réservée uniquement et exclusivement au titulaire du droit d'auteur.

555. Conclusion du Chapitre II. – Il n'y a pas d'équivalence entre l'objet du droit de propriété et l'objet du droit de propriété intellectuelle. Cela se vérifie tant au niveau de l'assiette du droit qu'au niveau du mode d'acquisition du droit.

L'assiette du droit, d'une part, est diamétralement opposée compte tenu de la différence de nature des objets, l'un étant de nature corporelle, l'autre de nature immatérielle et ubiquitaire. Alors que le premier permet de déterminer naturellement, parce que physiquement, l'assiette du droit de propriété, le second est délié de toute idée de matérialité de sorte que l'assiette du droit de propriété intellectuelle ne peut qu'être construite « *artificiellement* ». Même si le critère de la valeur permet d'établir un pont entre l'objet du droit de propriété et l'objet du droit de propriété intellectuelle, il semble trop nébuleux pour justifier un lien plus intense entre les deux objets.

Le mode d'acquisition du droit, d'autre part, se différencie à tel point que les modes d'acquisition de droit commun ne trouvent aucune application semblable en droit de la propriété intellectuelle. En effet, le droit de la propriété intellectuelle peut s'acquérir par la création ou par le dépôt sans que ceux-ci ne se substituent à l'occupation ou à la possession des meubles corporels. S'agissant de l'occupation, ce mode apparaît, au mieux, comme un mode d'acquisition

²¹¹¹ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 298 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 699.

²¹¹² V. par exemple à propos de supports photographiques financés par la société défenderesse, Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2015, n° 14-22.207, qui retient que « *la société avait financé les supports vierges et les frais techniques de développement, ce dont il résultait qu'elle était le propriétaire originaire desdits supports* ». V. également E. Treppoz, note ss. déc. préc., « De la difficile détermination du propriétaire du support d'une œuvre d'art », *JCP G* n° 6, 8 février 2016, act. 153.

²¹¹³ Dans le cadre privé et familial, le propriétaire d'un DVD doit pouvoir s'en servir (ou ne pas s'en servir) de la manière la plus discrétionnaire possible.

d'une protection précaire au titre du DMCNE (qui a vocation à être supprimé par le paquet « *dessins et modèles* ») ou encore de la marque notoire, ces deux protections n'équivalent ni à la protection due au dessin ou au modèle enregistré, ni à la protection due à la marque enregistrée. S'agissant de la possession des meubles corporels, ce mode est sollicité tant dans son versant probatoire, pour fonder les présomptions de titularité, que dans son versant acquisitif, pour fonder la protection admise au titre de la possession ou utilisation personnelle antérieure rencontrée en droit des brevets et en droit des dessins et modèles, ainsi que la protection admise au bénéfice des œuvres posthumes. Cependant, il apparaît que la possession n'est pas un fondement opportun, ni dans son versant probatoire, ni dans son versant acquisitif compte tenu de l'ubiquité de l'objet de propriété intellectuelle. La possession, encore très attachée à une vision matérialiste, continue de s'entendre du corpus possessoire, de l'idée d'une maîtrise physique qui ne peut avoir lieu en présence d'une chose douée d'ubiquité. Au surplus, il apparaît que la possession, en tant que manifestation de l'articulation entre la propriété intellectuelle portant sur l'objet immatériel et la propriété corporelle portant sur l'objet matériel en tant que support, ne peut opportunément permettre l'acquisition tant du droit de propriété que du droit de propriété intellectuelle.

556. Conclusion du Titre I. – Affirmer que le droit de la propriété intellectuelle est un droit de propriété ne relève définitivement pas de l'évidence. Si l'approche historique révèle que le droit positif s'ancre de plus en plus dans la qualification propriétaire, celle-ci ne trouve aucune justification à l'aune de l'objet protégé par le droit de la propriété intellectuelle.

Même si le droit actuel retient la qualification propriétaire, l'approche historique menée a permis de révéler que cette qualification n'allait pas de soi, tant les hésitations, qu'elles soient législatives, jurisprudentielles ou encore doctrinales, ont marqué et continuent de marquer le droit de la propriété intellectuelle.

La divergence se cristallise à l'aune de l'objet de la protection : la différence de nature entre l'objet de propriété intellectuelle, immatériel et ubiquitaire, et l'objet du droit de propriété, matériel et physique, ne peut être arasée, y compris par le critère de la valeur. De plus, elle empêche tout transport des mécanismes du droit commun des biens en termes d'acquisition du droit. Le droit de la propriété intellectuelle, prévoyant des modes d'acquisition spécifiques que sont la création et le dépôt, répudie les modes d'acquisition traditionnels que sont l'occupation et la possession des meubles corporels.

Par conséquent, l'on fait face à une contradiction : alors que le droit de la propriété intellectuelle est *positivement* un droit de propriété, une telle qualification ne peut *objectivement* lui correspondre. En réalité, la vision ne doit pas être aussi manichéenne : s'il est permis de douter de l'opportunité de cette qualification, certains de ces doutes peuvent être dissipés, à condition de la nuancer sur d'autres aspects.

Titre II. La qualification propriétaire, une qualification à nuancer

557. La convergence timide de la propriété intellectuelle vers la qualification propriétaire.

– En droit, une différence de nature aboutit, en principe, à une différence de régime²¹¹⁴. S'interroger sur la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle incite à remettre en question cette affirmation. En effet, si la différence entre l'objet de propriété intellectuelle et l'objet de propriété est de nature, alors leurs régimes respectifs devraient suivre ce parallélisme et montrer leur dissemblance. Or, les éléments de transversalité propres au régime du droit de la propriété intellectuelle qui ont été préalablement identifiés, confrontés aux éléments de définition de la propriété, font, au contraire, apparaître un rapprochement. Toutefois, celui-ci demeure modeste et ne garantit pas la superposition parfaite des notions de propriété et de propriété intellectuelle. Alors que le régime du droit de propriété intellectuelle ne s'accorde que partiellement avec la qualification propriétaire, une dimension réelle peut émaner de la sanction du droit. De cette ambivalence découle toute la complexité à affirmer ou à infirmer que le droit de la propriété intellectuelle est un droit de propriété.

Analyser la nature du droit de la propriété intellectuelle sous le prisme de la propriété révèle des particularités fortes, tant au regard du régime que de la sanction de l'atteinte au droit. Elles manifestent que la nature réelle du régime juridique de la propriété est incertaine (Chapitre I) même si celle de l'action en contrefaçon est concevable (Chapitre II).

²¹¹⁴ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255.

Chapitre I. La nature réelle incertaine du régime de propriété intellectuelle

558. Le choix des méthodes. – Le concept de propriété peut être saisi, juridiquement, de deux manières : par ses caractères et par son contenu. Ces deux approches ne sont aucunement antinomiques et se complètent utilement dans le cadre d'une appréhension globale dudit concept. Prises isolément, ces deux méthodes présentent, tout à la fois, des avantages et des inconvénients. S'agissant de la méthode reposant sur l'élaboration de caractères propres au concept donné, celle-ci se veut substantielle en ce qu'elle permet de saisir le concept dans son essence même, ce qui oblige à faire preuve d'esprit de synthèse et d'effort de conceptualisation. Elle présente toutefois le risque de conduire à un concept hermétique à toute évolution : la stabilité de cette essence est susceptible de nuire à son adaptabilité et à sa flexibilité conceptuelle.

S'agissant de la méthode reposant sur l'élaboration de prérogatives, celle-ci se veut plus analytique et permet d'envisager le droit de propriété de manière pragmatique. Mais le risque est alors de basculer dans un inventaire de prérogatives : cette approche descriptive ne s'inscrit pas dans un esprit de système et ne permet pas de saisir véritablement l'essence de la matière.

Quelle que soit donc la méthode sollicitée, toutes deux font apparaître des obstacles lorsqu'il s'agit de rechercher les qualités du droit de propriété et/ou les prérogatives du droit de propriété au sein du droit de propriété intellectuelle.

Il appert que la reconnaissance de la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle est contrariée à défaut pour les deux domaines de présenter des qualités identiques (Section 1). Elle est également malaisée faute de contenu semblable (Section 2).

Section 1. La reconnaissance contrariée de la nature propriétaire dans les qualités du droit de la propriété intellectuelle

559. Qualités du droit de propriété et qualités du droit de la propriété intellectuelle : opposition ou conciliation ? – Dans une vision cloisonnée, reconnaître la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle impliquerait d'y retrouver les mêmes traits que le droit de propriété. Le droit soumis à analyse devrait donc être absolu, perpétuel et exclusif. Or, il s'infère des développements précédents que le droit de propriété intellectuelle apparaît comme relatif, temporaire et exclusif²¹¹⁵. Il convient d'envisager respectivement l'absoluité et la relativité (§1), la temporalité (§2) et l'exclusivité (§3) du droit de propriété pour appréhender les dynamiques de comparaison, de confrontation, voire de coopération qui traversent les deux matières dont on cherche à observer les convergences.

²¹¹⁵ V. *supra* n° 361 et s.

§1. L'absoluité et la relativité du droit

560. Absoluité et relativité, une cause d'opposition. – À première vue, droit de propriété et droit de propriété intellectuelle s'opposent dans leurs vocations, le premier étant absolu (A) et le second étant relatif (B). Mais ces oppositions peuvent être réduites à la lumière d'une lecture convergente de la fonction sociale du droit de propriété (C).

A. L'absoluité affirmée du droit de propriété

561. La lente évolution de l'absoluité du droit de propriété. – Le droit de propriété est absolu. Ce caractère, exprimé par l'article 544 du Code civil, permet de désigner toute la complétude du droit de propriété, à tel point qu'il ne peut être remis en cause, et ce d'une quelconque manière (1). Cependant, et en réaction à cette conception finalement assez rigide du droit de propriété, une tendance à la « *socialisation* » du droit de propriété se dessine durablement (2).

1. L'appréhension de l'absoluité

562. L'origine du caractère absolu. – Le caractère absolu du droit de propriété, dont l'on dénie toute filiation avec le droit romain²¹¹⁶, se lit explicitement au sein de l'article 544 du Code civil, disposant que « *[l]a propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* » ; le caractère absolu est, d'ailleurs, le seul à être expressément mentionné dans la lettre de ce texte. À travers cette hyperbole se manifeste la conception individualiste du droit de propriété²¹¹⁷ et, plus largement, une liberté associée à l'autonomie qui « *suppose d'être propriétaire de ses biens, en excluant tout pouvoir d'autrui* »²¹¹⁸.

563. La définition du caractère absolu. – Si le caractère absolu a pour but de rendre compte du caractère illimité du droit de propriété – l'on parle, en ce sens, d'absolutisme²¹¹⁹ –, il convient de préciser que cette vision est, au mieux, d'un faible intérêt²¹²⁰, au pire, erronée dans la mesure où la relation existant entre un propriétaire et sa chose n'est pas isolée du reste du monde et que cette vision n'a jamais été de droit positif²¹²¹ ; la seconde partie de l'article 544 précité, en enjoignant « *qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* », révèle que si la propriété est

²¹¹⁶ L'absoluité a été développée par la seconde Scolastique, mais elle ne date pas du droit romain, F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 116 ; Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 94.

²¹¹⁷ M.-A. Frison-Roche, D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *Arch. phil. Droit* n° 35, 1990, p. 235 : Le droit de propriété c'est « *l'émergence du particulier contre le collectif* », ce qui se traduit par son effet absolu ou opposabilité absolue.

²¹¹⁸ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 360.

²¹¹⁹ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 214 ; *add.* D. Amstutz, « D'absolu à absolutisme : enquête sur un intraduisible historiographique », *Littératures classiques* n° 96, fév. 2018, p. 21 et s., qui qualifie l'absolutisme de « *rejeton bâtard de l'historiographie moderne* ».

²¹²⁰ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 214.

²¹²¹ Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 121.

absolue, elle n'est pas « *absolutiste* ». Un second sens, plus technique, est alors attribué au caractère absolu du droit de propriété, qui se traduit par l'opposabilité absolue, *erga omnes* du droit de propriété vis-à-vis d'autrui²¹²², marquant ainsi la différence du droit de propriété, droit réel, avec les droits personnels ou droits de créances qui sont relatifs.

L'absoluité du droit de propriété prend alors plusieurs directions : elle se révèle quant à l'objet du droit, quant aux tiers, et quant à l'étendue matérielle, spatiale et temporelle du droit²¹²³.

Relativement à l'objet, la propriété repose sur un « *principe immanent d'appropriation* »²¹²⁴ qui signifie que, en dehors des exclusions précisées spécifiquement par la loi, l'appropriation privative peut porter sur toute chose. Vis-à-vis des tiers, l'absoluité de la propriété se lit comme la résultante de l'opposabilité absolue, *erga omnes*, que la propriété offre au propriétaire. S'agissant de l'étendue du droit, elle signifie que le propriétaire peut jouir et disposer de toutes les manières de la chose, en dehors des actes qui lui sont spécifiquement interdits, sans qu'il ne soit astreint à des limites spatiales ou temporelles.

Si l'on s'attarde à l'application du caractère absolu du droit de propriété quant à ses attributs, il apparaît que le propriétaire peut accomplir « *tous les actes juridiques et matériels qui ne lui sont pas interdits spécialement* »²¹²⁵. À première vue, l'affirmation semble contradictoire : comment qualifier d'absolu un droit qui serait limité ? En réalité, sur le plan juridique, « *la propriété ne se définit qu'assortie de limites* »²¹²⁶. Plus précisément, même si la loi peut assortir le droit de propriété de limites, de restrictions, cette circonstance n'est pas de nature à empêcher le propriétaire d'exercer sa propriété de la manière la plus absolue dans l'espace de liberté qui n'est pas touché par ces limites²¹²⁷. Par voie de conséquence, dire que le droit de propriété est absolu implique qu'il n'est pas nécessaire de décrire les prérogatives que ce droit confère puisque son assiette ne se définit alors que de l'extérieur, c'est-à-dire par les limites qui lui sont astreintes²¹²⁸. L'apparente contradiction entre absoluité du droit de propriété et limites du droit de propriété est alors résorbée ; mais elle est ravivée lorsque l'on parle de fonction sociale du droit de propriété.

2. La réception limitée de la finalité sociale du droit de propriété²¹²⁹ par le droit civil

564. La propriété, de la métaphysique de l'individualisme au réalisme socio-économique.

– Même si l'absoluité du droit de propriété est réaffirmée, tant par la doctrine que par la

²¹²² F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 214.

²¹²³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3^e éd., 1938, n° 1432.

²¹²⁴ F. Berthillon, *L'ubiquité des biens, op. cit.*, n° 7.

²¹²⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens, op. cit.*, n° 206.

²¹²⁶ Ch. Atias, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, n° 121.

²¹²⁷ K. Moya, *La jouissance des choses*, th. Univ. Paris 1, n° 277.

²¹²⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens, op. cit.*, nos 206-207. Ces limites résident dans la nature des choses, dans l'application de la théorie de l'abus de droit et dans la multiplication des restrictions posées par la loi ou le règlement justifiées par l'intérêt général ; K. Moya, *La jouissance des choses, op. cit.*, n° 277.

²¹²⁹ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 371.

jurisprudence²¹³⁰, celle-ci est rudement mise à l'épreuve par la multiplication de ses limites, poussant certains auteurs à parler de « *socialisation* » du droit de propriété²¹³¹.

565. L'appréhension de la fonction sociale du droit de propriété. – La socialisation du droit de propriété consiste à attacher au droit de propriété une fonction sociale : aux antipodes de la conception individualiste qui l'irrigue, l'on cherche à sortir le droit de propriété de l'isolement que l'on croit être le sien, en le resituant au centre des préoccupations sociales. Il s'agit de sortir de la figure du propriétaire souverain qui se complaît égoïstement dans sa propriété individuelle comme Narcisse s'admire dans le reflet de l'eau, pour qu'il se préoccupe, outre de ses propres intérêts, de l'intérêt d'autrui.

Pour appréhender la fonction sociale en droit de propriété, il convient de la « *mesurer* ». En effet, l'on peut constater une sorte de gradation en matière de socialisation du droit de propriété²¹³². Le premier stade de la fonction sociale « *renverrait à la considération minimale des intérêts des tiers et de la société* »²¹³³ ; mais la socialisation peut être poussée plus loin, ainsi que le montrent les conceptions retenues par Josserand et Duguit.

566. La fonction sociale du droit selon Josserand. – Josserand voit, dans la fonction sociale, un vecteur de *relativité* du droit, notion que l'auteur met en avant dans son célèbre ouvrage intitulé *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*²¹³⁴, qui s'inscrit véritablement à rebours de la « *doctrine absolutiste [...] qui [vient] se heurter [...] à l'essence même du droit et à sa mission sociale* »²¹³⁵. Ainsi que cela vient d'être relevé, son propos s'inscrit à l'encontre de la vision absolutiste du droit, et notamment du droit de propriété. Pour démontrer que les droits subjectifs, de manière générale, ne sont pas empreints d'absolutisme mais plutôt de relativité, il se fonde sur l'expansion de la *théorie de l'abus des droits* qu'il voit comme le rempart contre *le droit qui, porté trop loin, devient une injustice*²¹³⁶. Dans ce cadre, qui érige la fonction sociale en critère finaliste ou fonctionnel²¹³⁷, le droit de propriété en tant que droit subjectif n'a pas à être opposé à la finalité recherchée : le droit subsiste, seul son usage *abusif* est reproché parce que, s'il est abusif, c'est qu'il s'écarte nécessairement de sa fonction sociale. En somme, « *la propriété devrait être conçue comme un droit octroyé pour servir une fonction sociale* »²¹³⁸. Dans cette conception, la nature de droit subjectif de la propriété et la fonction qui lui est assignée ne s'inscrivent pas dans un rapport antinomique mais, au contraire, dans un rapport de complémentarité. L'individualisme qui caractérise le droit de propriété semble même être préservé : en soi, le propriétaire, et plus largement le titulaire d'un droit subjectif, peut user de son droit comme il l'entend, du moment que cet usage ne revêt pas les caractères d'un abus de droit.

²¹³⁰ Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304 ; G. Lardeux, « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD civ.* 2013. 741.

²¹³¹ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 371.

²¹³² *Ibid.*, p. 372.

²¹³³ *Loc. cit.*

²¹³⁴ L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 2006.

²¹³⁵ *Ibid.*, p. 9.

²¹³⁶ *Ibid.*, p. 5, formule empruntée à Voltaire.

²¹³⁷ *Ibid.*, p. 394 et s.

²¹³⁸ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 372.

Autrement dit, selon Josserand, la fonction sociale du droit de propriété se loge essentiellement dans la théorie de l'abus des droits²¹³⁹.

567. La fonction sociale du droit selon Duguit. – La fonction sociale conçue par Duguit est plus subversive. Pour l'auteur, la conception métaphysique et individualiste du droit subjectif le rend caduque et artificiel²¹⁴⁰. Seule la fonction sociale du droit serait digne d'intérêt, résidant en elle un système qui « *repose sur une conception exclusivement réaliste* »²¹⁴¹. Dans un tel système, ni l'individu ni la collectivité n'a de droits, mais plutôt une fonction à remplir²¹⁴². S'agissant de la propriété, celle-ci « *n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale* »²¹⁴³. Le changement de vocable est fort puisque, dans ce système, l'auteur ne cherche pas seulement à atténuer la figure du droit subjectif ; il cherche, purement et simplement, à en sortir. Seul subsiste le droit objectif, qui se veut réaliste, et dont le fondement est, justement, cette fonction sociale : le droit objectif « *est à la fois réaliste et socialiste : réaliste puisqu'il repose sur le fait de la fonction sociale observé et constaté directement ; socialiste, puisqu'il repose sur les conditions mêmes de la vie sociale* »²¹⁴⁴.

S'agissant du droit de propriété, avant de formuler une quelconque proposition, l'auteur justifie l'approche finalisée en la matière. En ce sens, il rappelle que la propriété, en tant qu'institution, a été mise en place pour répondre à des besoins économiques ; il est donc nécessaire de toujours tenir compte des évolutions économiques, lesquelles se font, à l'époque, dans un sens socialiste. Par ailleurs, l'auteur a à cœur d'apporter à la propriété davantage de légitimité, ce qui lui fait cruellement défaut dans une approche purement individualiste, qui n'interroge ni le fondement ni la légitimité de la propriété²¹⁴⁵. Enfin, il relève la contradiction de la conception individualiste de la propriété avec le positivisme moderne, notamment en ce qu'elle néglige parfaitement la dimension collective à travers la supériorité de la volonté du propriétaire sur les autres volontés et l'affectation des richesses à des fins strictement individuelles²¹⁴⁶.

Ainsi, afin de réorienter le droit de propriété vers la fonction sociale, l'auteur formule deux propositions : le propriétaire a le devoir et donc le pouvoir d'utiliser la chose qu'il détient afin de satisfaire des besoins individuels, en particulier les siens ; mais il a aussi « *le devoir et partant le pouvoir d'employer sa chose à la satisfaction de besoins communs* »²¹⁴⁷. Le terme « *transformation* » figurant au pluriel dans l'intitulé de l'ouvrage a été utilement choisi par l'auteur, la fonction sociale du droit de propriété étant propice *aux bouleversements*.

²¹³⁹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, n° 1474 et s.

²¹⁴⁰ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, La Mémoire du droit, 2^e éd., 1999. p. 12 et s.

²¹⁴¹ *Ibid.*, p. 19.

²¹⁴² *Ibid.*, p. 24.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 21.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 25 ; *adde.* F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 167 : pour Duguit, « *[l]a propriété n'est pas [...] un droit mais une situation juridique objective comportant un statut défini par le droit objectif (ce qui lui permet de soutenir que la propriété est une fonction sociale)* ».

²¹⁴⁵ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, op. cit.*, p. 151.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 156-157.

²¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 165-166.

568. Un changement de perspective au regard de la conception « révolutionnaire » de la propriété. – Depuis sa consécration au sortir de la Révolution française, le droit de propriété est une manifestation, voire *la* manifestation de la liberté des individus. Or, selon cette philosophie, la propriété ne peut être synonyme de liberté que si elle est plantée dans un terreau d'individualisme ; ce fut chose faite avec l'adoption, le 26 août 1789, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui consacre le droit de propriété en son article 17²¹⁴⁸. Le droit de propriété est donc fondamentalement irrigué par la conception individualiste.

À une époque où la philosophie des Lumières (re)met l'être humain au centre du monde et où l'on souhaite se détacher définitivement du modèle propriétaire de l'Ancien Régime (qui se fonde sur la distinction entre le domaine éminent et le domaine utile) ainsi que du système des privilèges²¹⁴⁹, la seule issue pour l'être humain d'être (ou de devenir) libre est que cette liberté soit affirmée dans un halo d'individualisme. C'est ainsi que l'année 1789 voit les droits et les libertés individuelles être consacrés, l'individualisme étant aussi et surtout le rempart apte à faire face aux pouvoirs publics qui souhaiteraient revenir sur ces acquis.

L'individualisme se décline selon plusieurs propositions : il peut inciter un pouvoir étatique à encourager l'initiative privée, il peut conduire la société à n'avoir que pour seul objet le bien des individus qui la composent, ou encore, il peut impliquer l'affranchissement de toute obligation de solidarité pour ne songer qu'à soi²¹⁵⁰ ; autant d'interprétations qui se retrouvent en matière de propriété²¹⁵¹ et au sein desquelles la société est évincée du rapport entre le propriétaire et sa chose, ou alors mise au service des intérêts individuels. Vouloir socialiser le droit de propriété c'est, d'une certaine manière, aller à l'encontre de sa conception individualiste, les rôles étant alors inversés. Dans ce nouveau schéma, ce n'est plus la société qui se met au service des intérêts des individus la composant, mais l'individu propriétaire, dont les actes doivent servir non seulement ses intérêts mais aussi un intérêt plus général.

569. Les bouleversements potentiels induits par la fonction sociale du droit de propriété. –

Envisager la socialisation du droit de propriété emporte effectivement un grand nombre de changements : quant à la philosophie du droit de propriété, quant aux rapports au sein desquels s'inscrit le droit de propriété, mais aussi, voire surtout, quant à la notion même de propriété.

Astreindre au droit de propriété une fonction sociale conduit à un changement progressif dans les rapports sociaux qu'il organise : le droit de propriété, originairement perçu comme un droit subjectif organisant les rapports – qui se veulent être essentiellement des rapports de domination – entre la personne et les choses, intègre progressivement un rapport vis-à-vis d'autrui²¹⁵². L'idée d'un rapport entre le propriétaire et le reste de la société avait déjà été développée par Planiol, à

²¹⁴⁸ DDHC, art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* »

²¹⁴⁹ V. *supra* n° 502.

²¹⁵⁰ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v. « Individualisme ».

²¹⁵¹ V. par exemple M.-A. Frison-Roche, D. Terré-Fornacciarì, « Quelques remarques sur le droit de propriété », art. préc.

²¹⁵² J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 371.

travers l'obligation passive universelle²¹⁵³. Mais cette dernière, qui implique que tous les membres de la société doivent endosser l'obligation de « *supporter les implications de la propriété* »²¹⁵⁴, se différencie sensiblement de la fonction sociale du droit de propriété. Dans le cadre d'un droit de propriété socialisé, le reste de la société n'a pas à endosser une telle obligation, il s'immisce dans le rapport originaire même du propriétaire et de sa chose ; les différentes réglementations portant sur les servitudes, les troubles du voisinage²¹⁵⁵, ou encore l'application de la théorie de l'abus de droit n'en sont que des illustrations. Cela suppose de passer d'un rapport originairement dual – entre le propriétaire et la chose – à un rapport tripartite – le reste de la société s'étant immiscé dans ce rapport –, non loin de la logique contractualiste, rousseauiste du droit de propriété d'après laquelle la propriété n'est octroyée que parce que la société l'a souhaité ainsi.

Enfin, assigner une fonction sociale au droit de propriété réinterroge profondément le dogme propriétaire, particulièrement dans sa dimension absolue. Si l'absoluité du droit de propriété participe de l'unité de la notion de propriété, revenir sur ce caractère absolu transforme radicalement la notion de propriété²¹⁵⁶ alors assujettie aux évolutions socio-économiques²¹⁵⁷.

570. L'existence de la fonction sociale du droit de propriété en droit positif. – Même si la fonction sociale du droit de propriété existe en droit comparé (notamment en droit allemand²¹⁵⁸ et en droit italien), le droit français, tout en tenant compte de l'intérêt général, ne parle pas de fonction sociale²¹⁵⁹. En doctrine, la fracture est telle qu'un véritable schisme se dessine, entre ceux qui réfutent l'existence d'une fonction sociale de la propriété, et ceux qui la défendent.

571. Les détracteurs de la fonction sociale. – Parmi les auteurs critiques, il y a ceux qui réfutent son existence même²¹⁶⁰ et ceux qui, même s'ils ne sont pas en accord avec ce principe, ne nient pas la réalité du phénomène²¹⁶¹. Les raisons de cette position tiennent, en premier lieu, au caractère dogmatique de la propriété qui empêche toute remise en cause de celle-ci, tant dans ses fondements

²¹⁵³ M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 11^e éd., 1928, n° 1253 et s.

²¹⁵⁴ V. en ce sens J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 371. Attention cependant, cela ne fait pas de l'obligation passive universelle une véritable obligation, celle-ci renvoyant, en réalité, à l'opposabilité absolue du droit de propriété ; la propriété ne supposant d'ailleurs aucun sujet passif, il serait alors erroné de rechercher « *le sujet passif de la propriété dans l'universalité des non-propriétaires* », v. F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, t. 1, th. Univ. Jean Moulin, 1981, n° 55.

²¹⁵⁵ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 375 ; *adde.* loi n° 2024-346 du 15 avr. 2024 visant à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels, JORF n° 0089 du 16 avr. 2024, qui reprend la jurisprudence de 1986 consacrant les troubles du voisinage, v. Cass. civ. 2^e, 19 nov. 1986, n° 84-16.379.

²¹⁵⁶ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, spéc. p. 156.

²¹⁵⁷ Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 100.

²¹⁵⁸ Le droit allemand est imprégné par la théorie de « *l'ancrage social du droit privé* », théorie que l'on doit à Otto von Gierke, v. en ce sens Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010. 510.

²¹⁵⁹ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 373.

²¹⁶⁰ W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2015. 27 ; Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 100.

²¹⁶¹ M.-A. Frison-Roche, D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », art. préc., p. 241 et s. Les auteurs ne sont pas en accord avec son principe, sans pour autant nier la réalité du phénomène.

que dans sa légitimité²¹⁶². Parmi les détracteurs, Atias se montrait assez sceptique, décrivant la fonction sociale de la propriété comme « *une conception qui a eu son heure de gloire lorsqu'il ne faisait pas bon défendre la propriété* », et qui « *a échoué en technique juridique* », celle-ci n'étant pas de droit positif. L'échec dénoncé tiendrait dans trois raisons : la fonction sociale du droit est contraire au droit subjectif, elle ruine l'unité conceptuelle de la propriété et, plus généralement, elle ne constitue pas une notion de droit. Poussant plus loin la critique, l'auteur se demande « *si cette idée n'est pas contre-nature ; qui dit "fonction" suppose que des objectifs puissent être déterminés par avance dans l'abstrait et de manière générale. Le propriétaire ne serait donc pas celui qui a la liberté de déterminer l'attitude qu'il doit avoir pour tirer le meilleur parti des informations dont il dispose seul* »²¹⁶³.

À travers ces justifications, l'on peut curieusement relever que ce n'est pas tant le sort de l'individu propriétaire, du sujet du droit qui intéresse que le sort de la notion de propriété elle-même ; une remarque qui, en tout état de cause, ne peut pas être dirigée à l'encontre des partisans de la fonction sociale du droit de propriété.

572. Les partisans peu nombreux de la fonction sociale en droit civil. – Outre les penseurs de la fonction sociale qui sont nécessairement en sa faveur²¹⁶⁴, la doctrine civiliste compte très peu de partisans de cette approche en son sein²¹⁶⁵, même si certains auteurs énoncent que l'absoluité du droit de propriété apparaît essentiellement comme un « *effet d'annonce législatif* »²¹⁶⁶. Le risque serait, selon certains auteurs, de passer outre la raison, ou plutôt le sujet, pour lequel ce droit subjectif a été consacré. C'est sans doute ce qui pousse Dabin à, finalement, « *renoncer à l'idée de fonction sociale* » même s'il émet l'hypothèse que « *peut-être, veut-on signifier simplement que le bien de la société postulerait l'existence de droits subjectifs, et qu'en usant de leurs droits dans leur intérêt propre comme les y invite la loi, les titulaires de ces droits rendraient, du même coup, service à la société. Ainsi comprise, la thèse est irréprochable : tout ce qui est bon pour les individus en particulier doit, d'une certaine manière, tourner au profit de la société en général, dont ces individus font partie. Très légitimement, on vantera, en ce sens, la fonction sociale de la propriété privée.*

²¹⁶² J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.* 2014. 763 ; L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 148.

²¹⁶³ Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 100 ; M.-A. Frison-Roche, D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *art. préc.*, p. 241, parlant de contresens.

²¹⁶⁴ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.* ; L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, *op. cit.* ; c'est aussi le cas d'Auguste Comte, comme le relève J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 372 ; ou encore de St Thomas d'Aquin, comme le relève Ch. Geiger, « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de la propriété intellectuelle », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*

²¹⁶⁵ J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *art. préc.* ; J.-P. Chazal, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.* 2020. 1 ; Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006, n° 219 et s. ; *adde.* R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, Dalloz, 29^e éd., 2023, n° 974 : « *C'est une antienne de la doctrine de droit privé que de déplorer un abaissement constant du droit de propriété, tout au long du XX^e siècle. D'un droit individualiste – c'est-à-dire ordonné aux seules jouissances égoïstes du propriétaire –, on serait passé à une sorte de fonction sociale, selon la prédiction de Léon Duguit. La propriété n'est plus alors prise dans la perspective de l'épanouissement individuel qu'elle permet, mais considérée en fonction de l'intérêt social : c'est ce qui justifiera les nombreuses restrictions que la législation imposera peu à peu aux prérogatives du propriétaire* ». La doctrine spécialisée en propriété intellectuelle, notamment, y est en revanche plus favorable ou, à tout le moins, l'admet plus aisément, ainsi que l'on pourra le constater, v. *infra* n° 574 et s.

²¹⁶⁶ Y. Strickler, *Les biens*, *op. cit.*, n° 224.

*Mais c'est, du même coup, reconnaître que le droit est fonction sociale par voie de conséquence et non de façon immédiate : premièrement, il est donné dans l'intérêt du titulaire, lequel, ensuite, se ramène à l'intérêt social »*²¹⁶⁷.

En revanche, cette école se développe dans d'autres champs du droit qui décèlent tant dans l'existence de limites justifiées par l'intérêt général, ou encore dans la fondamentalisation du droit de propriété des manifestations de cette fonction sociale du droit de propriété²¹⁶⁸. Ainsi, elle se découvre dans le droit de l'Union européenne²¹⁶⁹ et dans le droit de la propriété intellectuelle²¹⁷⁰. Bien que la propriété soit toujours marquée du sceau de l'inviolabilité²¹⁷¹, cela n'empêche pas certains auteurs de discuter de ses fondements et, partant, de sa légitimité²¹⁷². Cette analyse critique trouve, par exemple, son terrain d'élection à propos de la nécessaire prise en compte des considérations environnementales, en l'occurrence la raréfaction des ressources et la destruction des écosystèmes²¹⁷³, susceptible de conduire à consacrer une « *fonction environnementale* » de la propriété²¹⁷⁴.

573. Les traces de la fonction sociale de la propriété. – La répartition académique classique des sujets d'étude – la propriété privée aux civilistes et celle des limites aux publicistes –, qui correspond aux deux grandes parties de l'article 544 du Code civil contribue certainement à la perte de vue de la seconde partie du texte par la doctrine civiliste²¹⁷⁵ qui dénonce « *la publicisation rampante du droit privé* » face au « *grignotage par la puissance publique de la liberté du propriétaire dans l'usage de sa chose* »²¹⁷⁶. Mais bien que cette partie de cette doctrine continue à contester la fonction sociale de la propriété, force est de constater qu'en pratique, la propriété s'inscrit dans un système qui n'est aucunement replié sur lui-même, la prolifération des limites à la propriété en étant une preuve éclatante ; la propriété ne peut donc se lire sans les limites qui l'accompagnent²¹⁷⁷. Les multiples servitudes²¹⁷⁸, les troubles du voisinage²¹⁷⁹, l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'application de la théorie de l'abus de droit, la fondamentalisation du droit de propriété²¹⁸⁰, les incidences environnementales

²¹⁶⁷ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007, p. 219.

²¹⁶⁸ K. Moya, *La jouissance des choses*, *op. cit.*, n° 287 et n° 314 et s. ; Ch. Geiger, « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de la propriété intellectuelle », art. préc.

²¹⁶⁹ Trib. UE, 3^e ch., 2 mars 2010, *Arvelor*, aff. T-16/04 : F. G. Trébulle, obs. ss. déc. préc., « Droit de l'environnement », *D.* 2010. 2468.

²¹⁷⁰ V. *infra* n° 575.

²¹⁷¹ DDHC, art. 17.

²¹⁷² J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », art. préc. ; Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 99, qui concède que les privatistes ne se sont guère risqués à l'étude des fondements de la propriété.

²¹⁷³ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 374.

²¹⁷⁴ V. en ce sens B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.* 2015. 539.

²¹⁷⁵ V. en ce sens W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », art. préc. : « *les civilistes ont porté leur effort d'analyse sur la première partie de l'article 544, celle qui incarne précisément le libéralisme économique. C'est dire que la contradiction inhérente à l'article 544 se trouvait miraculeusement résolue par le découpage académique des disciplines juridiques : aux privatistes la première partie du texte, aux publicistes la seconde* ».

²¹⁷⁶ *Loc. cit.* ; *add.* F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits* n° 1, 1985, p. 43.

²¹⁷⁷ V. déjà en ce sens Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 121 et K. Moya, *La jouissance des choses*, *op. cit.*, n° 277.

²¹⁷⁸ Cette réglementation a, au fil des années, gagné en espace au sein du Code civil, v. J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 375.

²¹⁷⁹ *Loc. cit.*

²¹⁸⁰ *Loc. cit.*

depuis peu²¹⁸¹ et les multiples réglementations émanant du droit public²¹⁸² apparaissent ainsi comme autant de manifestations d'un phénomène de socialisation du droit de propriété qui, s'il ne transparaît pas toujours dans la lettre des textes, en irrigue l'esprit.

En somme, le droit de propriété, par nature absolu, ne peut être vu que par cette qualité. Le phénomène de socialisation du droit, qui met en lumière les limites apportées au droit de propriété, s'attache à relativiser l'absoluité de ce droit, et ouvre la voie à une éventuelle reconnaissance de la nature propriétaire de la propriété intellectuelle en dépit de sa relativité.

B. La relativité du droit de propriété intellectuelle

574. L'abandon de l'absoluité en droit de la propriété intellectuelle. – On a pu croire, un temps, à la reprise de la conception absolutiste du droit de propriété en propriété intellectuelle. La jurisprudence a souvent avancé, par exemple, que le droit des marques, était un droit absolu²¹⁸³ ; si absolu que le détournement de marques de célèbres cigarettes, à des fins purement parodiques, par un groupe d'étudiants engagés dans la lutte anti-tabac leur a valu une condamnation pour contrefaçon de marque²¹⁸⁴. Cette solution, qui avait pu susciter le courroux de certains auteurs²¹⁸⁵, n'est plus d'actualité, tant la doctrine que la jurisprudence ayant renoncé à présenter le droit de marque comme un pouvoir absolu du titulaire de s'opposer à tout usage de ladite marque. Au contraire, le droit des marques sert désormais de modèle aux autres droits de propriété intellectuelle²¹⁸⁶, pour ce qui est de la relativité du droit exclusif des titulaires.

575. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit finalisé. – Avec comme porte d'entrée le droit des marques, le droit de la propriété intellectuelle semble être un droit propice à la « *socialisation* ». L'idée n'est pas nouvelle et se fonde sur la conception contractualiste de la propriété : dès la consécration des droits de propriété des auteurs et des inventeurs par les lois révolutionnaires, l'on a cherché à fonder et légitimer cette propriété en mettant en avant l'équilibre qui devait être recherché entre l'intérêt du titulaire du droit et l'intérêt du public. Un tel objectif, *a priori*, ne pouvait être atteint si on laissait prospérer la conception parfaitement individualiste et,

²¹⁸¹ B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », art. préc.

²¹⁸² Sont ici visées les règles émanant du Code de la construction et de l'habitation ou encore du Code de l'urbanisme.

²¹⁸³ V. notamment Cass. com., 26 juin 1973, *Carel c. Carvel*, n° 72-10.900.

²¹⁸⁴ TGI Paris, ord. réf., 24 oct. 1991, *Reynolds Tobacco, Seita, Philip Morris c. Comité national contre les Maladies respiratoires et la Tuberculose et Comité national contre le Tabagisme*, préc. : M. Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », art. préc. ; V. Ruzek, « Vers un modèle européen transversal de *finalisation* des droits de propriété intellectuelle ? », art. préc., n° 1.

²¹⁸⁵ V. surtout M. Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », art. préc.

²¹⁸⁶ V. sur l'ensemble de la question, Y. Basire, *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, *op. cit.*

partant, absolue du droit de propriété, ce qui rendait nécessaire l'intervention du législateur, tant pour instituer la protection que pour en établir les conditions d'exercice²¹⁸⁷.

De manière plus contemporaine et plus concrète, la fonction sociale se manifeste indéniablement en droit des marques²¹⁸⁸ et, de manière plus discrète, au sein des autres droits de propriété intellectuelle tels que le droit des brevets à propos des inventions biotechnologiques²¹⁸⁹ ou encore le droit d'auteur²¹⁹⁰, la doctrine n'hésitant plus à parler explicitement de fonction sociale du droit de propriété intellectuelle²¹⁹¹. Le médicament, compte tenu de l'importance qu'il revêt, tant pour ses concepteurs que pour ses destinataires, exerce même une influence transversale sur l'approche finalisée de différents droits de propriété intellectuelle, en l'occurrence en droit des marques et en droit des brevets²¹⁹².

Toutefois, si l'on peut estimer que *l'équilibre* recherché entre les intérêts du titulaire et les intérêts du public est « *le concept phare qui se trouve derrière la fonction sociale* », il se trouve que cette fonction « *manque de lisibilité* »²¹⁹³. En effet, l'assignation d'une finalité à un droit n'est pas forcément uniquement sociale et peut avoir vocation à couvrir d'autres réalités économiques²¹⁹⁴, voire purement financières²¹⁹⁵. Cette insuffisance de conceptualisation de la fonction sociale du droit de propriété intellectuelle n'empêche pas la doctrine spécialisée d'être, pour partie, en accord avec son

²¹⁸⁷ L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *RIDA* n° 205, juil. 2005, p. 151 ; Ph. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 39 : tant l'inventeur que l'auteur assument une « *fonction sociale de "créateur"* » ; *adde.* E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, *op. cit.*, p. 27 : le droit de l'auteur est un droit qui ne dure qu'un temps et qui correspond au « *prix que la société consent à payer en échange des avantages qu'elle retire de la communication de l'œuvre nouvelle* ».

²¹⁸⁸ V. par exemple M. Vivant, « Quand la marque bouscule le droit de la propriété intellectuelle », art. préc. ; M. Vivant, « Marque et fonction sociale de la marque. Ou quand la réalité passe par le rêve ? », art. préc.

²¹⁸⁹ En la matière, l'arrêt de référence est, sans doute, l'arrêt *Monsanto* (CJUE, gde. ch., 6 juil. 2010, *Monsanto*, aff. C-428/08) ; *adde.* V. Ruzek, « Vers un modèle européen transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? », art. préc., n° 29 et s.

²¹⁹⁰ Monsieur Ruzek en relève plusieurs illustrations. Tout d'abord, la série d'arrêts rendus en 2004 au sujet du droit *sui generis* des bases de données, a permis d'enserrer l'étendue de ce droit et, dans le même temps, de rassurer les craintes exprimées lors de son adoption ; ensuite, à l'aune des arrêts *BSA* et *SAS Institute*, l'auteur constate un « *rehaussement des standards d'éligibilité à la protection* » ; il en est de même avec l'arrêt *Del Corso* qui refuse de voir dans les droits des producteurs de phonogramme, compte tenu de leur « *nature essentiellement économique* » un droit exclusif et institue ainsi une différence de régime entre le droit d'auteur et le droit voisin ; enfin, l'auteur pense que le juge de l'Union, en façonnant « *le concept d'originalité à l'aune d'une réflexion sur l'économie et les finalités du droit exclusif* » dans l'arrêt *Infopaq*, retient une approche finalisée du droit d'auteur. V. Ruzek, « Vers un modèle européen transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? », art. préc., n° 10, n° 19, n° 26 et n° 18.

²¹⁹¹ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », art. préc. ; Ch. Geiger, « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de la propriété intellectuelle », art. préc.

²¹⁹² E. Berthet, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle appliquée au médicament », *in* *Mél. M. Vivant*, *op. cit.*, p. 25 et s.

²¹⁹³ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », art. préc.

²¹⁹⁴ V. Ruzek, « Vers un modèle européen transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? », art. préc. : si l'auteur pense déceler une fonction sociale du droit d'auteur dans l'apport de l'arrêt *Infopaq* à propos de l'originalité, ne serait-ce pas (plutôt) une fonction économique qui a été mise en évidence ?

²¹⁹⁵ V. *supra* n° 174.

principe en droit de la propriété intellectuelle²¹⁹⁶, et plus largement en droit de la propriété de telle sorte à inciter, comme l'énonce le professeur Vivant, à « *faire sortir Josserand du purgatoire* »²¹⁹⁷.

C. La réduction possible des oppositions à l'appui de la nature propriétaire de la propriété intellectuelle

576. Le droit de propriété intellectuelle finalisé peut-il être un droit de propriété ? – La reconnaissance d'une fonction sociale du droit de la propriété intellectuelle est-elle susceptible de remettre en cause sa nature même de propriété ? Admettre en son sein des protections temporaires et/ou relatives ne risquerait-il pas de donner lieu à l'effritement de la notion même de propriété ? Contrairement à la présentation manichéenne qui en est faite, l'idée de finalisation n'est pas inconnue du droit subjectif qui est doté de la fonction de servir son titulaire²¹⁹⁸. Seulement, cette fonction, *a priori*, n'a rien de sociale dans la mesure où elle est exclusivement tournée vers l'individu. Dans un premier temps, la réponse semble donc être négative puisque la « *finalité* » de la fonction sociale est, *a priori*, de servir un intérêt plus grand que le seul intérêt individuel que sert *normalement* le droit subjectif : ce n'est plus l'intérêt individuel que l'on sert mais un intérêt qui le dépasse. Mais dans toutes les théories portant sur la fonction sociale du droit, il n'a jamais été question d'éluder complètement l'intérêt de l'individu titulaire du droit subjectif pour ne satisfaire que l'intérêt général. Josserand ne reproche que l'usage abusif du droit ; Duguit ne met aucunement de côté les besoins individuels (même s'il transforme le *droit* de satisfaire ses besoins individuels en un *devoir*), il les conjugue avec les besoins communs²¹⁹⁹. Ainsi, tant que l'intérêt de l'individu titulaire du droit subjectif est toujours au cœur du système, il n'y a aucune raison d'appréhender de manière antinomique la fonction individualiste et la fonction sociale d'un droit subjectif.

A fortiori, la fonction sociale pourrait même se loger dans l'individualisme : la philosophie de l'individualisme n'a pas été pensée à l'aune d'un homme parfaitement égoïste, mais pour l'être humain qui subit l'oppression et qui n'aspire qu'au bonheur et à la prospérité pour lui-même et pour les siens. En croyant alors à la nature saine et *équilibrée* de l'être humain, l'individualisme devrait historiquement être lu en contemplation des prescriptions religieuses de la Chrétienté qui commandent notamment à ses croyants d'être charitable. La charité vise immanquablement une idée de bien commun, rappelant aux croyants qu'« *[à] côté du bien individuel, il y a un bien lié à la vie en société* »²²⁰⁰.

²¹⁹⁶ V. Ruzek, « Vers un modèle européen transversal de finalisation des droits de propriété intellectuelle ? », art. préc., n° 37.

²¹⁹⁷ M. Vivant, « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », in *GAPI*, *op. cit.*, n° 29 : « *Peut-être serait-il temps de faire sortir Josserand du purgatoire... Ou de relire les Pères de l'Église qui ne disaient pas vraiment autre chose. Cela oblige bien sûr à dépasser l'approche technicienne mais c'est à ce prix que le droit, instrument de régulation s'il en est, peut s'avérer passionnant... et vivant* ».

²¹⁹⁸ J. Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 218.

²¹⁹⁹ V. *supra* n° 567.

²²⁰⁰ D. Serra-Coatanéa, « Justice et charité dans l'encyclique *Caritas in veritate* à la lumière de Gaston Fessard », *RETM* n° 284, fév. 2015, p. 78.

En outre et à l'inverse, le droit de la propriété intellectuelle n'est pas uniquement guidé par des considérations d'intérêt général et s'intéresse également et principalement à l'intérêt du titulaire qui se voit doté de la protection. Par conséquent, les oppositions n'apparaissent pas aussi radicales que divers courants doctrinaux le laissent paraître.

577. La propriété vectrice de libertés. – Également, l'argument selon lequel une propriété finalisée ne serait plus une propriété vectrice de liberté présente certaines limites. L'assertion selon laquelle l'individualisme seul serait au service de la liberté²²⁰¹ n'est pas vérifiée.

Le droit de la propriété intellectuelle semble, précisément, prouver l'inverse. Avant d'en fournir la démonstration, il convient de revenir, un instant, sur les relations qu'entretiennent la propriété et la propriété intellectuelle avec la liberté : alors que le droit de propriété est perçu comme une manifestation de la liberté de son sujet, le droit de la propriété intellectuelle induit potentiellement un rapport d'opposition entre le droit octroyé au sujet et la liberté des tiers, notamment leur liberté d'expression et leur liberté de création. Dans cette situation, le droit de propriété permettrait d'émanciper son sujet tout en n'ayant aucune incidence sur la liberté des tiers. Or, cela serait occulter que le droit de propriété constitue aussi une entrave à la liberté de circuler des individus²²⁰². En réalité, la difficulté systémique posée au droit de la propriété intellectuelle se pose tout autant au droit de propriété.

L'approche finalisée du droit de la propriété intellectuelle est, alors, du plus grand secours car elle n'empêche pas le droit de propriété intellectuelle de se concilier et même d'être vecteur de liberté : il prolonge tout autant qu'il garantit la liberté dans ses différentes déclinaisons²²⁰³. Certes, la situation n'a pas toujours été ce qu'elle tend à devenir aujourd'hui, les détracteurs de la propriété intellectuelle ayant régulièrement porté la liberté en étendard pour s'élever contre cette protection²²⁰⁴. Mais de multiples mécanismes permettent de concilier et de garantir aussi bien le droit de la propriété intellectuelle que la liberté : ces mécanismes peuvent être internes à la propriété intellectuelle, telles les différentes exceptions irriguant le Code de la propriété intellectuelle ; ils peuvent aussi être externes, tels que le contrôle de proportionnalité²²⁰⁵ ou encore la théorie de l'abus de droit. En somme, l'approche finalisée permet de neutraliser l'effet paralysant que peut avoir le droit de la propriété intellectuelle sur la liberté ; au surplus, le droit de la propriété intellectuelle n'a pas pour finalité de bloquer l'accès et la circulation de l'objet dans sa dimension intellectuelle, mais

²²⁰¹ M.-A. Frison-Roche, D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », art. préc., p. 242 : le droit de propriété est la liberté, c'est-à-dire le droit d'avoir, mais aussi de ne pas ou de ne plus avoir, se fondant sur Hegel qui « présente la propriété comme une figure de la liberté », et que le droit de propriété ne peut se perdre par le non-usage ; *add.* Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, PUF, 2013.

²²⁰² S. Vanuxem, « Déambuler, errer, cheminer, circuler. Une ligne de partage des droits pour la déprise des terres », *RFSE* n° 30, 2023/1, p. 153 et s.

²²⁰³ V. en ce sens D. Cohen « La liberté de créer », in *Liberté et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 633 et s. ; A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 739 et s.

²²⁰⁴ L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », art. préc., p. 151 : en droit d'auteur, la notion de propriété ne permet pas d'être vectrice de liberté, puisque la liberté (d'expression, de création, du commerce et de l'industrie, etc.) est, justement, régulièrement invoquée pour « jeter le discrédit sur les droits privatifs relatifs aux productions de l'esprit ».

²²⁰⁵ A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 734 et s.

principalement de régir sa vie économique. Il apparaît donc quelque peu rapide de reprocher à la fonction sociale de s'inscrire à contre-courant de la liberté alors qu'elle peut en être le promoteur. Dans cette perspective, aucun obstacle dirimant ne semble s'introduire entre la qualification propriétaire du droit de la propriété intellectuelle et la fonction sociale qui peut l'animer. S'agissant de la temporalité du droit, il est également possible de ne pas opposer frontalement le caractère perpétuel du droit de propriété et le caractère temporaire du droit de la propriété intellectuelle.

§2. La temporalité du droit

578. Le propriétaire libéré du sablier du temps. – En droit civil, si la notion de perpétuité est volontiers accueillie, elle peut aussi en être sévèrement rejetée à l'instar de la prohibition des engagements perpétuels en droit des contrats²²⁰⁶. Le terrain d'élection privilégié de la perpétuité est le droit des biens, qui fait de celle-ci l'un des piliers du droit de propriété.

La perpétuité constitue l'une des rares manifestations en droit où l'écoulement du temps n'a aucune prise, tant sur l'existence de la règle qu'elle vise que sur son effectivité. Cet « *honneur* » accordé au droit de propriété est perçu comme le prolongement du caractère absolu du droit de propriété²²⁰⁷, une autre manifestation de la liberté dont est imprégné le droit de propriété : si le propriétaire est libre, il doit l'être autant dans l'espace que dans le temps. Sans devenir un maître du temps, la perpétuité du droit de propriété permet à l'individu de réaliser sa destinée²²⁰⁸. Également, elle participe de la permanence et de la pérennité de l'institution qu'est la famille : le propriétaire, en transmettant les éléments de son patrimoine à son titulaire sous la forme d'un héritage lors de son décès, permet à la propriété de demeurer familiale²²⁰⁹.

L'appréhension de la notion de perpétuité peut se faire de différentes manières : selon l'individu propriétaire, selon l'objet du droit de propriété, ou encore selon le droit de propriété lui-même. La perpétuité du droit de propriété peut se définir à partir de son sujet de droit qu'est l'individu propriétaire, en se référant à la durée de sa vie ; l'on parle d'approche subjective²²¹⁰. Elle peut aussi se définir à partir de l'objet du droit, l'idée étant alors que le droit de propriété dure autant que ne dure son objet ; il s'agit d'une approche objective pour laquelle la doctrine exprime sa préférence²²¹¹. Mais aux côtés de ces deux acceptions, une troisième semble se dessiner, celle qui se réfère au droit lui-même. L'idée sous-jacente est de focaliser l'attention uniquement sur le droit de propriété lui-même et sur ses éventuels « *mouvements* », c'est-à-dire les transferts dont il peut faire l'objet. Cette analyse implique d'accepter, au préalable, le postulat selon lequel un droit, en l'occurrence le droit

²²⁰⁶ V. par exemple J. Ghestin, M. Billiau, *Traité droit civil. Les obligations. Les effets du contrat*, LGDJ, 1994, p. 206.

²²⁰⁷ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 364 ; pour certains c'est le prolongement de l'exclusivité, v. par exemple : Th. Revet, « Le dénouement de la propriété temporaire », *RTD civ.* 2008. 322.

²²⁰⁸ L. Aulagnon, « La pérennité de la propriété », *Rev. crit. lég. et jur.* 1934, p. 313.

²²⁰⁹ *Loc. cit.* ; C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000, n° 16.

²²¹⁰ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 366.

²²¹¹ *Loc. cit.* ; J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, t. 2, PUF, 2^e éd., 2017, n° 730.

de propriété, peut être transféré presque indépendamment de la chose objet du droit²²¹². En admettant une telle hypothèse, le droit de propriété ne change pas de nature à cause de ce transfert, le seul changement significatif étant le changement de propriétaire. Ainsi, le droit de propriété subsiste malgré le transfert, de sorte que l'on garantit sa pérennité, sa continuité et, partant, sa perpétuité, peu important le changement de propriétaire(s). Une telle analyse conduirait à assimiler la perpétuité à l'éternité, une approche à ce point rejetée par la doctrine qu'il convient de ne retenir que les approches objective et/ou subjective pour « mesurer » la perpétuité²²¹³.

579. Une notion de perpétuité associée à l'idée d'imprescriptibilité. – Le Code civil, en son article 2227, énonce que « [l]e droit de propriété est imprescriptible ». Pourtant, il convient de ne pas les confondre : alors que la perpétuité est une qualité visant un droit subjectif, en l'occurrence le droit de propriété, l'imprescriptibilité vise l'action en justice à disposition de son titulaire. Dire du droit de propriété qu'il est imprescriptible vise la dimension temporelle de la plénitude de pouvoir laissée au propriétaire, qui peut ne pas user de son droit sans craindre de le perdre. Autrement dit, il ne peut être touché par une prescription, en l'occurrence extinctive – en revanche, la perte du droit par une prescription acquisitive, ou usucapion, est tout à fait possible, à condition que la possession par le propriétaire en devenir ait les qualités requises²²¹⁴. Malgré le doute instigué par la réforme du droit de la prescription issue de la loi du 17 juin 2008²²¹⁵ qui a fait craindre que la prescription ne touche désormais la défense du droit de propriété, il a été avancé, sur la base de ses travaux préparatoires, qu'il n'était pas question de remettre en cause l'imprescriptibilité du droit de propriété²²¹⁶. De surcroît, l'imprescriptibilité a de beaux jours devant elle compte tenu de son expansion en jurisprudence²²¹⁷.

580. Le caractère tautologique de la perpétuité de la propriété. – L'intérêt essentiel de rendre le droit de propriété perpétuel, outre celui évident du propriétaire, est d'opérer la distinction avec les autres droits réels qui sont temporaires, au premier rang desquels figurent les droits réels démembés²²¹⁸. Mais mettre cette distinction au centre de la perpétuité du droit de propriété rend

²²¹² Pour une présentation globale de l'état de la doctrine sur cette question, v. C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, *op. cit.*, n° 390 et s.

²²¹³ V. Bonnet, « la durée de la propriété », *R.R.J.* 2002/1, n° 3. Pour appuyer cette exclusion, il est nécessaire de se rappeler que le droit de propriété dure au moins autant que son objet ; ainsi, même si la transmission de l'objet passe de propriétaire en propriétaire, la pérennité du droit de propriété portant sur celui-ci dépend directement de l'existence dudit objet.

²²¹⁴ Pour une présentation de ce mécanisme, v. par exemple F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 431 et s.

²²¹⁵ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, préc.

²²¹⁶ Tant pour les actions en matière de propriété immobilière qu'en matière de propriété mobilière, v. en ce sens J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 365.

²²¹⁷ V. par exemple H. Barbier, note ss. Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-15.568, « De l'engouement contemporain pour l'imprescriptibilité », *RTD civ.* 2019. 586, et H. Barbier, obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2022, n° 21-10.250, « Une nouvelle conquête pour l'imprescriptibilité : l'action en restitution d'une chose exercée par son propriétaire », *RTD civ.* 2022. 624 ; déjà, avant la réforme de 2008, v. N. Reboul-Maupin, « De la perpétuité de l'action en revendication du droit de propriété », *D.* 2003. 2044.

²²¹⁸ W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », art. préc.

la notion, elle-même, hermétique à toute idée de propriété temporaire. La perpétuité du droit de propriété s'avère parfaitement dogmatique, l'existence d'un quelconque terme marquant une immixtion dans la relation entre le propriétaire et la chose²²¹⁹, incompatible avec la souveraineté que promet la propriété au propriétaire de la chose.

581. Le relativisme de la perpétuité comme caractère de la propriété. – Dès lors, le caractère perpétuel du droit de propriété s'inscrit en parfaite contradiction avec les propriétés dites temporaires²²²⁰ qui, même si elles sont nommées ainsi, ne relèvent pas de la notion de propriété, faute précisément de caractère perpétuel. Si, dans le passé, cette contradiction valait argument d'autorité parfaitement insurmontable pour refuser la qualification propriétaire²²²¹, la situation en doctrine n'est, désormais, plus aussi arrêtée : en effet, d'une qualité principale du droit de propriété, la perpétuité a vocation à devenir une qualité « *contingente* » de celui-ci²²²². Cette évolution semble due à l'apparition de ces mêmes propriétés temporaires, au premier rang desquelles figure le droit de la propriété intellectuelle.

Aujourd'hui, une frange de la doctrine de plus en plus importante relativise ce schisme entre la propriété perpétuelle et les propriétés temporaires, à l'aide de plusieurs arguments. Elle se montre tout d'abord critique vis-à-vis de la vision dogmatique de la perpétuité du droit de propriété en ce qu'elle dissimule l'existence de ces propriétés temporaires²²²³, voire confine à une « *sacralisation* » de cette institution du droit de propriété qui n'est « *ni possible ni opportune* »²²²⁴. Par ailleurs, même si le caractère temporaire de la propriété touche le propriétaire dans sa position de souverain, c'est non pas dans son principe mais dans son rayonnement, seul le domaine temporel du droit de propriété étant réduit²²²⁵. Le tout est corroboré par les propositions doctrinales de refonte du droit de propriété qui insistent sur l'exclusivité qui innerve ce droit, délaissant corrélativement sa perpétuité et son absoluité²²²⁶, une approche qui permet de prendre acte de la possibilité d'une propriété temporaire.

582. La justification d'une temporalité limitée pour la propriété intellectuelle. – S'agissant du droit de la propriété intellectuelle – le cœur de cette étude –, d'autres arguments sont avancés pour justifier la limite temporelle qui le touche et pour montrer que cette limite n'est pas antinomique de la notion de propriété. Est, tout d'abord, avancée la nature immatérielle de l'objet

²²¹⁹ Th. Revet, « Le dénouement de la propriété temporaire », art. préc.

²²²⁰ V. en ce sens L. Aulagnon, « La pérennité de la propriété », art. préc., p. 297 et s., qui fait un inventaire des propriétés temporaires, parmi lesquelles il cite les propriétés intellectuelles.

²²²¹ En ce sens, pour le droit de la propriété intellectuelle, v. A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, J. Renouard, 1838, p. 440.

²²²² J.-M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, « De la propriété comme modèle », art. préc., n° 28.

²²²³ W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », art. préc.

²²²⁴ G. Lardeux, « Qu'est-ce que la propriété ? », art. préc., n° 20.

²²²⁵ À condition que la restriction temporelle ne soit pas excessive. V. en ce sens Th. Revet, « Le dénouement de la propriété temporaire », art. préc.

²²²⁶ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit. ; F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305 ; F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006. 445.

pour expliquer le caractère temporaire du droit. Parce que l'objet de propriété intellectuelle est immatériel et qu'il ne répond donc, par définition, à aucune emprise physique, l'objet immatériel est alors insusceptible de disparition²²²⁷. Il est donc nécessaire, voire évident que le droit de propriété intellectuelle portant sur celui-ci soit limité, notamment du point de vue temporel²²²⁸.

Par ailleurs, la qualification propriétaire du droit de propriété intellectuelle semble avoir dépassé la seule valeur symbolique pour avoir de véritables implications sur le régime, en participant incidemment à l'allongement des durées prévues en la matière²²²⁹. En effet, la limite temporelle imposée par la loi nationale a reculé de manière significative ; il suffit de prendre pour exemple l'évolution de la durée en droit d'auteur²²³⁰. Même si l'allongement de ces durées ne confine pas à une véritable perpétuité²²³¹, il convient de relever que l'appréhension de la durée de la protection est essentiellement objective, comme en droit commun de la propriété. En effet, exception faite du droit d'auteur qui, pour les œuvres individuelles, se réfère originellement à l'auteur pour décider de la durée de la protection²²³², la fixation des différentes durées de protection est essentiellement fonction de l'objet protégé : sont notamment pris en compte la « *durée de vie économique* » de l'objet²²³³ et les cycles d'innovation selon l'industrie visée.

Au sein des droits de propriété industrielle, seul le droit des marques est en mesure d'accéder à une forme de perpétuité, la durée de protection du titre de dix ans étant indéfiniment renouvelable²²³⁴. Même s'il est possible de ne pas y voir une véritable perpétuité, mais davantage une prorogation indéfinie du terme²²³⁵, cette possibilité peut trouver une explication rationnelle en ce qu'une marque, contrairement aux autres objets de propriété intellectuelle, peut s'inscrire dans une idée de durabilité, de pérennité économique : la fonction de distinctivité dure tant que le signe est exploité. Ainsi, la durée est contingente de cette exploitation, ce qui peut conduire à la réduire lorsque l'exploitation ne répond pas aux exigences légales mais aussi à la proroger tant que nécessaire pour

²²²⁷ C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, op. cit., n° 277.

²²²⁸ J. Raynard, « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 14 ; Ph. Gaudrat, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011. 562, n° 3.

²²²⁹ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 295 et s.

²²³⁰ À la suite de la directive 2006/116/CE, la durée de protection du droit d'auteur a été reculée à 70 ans *post mortem auctoris* pour tenir compte de l'allongement de l'espérance de vie, mais aussi pour réajuster les disparités entre les différentes législations nationales sur ce point. En outre, il convient, pour le législateur européen, de garantir un niveau de protection élevé au titulaire, ce qui passe, là encore, par l'harmonisation de la durée de la protection. V. respectivement : dir. 2006/116/CE, préc. cons. 12, 6 et 3.

²²³¹ Tout dépendra du point de vue adopté, notamment en droit d'auteur : si l'on repart du point de vue du titulaire personne physique, la règle de droit commun ne pose aucune limite temporelle tant que l'auteur vit ; pour l'auteur, son droit atteint une forme de perpétuité ; également pour le droit des marques, la supposée perpétuité peut ne peut pas être perçue ainsi, tel qu'exposé ci-après.

²²³² Soixante-dix ans *post mortem auctoris* : la fixation de cette durée permet de couvrir la vie entière de l'auteur titulaire et de couvrir, à partir de la date de son décès, les deux générations qui suivront.

²²³³ M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., pp. 295-296.

²²³⁴ CPI, art. L. 712-1, al. 2.

²²³⁵ C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, op. cit., n° 282, parlant ainsi d'un abus de langage lorsqu'il est dit que le droit des marques peut être perpétuel ; sans compter que l'obligation d'exploitation, qui innerve le droit des marques et dont le non-respect réside dans la déchéance du droit, annihile toute idée de perpétuité qui normalement s'entend d'une certaine tranquillité d'esprit, d'une certaine quiétude dans l'esprit du titulaire sans craindre une perte de son droit par le non-usage.

remplir son objet spécifique. Il est donc parfaitement logique de permettre à celui qui l'a déposé de continuer à en user tant que son exploitation est effective et est source de bienfaits économiques. Par conséquent, on se réfère principalement à l'objet du droit de propriété intellectuelle, donc à une approche objective, pour décider du domaine temporel de la protection : on s'attache à sa nature – immatérielle – pour asseoir le principe d'une propriété temporaire et ensuite à sa valeur – essentiellement économique – pour déterminer la durée de la protection. Finalement, cette analyse sur la temporalité de la protection révèle la prégnance de la conception utilitariste du droit de la propriété intellectuelle qui incite à ériger la protection en un droit exclusif, certes, mais temporaire afin de conserver son caractère stimulant²²³⁶. Par conséquent, si le résultat du raisonnement opéré conduit à prévoir une durée limitée, et non une perpétuité, les raisons qui y président sont de même nature que celles de la propriété classique – la différence de l'objet justifie la différence de traitement.

À titre conclusif, si la perpétuité était, jusqu'à récemment, un caractère déterminant pour le droit de propriété, elle tend de nos jours, à perdre en importance, l'absence de perpétuité n'étant plus cet obstacle dirimant pour que les droits de propriété intellectuelle, en tant que propriétés temporaires, se révèlent dans leur nature propriétaire. D'ailleurs, n'a-t-il pas déjà été scientifiquement démontré que le temps est relatif²²³⁷ ?

Malgré les nuances qui peuvent être apportées à l'absoluité et à la perpétuité du droit de propriété pour mieux accepter que la relativité et le caractère temporaire du droit de la propriété intellectuelle ne constituent pas des obstacles dirimants à leur intégration dans la propriété, force est de constater que cette discussion demeure accessoire au regard du caractère exclusif de la propriété qui reste au centre de la qualification de propriété. Seule la nature exclusive des deux droits en cause semble constituer une véritable cause de rattachement et, par extension, de légitimation de la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle.

§3. L'exclusivité du droit

583. Le pont établi par l'exclusivité du droit. – Désormais, il est admis que la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle se concentre sur son caractère exclusif. Ce postulat est rendu possible par une lecture renouvelée de la notion de propriété qui met en avant sa nature exclusive tout en relativisant la portée de ses deux autres critères que sont la perpétuité et l'absoluité. Mais le postulat ne peut être soutenu que si l'exclusivité du droit de la propriété intellectuelle s'assimile à l'exclusivité du droit de propriété. Pour le savoir, il convient de saisir ce que recouvre intrinsèquement la notion d'exclusivité ; c'est ainsi que l'exclusivité du droit commun des biens sera préalablement examinée (A) avant de la mettre en parallèle avec l'exclusivité du droit de la propriété intellectuelle (B).

²²³⁶ La perpétuité aurait l'effet inverse d'après Smith et Mill, qui sont cités par M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 369.

²²³⁷ S. Hawking, *Une brève histoire du temps : du big bang aux trous noirs*, Flammarion, 2022.

A. L'appréhension de l'exclusivité par le droit commun des biens

584. L'appréhension de la notion d'exclusivité en droit des biens. – L'exclusivité, qualité du droit de propriété non explicité par l'article 544 du Code civil, se déduit généralement du caractère absolu énoncé par ledit texte²²³⁸. Pour cerner la notion d'exclusivité, deux significations peuvent être retenues ; d'une part, elle signifie que « *le propriétaire est seul maître de son bien, en ce sens qu'il peut l'exploiter sous quelque forme que ce soit ou s'opposer à ce que les tiers empiètent sur son droit* »²²³⁹ ; d'autre part, elle peut recouvrir l'idée de monopole, et être alors teintée d'économie : le propriétaire de la chose serait investi d'un monopole, qui, dans son sens économique, indiquerait alors que la chose objet du droit de propriété n'appartient qu'à lui seul. Ce second sens, reconnaissant l'exclusivité dans la présence d'un seul et unique propriétaire, impliquerait alors que, dans les cas de la propriété dite collective telle que l'indivision, l'exclusivité ne soit pas du même degré que celle de la propriété individuelle²²⁴⁰.

Toutefois, ce point de vue, assez rigide sur la notion d'exclusivité, n'est pas le seul, si tant est que la réflexion ne se limite pas à ce cas de figure. En effet, si l'on accepte que l'ensemble des indivisaires forme une communauté, il n'y a plus aucune opposition entre exclusivité et indivision²²⁴¹. Certainement pour éviter de commettre une telle confusion entre monopole et exclusivité, certains auteurs conservent néanmoins la différence entre ces deux notions : tandis que le monopole n'aurait de sens qu'à l'égard du propriétaire individuel, l'exclusivité²²⁴² pourrait s'appliquer tant en matière de propriété individuelle qu'en matière de propriété collective.

Partant, si l'on admet la différence formulée entre le monopole et l'exclusivité, cette dernière recevrait une acception purement juridique en se définissant comme un pouvoir d'interdire²²⁴³.

585. L'évolution de la notion d'exclusivité en droit des biens. – Une approche moderne du droit des biens tend à placer la notion d'exclusivité au premier plan de l'analyse²²⁴⁴ ; les autres

²²³⁸ V. en ce sens par exemple, J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 367 : le caractère exclusif est également perçu comme le prolongement de l'absoluité ; W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », art. préc. : « Le pouvoir du propriétaire sur sa chose est absolu avant tout parce qu'il ne le partage avec personne ».

²²³⁹ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 150.

²²⁴⁰ *Ibid.*, n° 146.

²²⁴¹ W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », art. préc. Au surplus, selon cet auteur, le point de vue adopté sera fonction de la réponse apportée à la question fondamentale suivante « *la réalité des choses et du monde se réduit-elle aux individualités ?* ». Ce même auteur y répond de manière casuelle en se référant à l'évolution du mécanisme de l'indivision, v. également en ce sens : W. Dross, « L'évolution du droit de l'indivision », *Droit & Ville* n° 77, janv. 2014, p. 3 et s., ainsi que l'ensemble des autres contributions de cette revue dont le numéro est une publication des actes du colloque *L'indivision, un régime ambivalent*, qui s'est tenu à Corte le 29 novembre 2013.

²²⁴² V. en ce sens : F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 151.

²²⁴³ J.-M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, « De la propriété comme modèle », art. préc., n° 17 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 208.

²²⁴⁴ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 382 ; *adde.* W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012. 419 ; M. Fabre magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997. 583 ; *adde.* pour une analyse économique de l'exclusivité, H. Lepage, « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits* n° 1, 1985, p. 91 et s., spéc. p. 94 et s.

qualités du droit, l'absoluité et la perpétuité, ne sont pas reniées mais simplement reléguées au second plan. Cette perspective a été initiée notamment par monsieur le professeur Zenati qui, dans sa thèse de doctorat, voit dans l'exclusivité l'essence de la propriété. Pour ce faire, il réfute l'inclusion de l'exclusivité dans les caractères de la propriété²²⁴⁵ et cherche à définir le droit de propriété comme un rapport d'exclusivité en démontrant que de « multiples institutions reposent sur l'idée que la propriété est un rapport d'exclusivité »²²⁴⁶, lequel induit une opposabilité *erga omnes* du droit de propriété. Outre l'affirmation du pouvoir sur sa chose, l'exclusivité telle que pensée par le professeur Zenati se focalise aussi sur la relation – que l'on pourrait qualifier d'incidente, indirecte – qu'entretient le propriétaire vis-à-vis des tiers²²⁴⁷. Au surplus, l'exclusivité ainsi redéfinie n'est pas remise en cause par l'existence de restriction au droit de propriété, peu importe leur nombre ou leur intensité ; c'est ce dont atteste déjà la seconde partie de l'article 544 du Code civil²²⁴⁸.

De manière plus récente et plus disruptive, est apparue la doctrine des communs²²⁴⁹. Cette approche collectiviste de la propriété prend sa source dans le développement des licences libres qui sont définies comme des « licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon non exclusive, sans transférer les droits d'auteur qui y sont attachés et sans que l'utilisateur ne puisse réduire ces libertés tant à l'égard de l'œuvre originelle que de ses dérivés. Les œuvres ainsi diffusées sont qualifiées de libres »²²⁵⁰. Cette doctrine promeut un détachement vis-à-vis de la propriété individuelle et encourage le recours à une propriété collective dont le sens est renouvelé. Cette propriété collective ne s'inscrit pas en opposition avec la propriété individuelle, et encore moins avec le concept de propriété²²⁵¹ car elle n'abandonne pas le rapport d'appropriation ; elle cherche, en réalité, à le redéfinir à l'aune d'une gestion collective des communs²²⁵². Pour ce faire, il est nécessaire de ne pas renoncer à la propriété, en particulier à l'exclusivité qu'elle confère, car c'est justement grâce à cette exclusivité que le titulaire peut décider d'autoriser les réutilisations de son œuvre par une communauté d'individus. Les licences de *Creative Commons* en sont une illustration topique. Il s'agit d'un exemple de licences libres dont le mécanisme ne s'oppose pas à la propriété : elles « s'appuient sur la propriété, mais la subvertissent ». Cette subversion est possible grâce à l'exclusivité dont le titulaire du droit dispose, qui lui permet de décider d'en faire un instrument d'*inclusion*. La proposition, formulée par Madame Dusollier, induit alors un renversement de paradigme, en identifiant la propriété non pas seulement par son exclusivité, c'est-à-dire par sa capacité à exclure

²²⁴⁵ Selon l'auteur, traiter l'exclusivité comme un simple caractère, une qualité du droit de propriété confine à la tautologie, v. F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, t. 1, *op. cit.*, n° 59.

²²⁴⁶ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, t. 2, *op. cit.*, n° 400 ; *adde.* F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc. ; F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc.

²²⁴⁷ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 38.

²²⁴⁸ Th. Revet, « Le dénouement de la propriété temporaire », art. préc.

²²⁴⁹ M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, v. « Communs numériques (approche juridique) ».

²²⁵⁰ M. Clément-Fontaine, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « L'œuvre libre », Fasc. 1975, LexisNexis, 31 déc. 2023, maj. 1^{er} juin 2024, n° 48.

²²⁵¹ M. Xifaras, « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes* n° 41, 2010/2, p. 62.

²²⁵² M. Clément-Fontaine, « Les communs numériques », in *Mél. A. Lucas*, *op. cit.*, p. 171.

autrui, mais aussi par l'inclusivité que la propriété peut offrir²²⁵³. Le recours au « *libre* » n'est pas le fait des seuls particuliers qui nourrissent continuellement le site *Wikipédia* par exemple, c'est aussi le fait des pouvoirs publics qui recourent à l'*open data* afin d'offrir aux usagers un accès ouvert aux ressources publiques. Le dernier exemple en date est la mise en place de l'outil *Judilibre*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, qui couvre, depuis 2021²²⁵⁴, les décisions rendues par cette dernière et qui couvrira bientôt les décisions rendues par les juridictions de premier degré en matière contraventionnelle et délictuelle, les décisions rendues par les cours d'appel en matière contraventionnelle et délictuelle, et les décisions rendues en matière criminelle.

L'approche renouvelée du droit de propriété, qui porte essentiellement sur la notion d'exclusivité, contribue ainsi à la construction d'une passerelle entre le droit de propriété et le droit de la propriété intellectuelle.

B. L'appréhension de l'exclusivité en propriété intellectuelle

586. L'exclusivité du droit de la propriété intellectuelle est-elle l'exclusivité du droit commun des biens ? – En droit de la propriété intellectuelle, l'exclusivité permet, comme en droit commun des biens, de définir ledit droit en ce qu'elle caractérise de manière transversale l'ensemble des droits de propriété intellectuelle²²⁵⁵. Si le droit de la propriété intellectuelle peut être perçu comme l'une de ces formes modernes de propriété qui confirme le principe selon lequel l'exclusivité est de l'essence de la propriété²²⁵⁶, la mise en évidence de son caractère exclusif n'emporte pas forcément consensus quant à sa nature propriétaire, sans compter les multiples sources du recul de l'exclusivité en droit de la propriété intellectuelle²²⁵⁷. En effet, bien que l'exclusivité irrigue l'ensemble du droit de propriété intellectuelle, il est possible de lui reprocher un caractère fictif (1) et de ne pas permettre de faire la distinction entre droit de propriété et monopole (2). Le doute est exacerbé face au recours du droit à rémunération comme modèle alternatif à l'exclusivité (3).

²²⁵³ S. Dusollier, « Creative Commons et Open Source : libertés numériques versus propriété ? », *Cogito Le Magazine de la Recherche*, avr. 2019, accessible sur <https://www.sciencespo.fr/research/cogito/home/creative-commons-et-open-source-des-libertes-numeriques-a-rebours-de-la-propriete/> (consulté le 11/11/2024).

²²⁵⁴ Arrêté du 28 avr. 2021 pris en application de l'article 9 du décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives, JORF n° 0101 du 29 avr. 2021.

²²⁵⁵ Ch. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », art. préc., n° 8. Cela étant, certains auteurs voient toujours une différence entre l'exclusivité du droit de propriété et l'exclusivité du droit de propriété intellectuelle, la première étant « *de fait* » et la seconde étant « *de droit* », v. J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », art. préc., p. 440. L'exclusivité du droit de la propriété intellectuelle serait alors artificielle, v. P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, p. 97, et P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, *op. cit.*, p. 518.

²²⁵⁶ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, t. 2, *op. cit.*, n° 400.

²²⁵⁷ Pour une illustration en droit d'auteur, v. A. Lucas J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur – Sources – Fondement – Nature », Fasc. 1112, LexisNexis, 1^{er} mars 2024, spéc. n° 108.

1. L'exclusivité « *fictive* » du droit de propriété intellectuelle

587. L'exclusivité légalement recrée. – Alors que l'appropriation des choses corporelles est « *naturelle* », l'appropriation des choses intellectuelles est d'origine légale. Cette différence dans la genèse du droit privatif conduit à considérer le droit de la propriété intellectuelle comme une exception : une exception par rapport au droit de propriété au sein duquel l'appropriation se fait naturellement ; une exception par rapport à la liberté du commerce et de l'industrie en ce que le droit de la propriété intellectuelle établit un pouvoir là où la libre circulation des marchandises et la libre concurrence devraient jouer sans entrave. En pareille situation, dire que la propriété intellectuelle est une propriété pourrait s'analyser comme une vue de l'esprit. En effet, si un propriétaire n'a pas besoin de l'intervention du législateur pour voir son droit être reconnu, un droit de propriété intellectuelle a besoin de cette intervention, à savoir que le droit crée les moyens de cette appropriation. Pour ce faire, la loi va alors « *recréer* » une exclusivité qui ne peut exister à l'état naturel sur un objet doué d'ubiquité. La différence entre ces deux exclusivités est-elle une différence de nature ou une différence de degré ?

588. Une différence de nature quant à l'existence de l'exclusivité. – Si l'on suit le cheminement propre au droit commun des biens, l'exclusivité ne fonctionne que pour un bien physique, corporel car le pouvoir exercé sur la chose consiste, lui-même, en une emprise physique. Or, les choses ubiquitaires n'étant pas susceptibles d'une telle emprise physique, il est donc nécessaire de « *recréer* » cette emprise, par le jeu de la fiction juridique. Autrement dit, le droit de la propriété intellectuelle, en octroyant un droit exclusif, octroie à son titulaire un pouvoir juridique pour recréer à son bénéfice un droit privatif, une propriété. La différence peut alors se faire sentir entre l'exclusivité du droit de propriété et l'exclusivité du droit de propriété intellectuelle : alors que la première est la simple constatation juridique de l'emprise physique exercée sur la chose corporelle, la seconde s'analyse en une fiction juridique en ce qu'elle cherche à rétablir une emprise sur la chose ubiquitaire qui n'existe pas de manière donnée. Cette différence peut alors faire craindre que l'exclusivité du droit de propriété intellectuelle ne soit pas celle du droit de propriété et, par conséquent, réfuter la nature propriétaire du droit de propriété intellectuelle.

589. Une différence de degré quant aux effets de l'exclusivité. – Partant de ce constat, il est loisible de penser que, malgré l'exclusivité construite par le droit de la propriété intellectuelle, l'usage des choses ubiquitaires ne peut être véritablement empêché ; cette exclusivité empêche-t-elle matériellement les téléchargements illégaux ? La réponse est assurément négative, une vision aussi réductrice de la notion d'exclusivité et de ce qu'elle recouvre ne pouvant prospérer pour plusieurs raisons. D'une part, l'objet de propriété intellectuelle lui-même, bien qu'il puisse être perçu comme une fiction juridique²²⁵⁸, n'est pas une vue de l'esprit : l'existence de la chose

²²⁵⁸ Sur l'utilisation du mécanisme de la fiction juridique à propos de l'objet de propriété intellectuelle, v. *supra* n° 64.

immatérielle et ubiquitaire est tirée de son support, mais en lui assignant un régime juridique spécifique, la chose ubiquitaire qui devient objet de propriété intellectuelle est juridiquement extraite et autonomisée de son support matériel. D'autre part, l'exclusivité du droit de propriété de l'article 544 du Code civil n'est pas aussi intouchable qu'il n'y paraît. La jurisprudence sur l'image des biens corrobore cette affirmation : en effet, si le propriétaire est censé avoir la maîtrise, le contrôle sur son bien et sur toutes ses utilités (qu'il soit meuble ou immeuble), force est de constater que, depuis le revirement de jurisprudence de 2004²²⁵⁹, le contrôle de l'image de son bien ne relève plus de son pouvoir absolu puisqu'il doit prouver que l'utilisation faite de l'image de son bien lui a causé un trouble de jouissance²²⁶⁰. Au surplus, l'exclusivité du droit de propriété intellectuelle n'a rien de chimérique : comme pour le droit de propriété, son non-respect est sanctionné par une action en justice précise qui, dans sa fonction restitutive²²⁶¹, rétablit le titulaire lésé dans son exclusivité.

Malgré les effets tangibles de l'exclusivité caractérisant le droit de la propriété intellectuelle, des résistances se font encore ressentir quant à la qualification propriétaire, cette fois-ci au regard de l'ambiguïté qu'entretient l'exclusivité vis-à-vis des concepts de propriété et de monopole.

2. L'exclusivité aux confluent de la propriété et du monopole

590. Faut-il parler de propriété ou de monopole²²⁶² ? – Lorsqu'il s'agit de désigner le droit de la propriété intellectuelle, l'hésitation entre le vocable « *propriété* » et le vocable « *monopole* » est légitime puisque, dans la littérature juridique spécialisée, il est fréquent de lire que tel ou tel droit de propriété intellectuelle, consistant en un droit exclusif, confère à son titulaire un *monopole d'exploitation*.

Certains auteurs semblent ne pas s'en formaliser et utilisent de manière presque interchangeable les expressions « *droit exclusif* » et « *monopole d'exploitation* » sans que cela n'ait une incidence sur la nature propriétaire de la protection²²⁶³. Mais il faut se garder de cette vision simpliste car l'analogie faite entre la propriété et le monopole fonde les critiques formulées à l'encontre de la propriété intellectuelle²²⁶⁴. En réalité, l'analogie entre les deux termes est vraie lorsque l'on s'attache au versant

²²⁵⁹ Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, déc. préc., revenant sur la solution rendue par Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, déc. préc. ; v. *supra* n° 71.

²²⁶⁰ Depuis l'adoption de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, préc., l'image des immeubles relevant des domaines nationaux répond à un régime spécifique prévu à l'article L. 621-42 du Code du patrimoine. Si le Château de Chambord n'avait pas pu en bénéficier dans le cadre du litige l'opposant à la société Kronenbourg (CE, 13 avr. 2018, n° 397047), c'est désormais le cas.

²²⁶¹ V. *infra* n° 624 et s.

²²⁶² P. Roubier, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. préc., p. 260 et s.

²²⁶³ V. par exemple J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* ; J. Raynard, E. Py, P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* ; *adde.* M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *op. cit.*, n° 2248 : « L'espèce de monopole temporaire que la loi reconnaît aux auteurs et aux inventeurs constitue encore l'équivalent d'un droit de propriété ».

²²⁶⁴ Ainsi que le relève A. Lucas, « Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle », in *Les modèles propriétaires, Actes en hommage au professeur H.-J. Lucas*, *op. cit.*, p. 15 : pour les détracteurs de la propriété intellectuelle, cette dernière est « une propriété prenant la forme d'un monopole parasite et sclérotisant faisant obstacle au progrès économique ».

économique de la notion de monopole²²⁶⁵ ; elle l'est moins lorsque l'on perçoit la notion de monopole à travers son ancêtre, le privilège²²⁶⁶.

591. Le droit de la propriété intellectuelle ne confère pas nécessairement un monopole économique. – D'un point de vue économique, la notion d'exclusivité permet d'établir un pont entre les notions de propriété et le monopole. Cela peut être prouvé par la manière dont est réceptionnée la notion d'exclusivité en droit, plus particulièrement en droit de la concurrence. En cette matière, le droit de la propriété intellectuelle, compte tenu de l'exclusivité qui l'irrigue, est perçu comme un monopole légal puisqu'il permet d'octroyer un avantage concurrentiel à son titulaire et est pris en compte en tant que barrière à l'entrée d'un marché. Pour autant, le fait que le titulaire bénéficie d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un « *monopole légal* » ne signifie pas qu'il se retrouve nécessairement en situation de monopole et, partant, en position dominante sur un marché donné²²⁶⁷. Au surplus, le monopole légal octroyé par le droit de la propriété intellectuelle n'est pas forcément le monopole du droit de la concurrence²²⁶⁸ – qui s'analyserait comme une position dominante et qui ne sera répréhensible que si l'entreprise qui en bénéficie s'en sert de manière *abusive*.

En propriété intellectuelle, il est donc difficile de faire la différence entre propriété et monopole puisque le droit de la propriété intellectuelle, « *monopole légal* », n'est pas le monopole qui porte en lui l'éviction de toute concurrence. Dès lors, vouloir réfuter la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle en mettant en avant sa nature monopolistique manque de rigueur si la notion de monopole est entendue comme telle ; en revanche, si la notion de monopole est entendue comme l'héritière du privilège, l'opposition peut trouver davantage de sens.

592. Le monopole perçu comme l'héritier du privilège, système prévalant sous l'Ancien régime. – Le monopole émanant du privilège était, en réalité, issu de la décision du Prince, généralement du Roi, qui décidait de manière tout à fait discrétionnaire et arbitraire d'octroyer, ou non, un tel privilège. La Révolution française mit fin au système des privilèges pour le remplacer par un système de réservation des valeurs fondée sur les libertés individuelles, par l'institution du droit de propriété. Il est donc tout à fait logique de craindre, lorsque le terme monopole intègre le langage juridique, une résurgence du système des privilèges. Pour autant, le monopole d'aujourd'hui n'est pas forcément le monopole d'antan : le système des privilèges est définitivement révolu, seul

²²⁶⁵ *Contra*. Ph. Gaudrat, « La structure juridique des propriétés intellectuelles », art. préc., p. 179 et s. ; Ph. Gaudrat, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.* 2009. 323, qui voit dans les droits de propriété industrielle des monopoles et dans la propriété littéraire et artistique une « *vraie* » propriété.

²²⁶⁶ V. *supra* n° 501.

²²⁶⁷ CJUE, 6 déc. 2012, *AstraZeneca c. Commission*, aff. C-457/10 P, pt. 186 ; *adde*. J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 695.

²²⁶⁸ V. Giovannini, *Données massives et droit de la concurrence*, Bruylant, 2024, n° 199 ; *a fortiori*, tout est question de degré, v. en ce sens E. Mackaay, « Les droits intellectuels. Entre propriété et monopole », *JEEH*, vol. 1, 1989-1990, p. 94 : selon le « degré » d'exclusivité identifié, l'exclusivité réoriente alors la concurrence sans pour autant l'exclure (et au plus le degré d'exclusivité est fort, au plus la réorientation se fera par un chemin plus long) ; *adde*. J. Gstalter, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Bruylant, 2012.

subsistant le monopole qui ne fait que décrire une situation économique d'un opérateur économique sur un marché donné. En ce sens, le monopole, dont le sens se veut aujourd'hui essentiellement économique, n'a pas pour origine un privilège ; il peut être le fruit d'un véritable labeur combiné à des investissements, le fruit d'une innovation qui permettra à son bénéficiaire de devenir le seul offreur sur le marché – au moins pendant un temps, jusqu'à ce qu'une nouvelle innovation apparaisse – pour satisfaire la demande. De surcroît, le mécanisme du privilège est aux antipodes de celui de la propriété, ainsi que l'ont voulu les révolutionnaires. Il serait donc étrange, en parlant de monopole, de faire, en réalité, référence au système du privilège, cette logique étant désormais dépassée, voire « contraire à l'ordre public des biens »²²⁶⁹.

Cela n'empêche pas de croire que l'idée de privilège n'a pas complètement disparu, précisément en matière de propriété intellectuelle²²⁷⁰. En effet, dans ce domaine, le mode d'acquisition de la protection réside dans l'accomplissement d'une formalité auprès d'un établissement public, l'INPI, et dans sa réponse favorable à la demande formulée, s'assimilant alors au fait du Prince ; l'effectivité de la protection dépend des conditions de protection qui, elles aussi, relèvent du législateur lequel peut les modifier si les circonstances l'exigent. En dépit de ces éléments, la résurgence du privilège dans le monopole d'exploitation que le droit de la propriété intellectuelle confère peut être nuancée. D'une part, le « Prince » d'aujourd'hui (que ce soit le Président de la République ou le parlementaire) n'est pas celui de l'Ancien Régime : même si l'adoption de certaines lois, notamment en propriété intellectuelle, peut être le fruit de la volonté de personnes opportunément placées²²⁷¹, la délivrance du titre ainsi que son régime relèvent principalement d'une loi et non d'une décision individuelle. S'agissant de l'administration chargée d'octroyer les titres de propriété industrielle, l'INPI est un établissement public autofinancé placé sous la tutelle du ministère en charge de la propriété industrielle²²⁷². L'attribution de cette compétence à un organisme public ne doit pas être perçue comme une résurgence du pouvoir absolu du souverain, car elle a des justifications bien plus pragmatiques : au contraire du droit de propriété qui « ne doit rien à l'État »²²⁷³, le droit de la propriété intellectuelle permet de donner corps à une réalité insaisissable sans intervention juridique. L'existence de l'objet du droit de propriété intellectuelle, compte tenu de son immatérialité et de son ubiquité, repose sur le mécanisme de la fiction juridique ; le droit exclusif octroyé sur celui-ci est le fruit de la volonté du législateur, qui passe par une institution publique pour que le droit exclusif gagne en matérialité par la délivrance du titre. Au demeurant, la nécessité du dépôt en propriété industrielle trouve davantage d'explication dans le caractère nouveau que doit présenter l'objet qui a vocation à être protégé que dans l'éventuel octroi d'un « privilège ». En effet, la nouveauté étant détruite par l'antériorité, il est nécessaire que les tiers puissent avoir raisonnablement accès aux antériorités pour éviter de se rendre coupable d'un acte de

²²⁶⁹ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, op. cit., n° 67.

²²⁷⁰ *Ibid.*, n° 87.

²²⁷¹ V. en ce sens J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009.

²²⁷² Sous le présent mandat, il s'agit du ministère de l'économie.

²²⁷³ A. Abello, « La propriété intellectuelle, une "propriété de marché" », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 350.

contrefaçon²²⁷⁴ mais aussi pour contester, le cas échéant, la validité du titre. Enfin, l'intervention d'une autorité publique dans la délivrance d'un titre n'est pas une constante du droit de la propriété intellectuelle puisque de nombreux droits sont reconnus sans nécessité de dépôt ou d'enregistrement préalable (le droit d'auteur, les droits voisins, le droit *sui generis* sur les bases de données, le dessin et modèle non enregistré...).

Au regard de ces développements, il apparaît qu'exclusivité et monopole ne peuvent être confondus sur la base des relations qu'entretiennent ces deux notions. Demeure toutefois pendant la question du poids de l'érection de droits à rémunération, comme semblent la connaître le droit de la propriété intellectuelle, sur la possibilité de maintenir la qualification de propriété.

3. L'exclusivité aux prises d'un droit à rémunération

593. L'exclusivité laisse-t-elle sa place à un droit à rémunération ? – Les hésitations à propos de la nature du droit de propriété intellectuelle redoublent face au développement de ce que l'on nomme les droits à rémunération. En certains cas, le droit exclusif conféré par le droit de propriété intellectuelle laisse place à un droit à rémunération. Concrètement, ce droit à rémunération intervient lorsque le droit exclusif est neutralisé par une licence dite obligatoire, ou non volontaire, ou encore d'office, et que son titulaire n'a plus la possibilité d'interdire l'utilisation visée ; il n'a pas d'autre choix que de consentir à cette utilisation. Dans tous les cas, une telle licence est prévue par la loi ; lorsqu'elle existe et que les conditions de son application sont remplies, le titulaire du droit exclusif n'a d'autres choix que de l'accepter, moyennant alors un simple droit à rémunération.

594. L'inventaire des différents types de licences imposées. – La plupart des droits de propriété intellectuelle connaissent ce mécanisme qui se décline en diverses licences. Il y a, tout d'abord, les licences qui neutralisent le droit exclusif en réponse à son impuissance²²⁷⁵ ; tel est le cas de la rémunération pour copie privée²²⁷⁶, du droit à rémunération au titre du prêt en bibliothèque²²⁷⁷, du droit à rémunération octroyé au titre de l'exploitation des livres indisponibles²²⁷⁸, mais aussi et surtout en droits voisins du droit d'auteur, l'artiste-interprète et le producteur de phonogrammes ne pouvant s'opposer à certaines utilisations du phonogramme énumérées à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle, moyennant un droit à rémunération.

²²⁷⁴ La recherche d'antériorités est nécessairement facilitée par l'existence d'un dépôt auprès d'un organisme public qui « consigne » ces dépôts dans une base de données et la rend accessible au public.

²²⁷⁵ F. Siirainen, « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », *in Droit et économie de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 53.

²²⁷⁶ CPI, art. L. 311-1 et s. ; *adde.* V.-L. Benabou, « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? (Partie 1 : l'assiette) », *Légipresse* 2011. 537 et V.-L. Benabou, « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? (Partie 2 : les débiteurs de la rémunération) », *Légipresse* 2011. 603.

²²⁷⁷ CPI, art. L. 133-1 et s.

²²⁷⁸ CPI, art. L. 134-3, I.

Il y a, ensuite, les licences qui permettent de pallier l'inaction du titulaire du droit exclusif ; il s'agit essentiellement de la licence dite obligatoire²²⁷⁹ et de la licence dite d'office²²⁸⁰, mécanismes qui, sous certaines conditions, peuvent être enclenchés en cas d'absence d'exploitation du brevet.

Il existe enfin, les licences qui visent des cas plus particuliers et qui se justifient par une idée d'intérêt général ; On peut y retrouver les licences portant sur un brevet pour des motifs de santé publique²²⁸¹, la licence qui peut être demandée par l'État pour les besoins de la défense nationale²²⁸² et la licence obligatoire ou d'office portant sur un brevet ayant pour objet une invention dans le domaine de la technologie des semi-conducteurs²²⁸³. Pour cette dernière, il est à noter que celle-ci ne peut être accordée que pour une utilisation à des fins publiques non commerciales ou pour remédier à une pratique anticoncurrentielle constatée par une décision juridictionnelle ou administrative.

Cette précision nous rappelle que, outre ces cas prévus par la loi, le mécanisme de la licence imposée (ou non-volontaire, ou obligatoire) se développe également en dehors du droit de la propriété intellectuelle, en l'occurrence en droit de la concurrence dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Depuis l'arrêt *Magill* rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes²²⁸⁴, le juge de l'Union est en mesure d'octroyer une licence judiciaire portant sur un droit de propriété intellectuelle lorsque le titulaire du droit, alors en position dominante sur le marché donné, a commis un abus de sa position dominante en refusant de contracter avec l'opérateur qui l'a demandé.

595. Les vertus et les dangers du système du droit à rémunération. – Comme tout système, celui du droit à rémunération, reposant sur l'octroi d'une licence imposée, présente tant de vertus que de dangers.

Les vertus principales de ce système résident dans la certitude de la rémunération, dans son caractère pratique et dans ses répercussions sur certains secteurs d'activité cruciaux. Grâce au droit à rémunération, son bénéficiaire – le titulaire du droit exclusif – est, d'abord, certain de percevoir une rémunération et, ensuite, s'épargne de multiples phases de négociations avec les tiers exploitants. Également, le principe du droit à rémunération reposant sur l'octroi d'une licence imposée présente un intérêt évident dans certains secteurs d'activités, notamment dans la santé, ainsi que l'illustrent les différentes licences en droit des brevets visant la santé publique. En ce sens,

²²⁷⁹ CPI, art. L. 613-11.

²²⁸⁰ CPI, art. L. 613-18.

²²⁸¹ Comme la licence d'office prévue par le CPI, art. L. 613-16, à lire conjointement avec l'art. L. 613-17, et la licence obligatoire prévue par le nouvel article L. 613-17-1 du CPI, transposant le règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, JOUE n° L 157/1 du 9 juin 2006.

²²⁸² CPI, art. L. 613-19.

²²⁸³ CPI, art. L. 613-19-1.

²²⁸⁴ CJCE, 6 avr. 1995, *RTE et ITP c. Commission*, déc. préc. ; cette pratique a été systématisée par l'arrêt *IMS Health* (CJCE, 29 avr. 2004, *IMS Health*, déc. préc.) ; pour des exemples de licences octroyées : en droit d'auteur, TPICE, gde. ch., 17 sept. 2007, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-201/04.

L'on insiste particulièrement sur la licence issue du règlement 2006/816 qui vise à (ré)équilibrer les intérêts « macroéconomiques » en présence, en octroyant cette licence aux entreprises « *qui souhaiteraient fabriquer des médicaments génériques destinés à l'exportation vers les pays en voie de développement qui ne possèdent pas de capacité de production suffisantes* »²²⁸⁵. In fine, l'idée est, indéniablement, de permettre aux pays en voie de développement qui ne disposent pas de capacité de productions suffisantes d'être approvisionnés en médicaments. De ce point de vue, si c'est certainement une vision utilitariste de la propriété intellectuelle, en l'occurrence du droit des brevets, qui a justifié la mise en place de cette licence spécifique, elle n'est pas tournée uniquement vers les titulaires du droit (qui ne sont, d'ailleurs, aucunement occultés puisqu'il est prévu que leur soit reversé une rémunération), mais également vers les destinataires de ces produits que sont – aussi – les plus pauvres de la planète.

Dans certaines de ces vertus se logent des dangers. Bien que le système de la licence imposée garantit au titulaire du droit exclusif un droit à rémunération et l'épargne de la phase de négociations, ces avantages essentiellement pratiques constituent, tout à la fois, une importante restriction à sa liberté contractuelle. En effet, en lui imposant une telle licence, le titulaire du droit exclusif ne peut ni choisir l'exploitant, ni parfois négocier le montant de la rémunération. Certains auteurs avancent même que la rémunération issue d'un tel système ne peut qu'être inférieure à un montant qui aurait fait l'objet d'une négociation²²⁸⁶. Cette assertion n'est toutefois pas démontrée et dépend essentiellement de la puissance économique des protagonistes. Ainsi, la rémunération pour copie privée comme le droit à rémunération équitable en matière de radiodiffusion du commerce profitent certainement plus aux auteurs et aux artistes interprètes que les termes d'une négociation contractuelle avec les cessionnaires ou les exploitants, notamment en raison de clés de répartition obligatoires fixées par la loi.

596. Le droit à rémunération, un renversement du principe de l'exclusivité ? – Il est récurrent de lire que le droit à rémunération constitue un concurrent du modèle de l'exclusivité²²⁸⁷, voire une inversion de celui-ci²²⁸⁸. Cette hypothèse est nourrie par l'idée suivante, à savoir que ce qui est recherché est un équilibre²²⁸⁹ entre les différents intérêts en présence, (titulaires, public, exploitants, etc.). Or, certains auteurs invitent à voir dans le droit à rémunération « *la contrepartie d'un droit accès* » et, de manière plus globale, à envisager le droit de la propriété intellectuelle comme un outil de régulation²²⁹⁰. Le droit de la propriété intellectuelle en tant que droit à rémunération interviendrait dès lors comme un instrument de régulation en permettant de remédier à une situation qui n'a pas su trouver par elle-même son équilibre²²⁹¹. À suivre cette logique, la nature juridique dudit droit en

²²⁸⁵ J. Azéma, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 688.

²²⁸⁶ V. en ce sens F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 912.

²²⁸⁷ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 53, note de bas de page n° 4.

²²⁸⁸ A. Lucas J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur – Sources – Fondement – Nature », fasc. préc., n° 107.

²²⁸⁹ *Loc. cit.*

²²⁹⁰ F. Siirainen, « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », art. préc., p. 54.

²²⁹¹ Pour rebondir sur la définition donnée du droit de la régulation, il s'agit de l'« ensemble des règles applicables à des secteurs qui ne trouvent pas leur équilibre par eux-mêmes – entre la concurrence et autre chose – » et « veille à la construction, la surveillance et le maintien de ces équilibres », v. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001. 610.

ressort métamorphosée ; l'on s'éloigne alors de la simple reconsidération du paradigme²²⁹² de l'exclusivité puisqu'il est, en ce cas, ni plus ni moins renversé. En effet, si la protection trouve originellement son fondement dans son titulaire (que ce soit le créateur, l'exploitant, ou encore l'investisseur selon la conception que l'on retient de la matière), dans cette nouvelle perspective, la propriété intellectuelle ne serait plus qu'un simple « *outil* » à disposition de l'État et du but qu'il poursuit ou poursuivra²²⁹³.

597. Le droit à rémunération, une « *commodité* » du droit de la propriété intellectuelle. –

Toutefois, les craintes exprimées en doctrine à propos d'une telle reconsidération de la propriété intellectuelle, peuvent être apaisées. Tout d'abord, il convient de revenir sur le fondement de ce droit à rémunération : celui-ci repose sur une licence dont la raison d'être ne remet pas en cause le droit exclusif dans sa globalité. En effet, ces licences visent des cas particuliers qui ne neutralisent pas le droit exclusif dans toutes ses dimensions. Pour prendre le seul exemple de l'écrivain qui ne peut s'opposer au prêt de son livre en bibliothèque, il n'est empêché que dans cette circonstance. En ce sens, le mécanisme de la licence imposée se rapproche davantage d'un mécanisme de nature exceptionnelle, à l'image des exceptions²²⁹⁴. De plus, dans le silence de la loi – excepté pour les licences d'office et les licences obligatoires en droit des brevets, dont le caractère non exclusif est explicité²²⁹⁵ –, il est permis d'inférer que ces licences ne sont en rien exclusives ; et même si la situation était inverse, il est impérieux de faire la distinction entre l'exclusivité du droit et le caractère exclusif du contrat de licence, la licence exclusive ne commuant aucunement l'autorisation d'exploiter en attribut propriétaire²²⁹⁶. Ensuite, la crainte doit être apaisée tant que le système de la licence imposée n'est pas globalisé : la proposition avait été présentée en droit d'auteur dans le courant des années 2000 afin de légaliser les échanges de fichiers sur internet, proposition qui a finalement été écartée²²⁹⁷. Certes, la logique d'une licence globale n'a pas complètement disparu notamment lorsqu'il s'agit de réguler l'impact de l'intelligence artificielle en droit d'auteur²²⁹⁸ ; mais elle ne connaît pas encore de traduction en droit positif. Au surplus, le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC transmise par le Conseil d'État portant sur l'inconstitutionnalité de l'alinéa 1^{er} et la seconde phrase de l'alinéa 2 du 3^o de l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoyait l'extension de la licence légale aux titulaires de droits voisins pour la communication au

²²⁹² Ainsi que le préconise F. Siiriainen, « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », art. préc., p. 54.

²²⁹³ V. en ce sens M.-A. Frison-Roche, « Le maniement de la propriété intellectuelle comme outil de régulation et de compliance », in *GAPI*, *op. cit.*, p. 43 et s., spéc. n° 5.

²²⁹⁴ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1304 ; A. Lucas J.-Cl. *Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur – Sources – Fondement – Nature », fasc. préc., n° 107 : l'auteur concède que la frontière entre les deux notions est très ténue et précise ensuite qu'« à la différence de l'exception, fondée sur des considérations pratiques ou tenant à la défense de droits fondamentaux, [la licence légale] exprime un choix politique dans des circonstances où le droit exclusif pourrait très bien être mis en œuvre mais où il est tenu d'emblée à l'écart au nom d'un arbitrage des intérêts en présence ».

²²⁹⁵ CPI, art. L. 613-13.

²²⁹⁶ Ph. Gaudrat, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », art. préc., n° 70.

²²⁹⁷ Ch. Dornbierer, *Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information*, *op. cit.*, n° 223.

²²⁹⁸ M. Senftleben, « Generative AI and author remuneration », *IIC*, Vol. 54, No. 10, 2023, pp. 1535-1560.

public de phonogrammes par des services de *simulcasting*²²⁹⁹, a considéré qu'une telle extension n'était pas contraire au droit de propriété reconnu aux titulaires de droits voisins par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle²³⁰⁰. Il n'a pas retenu la privation de leur propriété du fait de la légitimité de l'extension de la licence légale, le législateur ayant « *entendu faciliter l'accès des services de radio par internet aux catalogues des producteurs de phonogrammes et ainsi favoriser la diversification de l'offre culturelle proposée au public* »²³⁰¹.

En somme, il est permis de croire que, même si le modèle de l'exclusivité est malmené face au modèle du droit à rémunération qui prend de plus en plus de place, il reste, malgré tout, viable en ce qu'il lui survit. Le système du droit à rémunération apparaît essentiellement comme un mécanisme palliatif des insuffisances du droit exclusif dont il ne remet pas en cause les fondements mais les seules modalités. Le droit de la propriété intellectuelle ne peut donc se résumer, pour l'heure, à un droit à rémunération, et encore moins à un simple droit de créance²³⁰².

Bien que le droit de la propriété intellectuelle puisse être rapproché du droit de propriété porté par l'article 544 du Code civil, cette analogie n'est possible qu'au terme d'une lecture extensive de la notion de propriété d'une nuance des qualités traditionnelles du droit de propriété. L'autre manière de révéler la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle serait de reconnaître en son sein, des prérogatives semblables à celles qu'intègre le droit de propriété. Mais l'écueil semble encore plus important.

Section 2. La reconnaissance malaisée de la nature propriétaire dans le contenu du droit de propriété intellectuelle

598. Les limites de l'analyse. – Pour constater la nature réelle d'un droit subjectif, une autre méthode que celle des caractéristiques propres au droit de propriété est envisageable : celle consistant à comparer les prérogatives conférées. Il s'agirait dès lors de relever des prérogatives semblables au sein du droit de propriété intellectuelle pour justifier son rapprochement avec le droit de propriété et, subséquentement, sa nature réelle.

Cette méthode d'analyse met en lumière deux sources de difficultés ; d'une part, alors que le droit de propriété définit ses prérogatives de manière synthétique, le droit de la propriété intellectuelle, dans son ensemble, envisage les prérogatives octroyées de manière analytique ; d'autre part, alors que les prérogatives octroyées par le droit de propriété sont de nature patrimoniale, celles qu'intègre le droit de la propriété intellectuelle sont, pour certaines, patrimoniales, mais pour d'autres, morales. Il existe donc une différence d'approche dans la définition des prérogatives (§1) et dans la présence de prérogatives de nature autre que patrimoniale (§2), ce qui contribue à démontrer les limites d'un rapprochement opéré par le contenu des droits.

²²⁹⁹ Le service de *simulcasting*, contraction de « *simultaneous broadcast* », désigne les services de radio par internet non interactifs, c'est-à-dire des services de diffusion simultanée d'un programme par différents canaux de diffusion. L'exemple topique est celui des services de webradios proposés sur Internet.

²³⁰⁰ Conseil constit., 4 août 2017, n° 2017-649 QPC.

²³⁰¹ *Ibid.*, pt. 10.

²³⁰² V. en ce sens A. Robin, S. Chatry, *Introduction au droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 285.

§1. L'absence de définition systémique des prérogatives

599. *Usus, fructus et abusus.* – Définir le droit de propriété par son contenu, c'est-à-dire par ses prérogatives, est une autre manière de l'appréhender. Classiquement, le droit de propriété est défini à travers l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, trois ordres de prérogatives qui présentent de manière synthétique l'ensemble des pouvoirs du propriétaire : il peut user ou ne pas user de la chose ; en profiter, en tirer des fruits, et enfin décider de toutes les formes d'utilisation, jusqu'à la destruction de la chose. Ce triptyque ne se retrouve pas dans les droits de propriété intellectuelle.

600. L'approche analytique des prérogatives en propriété intellectuelle. – La comparaison des prérogatives du droit de propriété aux prérogatives du droit de propriété intellectuelle met en évidence que la définition de ces dernières passe par leur énumération exhaustive. En effet, chaque droit de propriété intellectuelle voit ses prérogatives être précisée une à une, de sorte que toute définition systémique semble impossible. Le droit d'auteur pourrait échapper à cette critique si l'on se souvient qu'il se fonde sur une conception synthétique en droit français. À travers cette conception, le droit d'auteur se définit synthétiquement par les seuls droits de reproduction, de représentation, mais cette approche se conjugue mal avec la conception analytique du droit d'auteur retenue par le droit de l'Union européenne.

Cette différence d'approche entre le droit de propriété et le droit de propriété intellectuelle peut constituer une nouvelle illustration de la divergence entre les deux droits et, par extension, une nouvelle preuve de l'inadéquation de la qualification propriétaire en notre matière.

601. L'analyse critique de l'approche par les prérogatives. – La définition du droit de propriété par son contenu ne semble plus guère faire consensus au sein de la doctrine civiliste. En effet, certains auteurs estiment qu'une telle démarche n'a pas de réel intérêt en droit des biens dans la mesure où énumérer les prérogatives n'est pas ce qui permet de définir le droit de propriété²³⁰³. Outre cette critique, l'adoption de cette méthode à propos du droit de la propriété intellectuelle montre également ses limites car même si les prérogatives sont énumérées, elles ne sont pas limitées par un « *numerus clausus* » ; il serait, en effet, tout à fait possible de découvrir de nouvelles prérogatives à travers l'exercice du droit exclusif²³⁰⁴. Par conséquent, l'énumération des prérogatives du propriétaire n'apparaît ni pour l'un, ni pour l'autre des objets en comparaison comme une solution pertinente. Elle ne saurait ni attester d'un rapprochement, ni à l'inverse de différences de nature irréductibles.

²³⁰³ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, t. 2, *op. cit.*, n° 400 : « décrire ce que peut faire un propriétaire dans de nombreux cas, [...] ce n'est pas rendre compte de ce que la chose lui est propre » ; F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc. ; W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », art. préc. ; *contra*. M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc.

²³⁰⁴ A. Robin, S. Chatry, *Introduction au droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 280 ; P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 245.

Si l'approche par la méthode de classification des prérogatives démontre ses limites pour procéder à l'analogie, la présence de prérogatives morales en droit de la propriété intellectuelle et son absence corrélatrice en droit de la propriété invite à en contester l'existence.

§2. La présence de prérogatives de nature extra-patrimoniales

602. Le droit moral, un obstacle à la qualification propriétaire ? – L'inadéquation de la qualification propriétaire se lit aussi à travers le panachage des prérogatives en droit de la propriété intellectuelle : alors que tous les droits de propriété intellectuelle intègrent des prérogatives patrimoniales, tous ne connaissent pas forcément de prérogatives morales²³⁰⁵. L'identification de la nature du droit de propriété intellectuelle se heurte à une forme d'écartèlement entre les droits extra-patrimoniaux et les droits patrimoniaux, de sorte que la qualification propriétaire n'apparaît pas comme évidente. La présence de prérogatives morales s'accorde difficilement avec la qualification propriétaire. Pour dépasser l'obstacle, il a été proposé de réinterroger la place du droit moral en droit de la propriété intellectuelle et de le percevoir comme un élément contingent²³⁰⁶, accessoire du droit d'auteur²³⁰⁷.

603. Le droit moral, un élément « accessoire » du droit de la propriété intellectuelle ? – La proposition est assez disruptive en ce qu'elle rompt avec la prééminence qu'on lui attache traditionnellement²³⁰⁸ et, *a fortiori*, avec la conception personnaliste du droit d'auteur français. Pour dire du droit moral qu'il est accessoire, on avance que celui-ci constituerait une sorte de servitude du monopole en ce qu'il contrarie son exercice²³⁰⁹. Pour supprimer cet effet fâcheux, il est proposé une approche fonctionnelle du droit moral qui ferait de ce dernier un accessoire du droit patrimonial de l'auteur²³¹⁰, le droit moral étant alors défini comme « *un ensemble de règles légales qui dérogent, dans des hypothèses ponctuelles, aux conséquences normales que le droit attache à la reconnaissance dans l'œuvre d'un bien, c'est-à-dire une valeur économique* »²³¹¹. Cette approche fonctionnelle du droit moral qui le considère comme un accessoire du droit patrimonial remet l'accent sur le volet patrimonial du droit d'auteur, de sorte qu'il est permis de revenir sur le dualisme du droit d'auteur et de promouvoir un droit d'auteur moniste²³¹².

²³⁰⁵ V. *supra* n° 394 et s.

²³⁰⁶ J.-M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, « De la propriété comme modèle », art. préc., n° 26.

²³⁰⁷ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 343 et s., spéc. n° 357.

²³⁰⁸ V. *supra* n° 416 et s.

²³⁰⁹ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 343 et s. ; J. Raynard, « Un film américain créé en noir et blanc ne peut être diffusé en France dans une version colorée », *comm. préc.*, n° 20.

²³¹⁰ *Ibid.*, n° 26 et s.

²³¹¹ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 349.

²³¹² *Ibid.*, n° 350 et s.

604. La réfutation de l'analyse du droit moral comme accessoire du droit patrimonial. –

Cette conception remaniée du droit d'auteur n'a pas échappé à la critique en doctrine. En effet, il a pu être relevé qu'une telle proposition est incompatible avec le droit positif, notamment avec les articles L. 111-1 et L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'avec la prééminence du droit moral et la conception dualiste du droit d'auteur²³¹³. Également, une telle proposition entraîne un changement de paradigme total car si la qualification d'accessoire est admise pour le droit moral, alors l'adage « *l'accessoire suit le principal* » devrait s'appliquer et le droit d'auteur français personnaliste deviendrait un « *copyright à la française* »²³¹⁴. Surtout, le régime du droit moral se heurte à une telle conception. Le droit moral est autonome du droit patrimonial en ce qu'il le précède et lui survit au-delà de son extinction²³¹⁵. Enfin, même si l'on constate un phénomène de contractualisation grandissant, cela ne permet pas d'y voir une patrimonialisation du droit moral qui le ferait devenir l'accessoire du droit patrimonial.

Outre ces objections propres au droit moral, les obstacles propres à la notion de servitude peuvent également être mis en avant. Au contraire de la servitude qui se caractérise par un rapport entre le fonds dominant et le fonds servant, le droit d'auteur ne répond pas à une telle structure²³¹⁶ et, tandis que la servitude se transmet avec le bien grevé par la servitude, le droit moral ne se transmet pas à l'occasion de la cession du droit patrimonial²³¹⁷. En somme, voir le droit moral comme une servitude, un accessoire du droit patrimonial d'auteur revient à adopter une approche utilitaire du droit moral, qui conforterait la vision économique du droit d'auteur volontiers retenue par certains auteurs. Toutefois, même si cette analyse permettait, pour le sujet qui nous intéresse, de retenir une vision unitaire du droit d'auteur et de conforter sa nature propriétaire, cette proposition ne peut, pour les raisons évoquées, raisonnablement prospérer.

605. Le droit moral, un élément perturbant l'exercice de qualification. –

Outre la qualification d'accessoire, d'autres propositions ont été formulées afin de couvrir le droit moral par la qualification propriétaire : voir le droit moral comme une charge réelle, une obligation *propter rem* pesant sur le propriétaire de l'œuvre²³¹⁸, ou encore comme une limitation des droits du propriétaire de l'œuvre²³¹⁹. En percevant le droit moral comme une obligation *propter rem* ou comme une limitation du droit d'auteur, l'on attire l'attention sur le volet patrimonial du droit d'auteur qui supporte cette obligation ou cette limitation. De cette manière, l'on donne à la qualification propriétaire une envergure plus importante que si l'on considérait d'égal à égal droit moral et droit patrimonial. En effet, en droit des biens, l'existence d'une obligation *propter rem*, bien qu'elle oblige

²³¹³ F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », art. préc., n° 5.

²³¹⁴ *Loc. cit.*

²³¹⁵ *Ibid.*, n° 6.

²³¹⁶ N. Binctin, « Le droit moral en France », *C.P.I.* vol. 25, n° 25, 2013, p. 315.

²³¹⁷ F. Terré, Ph. Simler, V. Forti, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 873.

²³¹⁸ N. Binctin, « Le droit moral en France », art. préc., p. 315.

²³¹⁹ W. Dross, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 460.

le propriétaire, ne prend pas le pas sur son droit de propriété, et l'existence de limitations au droit de propriété n'entache pas son absoluité²³²⁰.

Cependant, ces propositions ne règlent pas véritablement la question de la nature juridique du droit d'auteur. Elles n'apportent une réponse que dans le cas où le titulaire du droit d'auteur est un cessionnaire et non l'auteur lui-même, le droit moral étant alors présenté comme une charge ou une limitation qui vient perturber le titulaire cessionnaire dans l'exercice du droit patrimonial qui lui a été cédé. Elles ne permettent pas d'éclairer la nature juridique du droit d'auteur lorsque celui-ci est tout entier entre les mains de l'auteur ; d'ailleurs, lorsque le droit moral n'est pas séparé du droit patrimonial par le jeu de la cession, le droit moral ne peut être ni une charge, ni une limitation du droit patrimonial. Finalement, ces propositions ne permettent pas de statuer frontalement sur la nature juridique du droit d'auteur.

606. L'acceptation d'un *statu quo ante*. – En réalité, emprunter des chemins de traverse peut être plus commode tant l'exercice est ardu. En effet, même si l'on se souvient qu'en droit d'auteur, le droit moral n'empêche pas de percevoir l'unité fondamentale de la matière, compte tenu de l'origine commune des deux ordres de prérogatives²³²¹, cela ne semble pas suffisant pour reconnaître pleinement la nature propriétaire du droit d'auteur²³²². L'ultime solution serait de renoncer au dualisme propre au droit d'auteur français pour se tourner vers un droit d'auteur moniste, à l'image du droit d'auteur allemand²³²³. Ce dernier répond à l'image de l'arbre employée par le juriste allemand Ulmer : les racines du droit d'auteur, représentées par les intérêts moraux et les intérêts patrimoniaux que l'on souhaite défendre, s'attirent pour donner prise à un tronc commun, le droit d'auteur, celui-ci déployant alors ses branches correspondant aux différentes prérogatives morales et patrimoniales émanant de ce tronc²³²⁴. Mais ce n'est pas la voie qu'emprunte le droit d'auteur français, et l'attachement au dualisme est tel qu'il rend peu probable qu'une telle voie soit empruntée²³²⁵.

607. Conclusion du Chapitre I. – Reconnaître la nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle souffre de plusieurs écueils techniques. Du point de vue du régime, le rapprochement se heurte au caractère dogmatique de la propriété et à la définition de ses caractéristiques.

S'agissant du caractère absolu, même si celui-ci se dirige vers une forme de socialisation et établit, en ce sens, un lien avec le droit de la propriété intellectuelle en tant que droit finalisé, l'obstacle conceptuel semble encore trop important pour être franchi. S'agissant du caractère

²³²⁰ L'article 544 du Code civil consacre solennellement le droit de propriété « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements* ».

²³²¹ Tous deux sont le fruit du fait créatif, v. CPI, art. L. 111-1.

²³²² F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 58.

²³²³ *Loc. cit.*

²³²⁴ *Ibid.*, n° 59.

²³²⁵ F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », art. préc., n° 5 ; cela n'empêche pas que la voie d'un « *monisme tempéré* » puisse être encouragée, v. en ce sens Ph. Gaudrat, « Le droit moral... et sa destinée européenne », art. préc., n° 62.

perpétuel, l'épreuve semble moins difficile même si les facteurs de rapprochement peuvent être relativisés. En effet, c'est l'apparition de propriétés dites temporaires qui a poussé une part de la doctrine à relativiser ce caractère pour la propriété, tandis que le mouvent d'extension des durées de protection en droit de la propriété intellectuelle se réclame de la perpétuité du droit de propriété, une perpétuité qui va à l'encontre même de la fonction sociale de la propriété intellectuelle. Seul le caractère exclusif semble finalement autoriser un rattachement solide du droit de la propriété intellectuelle à la qualification propriétaire, à condition d'admettre que ce dernier ne s'analyse ni en un privilège ni en un droit à rémunération.

L'analyse menée au regard du contenu du droit révèle également ses limites. Elle met en avant une différence de conception, le droit de propriété abordant ses prérogatives de manière synthétique alors que le droit de la propriété intellectuelle les envisage, dans l'ensemble, de manière analytique. Au surplus, la présence du droit moral rend difficile la qualification propriétaire pour le droit de la propriété intellectuelle. Afin de surmonter cet obstacle, certains auteurs proposent de relativiser l'importance du droit moral en la matière. Mais cette solution ne paraît pas opportune en ce qu'elle conduit à nier une dimension forte, voire transversale de la protection des titulaires de droit de propriété intellectuelle.

En somme, que ce soit au regard des qualités du droit ou au regard du contenu du droit, la superposition du droit de la propriété intellectuelle sur le droit de propriété ne peut être parfaite. En réalité, ces écueils techniques pourraient être dépassés si la limite à la superposition n'était pas, surtout, idéale. Les obstacles techniques ne font que révéler les différences conceptuelles de la propriété et de la propriété intellectuelle. Mais cette remarque peut être relativisée à propos de la sanction du droit, dont la nature réelle est davantage concevable.

Chapitre II. La nature réelle concevable de l'action en contrefaçon

608. La dualité de l'action en contrefaçon face à la qualification propriétaire. – Du point de vue procédural, l'action en contrefaçon peut être enclenchée devant le juge répressif ou devant le juge civil. Le titulaire qui s'estime victime d'un acte de contrefaçon a, en effet, le choix entre ces deux voies²³²⁶ et le procureur de la République peut décider d'enclencher l'action publique. Dans une présentation schématique, le rôle du juge répressif, lorsqu'est constaté l'acte de contrefaçon, est de faire cesser l'atteinte au droit de propriété intellectuelle en prononçant les peines adéquates ; le rôle du juge civil se cantonne à la réparation du préjudice subi par le titulaire victime. Mais la pratique est loin de cette présentation distributive de ces *fonctions* que poursuit l'action en contrefaçon. Au contraire, compte tenu du peu d'actions en contrefaçon intentées devant le juge répressif²³²⁷, très souvent, le juge civil se retrouve à assumer la double casquette, à savoir faire cesser l'atteinte au droit de propriété intellectuelle – en prononçant, évidemment, des sanctions de nature civile et non pénale – et faire droit à réparation au regard du préjudice subi²³²⁸. Or, c'est au regard de cette dualité qu'il est difficile d'identifier la nature juridique de l'action en contrefaçon. Mais avant d'aller plus loin, il convient d'opérer les distinctions nécessaires entre l'action en contrefaçon et d'autres types d'actions qui l'avoisinent.

609. L'action en contrefaçon et les actions périphériques. – L'action en contrefaçon doit être différenciée, d'une part, de l'action en concurrence déloyale et parasitaire et, d'autre part, de l'action en revendication de droit de propriété industrielle.

Il est tout à fait possible pour un titulaire de droit de propriété intellectuelle d'intenter une action en contrefaçon et une action en concurrence déloyale et parasitaire. Les règles d'articulation sont désormais claires et la jurisprudence de la Cour de cassation est constante²³²⁹. Ainsi, que les demandes en contrefaçon et en concurrence déloyale soient complémentaires ou subsidiaires, le juge exige de rapporter des faits distincts de la contrefaçon²³³⁰. Même si ces deux actions relèvent de la compétence de la juridiction civile, elles sont strictement distinctes, l'une reposant sur la défense d'un droit subjectif, l'autre sur la cessation d'un comportement illicite, entraînant des différences de régimes assez claires.

En droit de la propriété intellectuelle, outre l'action en contrefaçon, existe également une action en revendication qui prend place essentiellement au sein des droits de propriété

²³²⁶ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1580.

²³²⁷ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 2361 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1703.

²³²⁸ Ch. Masson, *La dualité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur. Contribution à la théorie des droits subjectifs*, IRPI, 2019, nos 147-148.

²³²⁹ Pour une illustration récente, v. Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-10.759 : S. Chatry, obs. ss. déc. préc., « Contrefaçon et concurrence déloyale : de la confusion créée par le voisinage », *Dalloz IP/IT* 2023. 650.

²³³⁰ Pour une analyse détaillée, v. *loc. cit.*

industrielle²³³¹. Or, comment faire le départ entre l'action en contrefaçon et l'action en revendication propre aux droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où elles peuvent, toutes deux, être rattachées à l'action en revendication de droit commun²³³² ? La différence peut se lire dans la finalité des deux actions : l'action en revendication permet au véritable titulaire de recouvrer la titularité du droit, tandis que l'action en contrefaçon permet de rétablir l'exclusivité. L'action en revendication de droit en propriété intellectuelle poursuit donc le même but que l'action en revendication de droit commun : si le droit de propriété n'est pas entre les bonnes mains, alors son titulaire légitime peut en réclamer le retour. Dans le cadre de l'action en contrefaçon, le problème principal du contentieux n'est pas la titularité du droit²³³³, mais le trouble causé au titulaire dans la jouissance de son droit exclusif²³³⁴. Cette précision étant faite, cela n'empêchera pas de retrouver également dans l'action en contrefaçon une dimension réindicatoire et, partant, réelle, aux côtés d'une dimension personnelle révélée par la fonction réparatoire de l'action.

610. La dualité de l'action au service du rapprochement vers la qualification propriétaire. –

Même si elle n'est encore qu'esquissée, la nature duale de l'action en contrefaçon empêche d'avoir une vision claire sur sa nature juridique. Que faut-il faire ? Accepter cette dualité et renoncer à un fondement unitaire de l'action en contrefaçon ? Tenter de dépasser cette dualité en espérant que cela conduise à davantage de clarté ? La mise en œuvre de l'approche transversale aboutit à des résultats assez paradoxaux selon le point de vue adopté : alors que l'unité apportée par la qualification propriétaire pourrait tout à fait s'accommoder de la dualité de l'action en contrefaçon (Section 1), elle ne survivrait pas à l'arasement de cette dualité (Section 2).

Section 1. La dualité de l'action en contrefaçon accueillie par la qualification propriétaire

611. Nature duale de l'action en contrefaçon et qualification propriétaire. – La dualité de l'action en contrefaçon tient dans la fonction de cessation de l'illicite et dans la fonction de réparation poursuivies dans le cadre d'un contentieux en contrefaçon. Concrètement, lorsque la

²³³¹ CPI, art. L. 511-10 pour le droit des dessins et modèles ; art. L. 611-8 pour le droit des brevets ; art. L. 622-3 pour le droit des topographies de semi-conducteurs ; art. L. 712-6 pour le droit des marques.

²³³² Pour l'action en revendication de droit de propriété industrielle, v. F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 29 ; pour une illustration de l'action en revendication de droit d'auteur, v. TJ Nanterre, 1^{ère} ch., 28 juin 2024, n° 18/06332 : A.-E. Kahn, note ss. déc. préc., « Le Boléro de Ravel demeure dans le domaine public », *LEPI* n° 9, oct. 2024, p. 1 ; P. Sirinelli, obs. ss. déc. préc., « Ô temps... », *Daloz IP/IT* 2024. 377. V. cependant, nuanciant le propos sur la nature de cette dernière, J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets, op. cit.*, pp. 80-81 : l'action en revendication de brevet est une action en responsabilité civile par ses causes (plus précisément, une action de nature délictuelle ou contractuelle puisqu'il faut une violation d'une obligation légale ou conventionnelle) et une action équivalent à une action en revendication de droit commun par ses effets (le succès de l'action a pour effet de substituer le titulaire frauduleux au revendiquant).

²³³³ Le défendeur, dans le cadre de sa défense, critiquera davantage l'existence même du droit de propriété industrielle que la titularité ; à moins qu'il ne se revendique lui-même comme le véritable titulaire ?

²³³⁴ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, op. cit.*, t. 2, n° 403 ; Th. Gisclard, « La nature des “dommages et intérêts” sanctionnant la contrefaçon. À propos de l'arrêt CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2017, étude 15, pp. 27-28.

contrefaçon est caractérisée, il s'agit, pour le juge, de prononcer des sanctions qui seront de nature à faire cesser l'atteinte au droit de propriété intellectuelle bafoué et à réparer le préjudice subi par son titulaire. L'identification et la distinction de ces fonctions reposent donc sur la nature des sanctions que le juge est amené à prononcer en cas de contrefaçon avérée : les sanctions de nature à faire cesser l'illicite sont de nature civile ou pénale (selon le choix opéré par le titulaire ou la décision du ministère public d'enclencher l'action publique), et les sanctions de nature à réparer le préjudice subi résident dans l'octroi de dommages et intérêts. Cette nature particulière de l'action en contrefaçon devrait la rendre hermétique à toute qualification unitaire. Pour autant, il s'avère que la qualification propriétaire n'est pas rétive à son accueil, malgré cette particularité.

612. La dualité de l'action en contrefaçon n'empêche pas son attraction vers la qualification propriétaire. – *A priori*, la nature duale de l'action en contrefaçon devrait empêcher toute idée de rattachement à la qualification propriétaire, ou même à toute autre qualification ou catégorie. En effet, comment peut-on rattacher à une catégorie existante un objet qui ne s'accorde pas sur sa nature intrinsèque ? Cependant, à l'analyse, cette dualité n'a rien d'un obstacle : cultivée dans un terreau de spécialisation, l'action en contrefaçon n'est définitivement pas assimilable à une simple action en responsabilité civile. Elle s'émancipe du droit commun de la responsabilité civile (§1) et est inexorablement attirée par la notion de propriété : soit en reprenant les traits de l'action en revendication de droit commun par la mise en exergue de sa fonction restitutive (§2), soit en admettant que l'action en contrefaçon, tout comme l'action en revendication, constitue une manière alternative de défendre un droit de propriété car ce qu'elle vise est la sanction d'un droit de nature *exclusive* (§3).

§1. Le détachement de l'action vis-à-vis du droit commun de la responsabilité civile

613. L'émancipation de l'action en contrefaçon. – La dualité de l'action en contrefaçon est une particularité qui la pousse à une forme d'autonomisation. L'autonomisation se lit avant tout dans la pratique, à l'aune de son volet pénal : très peu d'actions en contrefaçon sont intentées devant le juge répressif, la voie pénale étant ainsi marginalisée par rapport à la voie civile, ce malgré la « *recriminalisation* » de la contrefaçon en 1990²³³⁵. Du point de vue civil, l'autonomisation prend tout son sens en ce que le régime de l'action civile en contrefaçon s'éloigne de plus en plus des principes généraux du droit commun de la responsabilité civile. Cela se vérifie au niveau des sanctions civiles dites dissuasives²³³⁶, mais aussi au regard de l'absence de preuve de faute du contrefacteur et de l'inapplicabilité du principe de non-cumul des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle.

614. Le succès de l'action en contrefaçon est détaché de la preuve de la faute du contrefacteur. – En vertu de la nature duale de l'action en contrefaçon, la logique voudrait que,

²³³⁵ J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets, op. cit.*, p. 348.

²³³⁶ V. *supra* n° 451 et s.

pour sa part cessatoire, la responsabilité engagée prene les traits d'une responsabilité dite objective, c'est-à-dire une responsabilité dont la mise en œuvre ne nécessite pas la preuve d'une faute²³³⁷, la seule caractérisation de l'atteinte au droit étant suffisante pour prononcer des sanctions destinées à faire cesser cette atteinte et, pour sa réparatoire, que l'on retombe sur les règles du triptyque et que l'on exige de nouveau la preuve de la faute du contrefacteur. Mais il n'en est rien : tant sur le volet cessatoire que sur le volet réparatoire, aucune faute n'est exigée, la caractérisation de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle étant suffisante. Cette identité de traitement, fondée sur une approche subjective, conduit naturellement à une éviction du rôle de la responsabilité civile²³³⁸. Elle a déjà fait l'objet de critiques en doctrine²³³⁹ et est, très sûrement, l'un des symptômes du « *besoin indemnitaire* », voire de la « *folie réparatrice* » que certains auteurs dénoncent aujourd'hui²³⁴⁰. Pour autant, cette éviction du régime de la responsabilité peut trouver une explication dans son caractère subsidiaire qui, face à des dispositions spéciales, ne peut que s'incliner, y compris sur un plan purement réparatoire²³⁴¹. Une autre preuve d'inclination du droit commun de la responsabilité civile réside dans l'inapplicabilité du principe de non-cumul des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle.

615. L'action en contrefaçon rejette le principe de non-cumul des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle. – En droit commun de la responsabilité civile, le principe de non-cumul des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle interdit au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir des règles de la responsabilité civile délictuelle en cas de manquement du débiteur de l'obligation ; le contrat étant *la loi des parties*, il est apparu nécessaire que le créancier ne puisse pas se soustraire à l'application des règles de la responsabilité contractuelle pour échapper aux éventuelles limitations prévues par le contrat²³⁴². En droit de la propriété intellectuelle, l'application de ce principe se pose dans l'hypothèse où les faits constitutifs d'un manquement contractuel constituent aussi des actes de contrefaçon. L'exemple le plus topique est celui du licencié d'un droit de propriété intellectuelle qui, en violant le contrat de licence, se rend également auteur d'un acte de contrefaçon.

En droit de la propriété intellectuelle, lorsqu'un manquement contractuel peut également s'analyser en un acte de contrefaçon, la solution est globalement uniforme : tout manquement contractuel qui s'analyse en une atteinte au droit de propriété intellectuelle est considéré comme

²³³⁷ Ch. Masson, *La dualité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur. Contribution à la théorie des droits subjectifs*, *op. cit.*, n° 203 et s.

²³³⁸ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2023, n° 2122.21. Le professeur Azzi se montre plus nuancé et y voit plutôt un assouplissement des conditions de la responsabilité civile, v. T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », art. préc.

²³³⁹ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 307 et s.

²³⁴⁰ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 2122.23.

²³⁴¹ Th. Gisclard, « La nature des “dommages et intérêts” sanctionnant la contrefaçon. À propos de l'arrêt CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », art. préc., p. 26, ajoutant au surplus que « *c'est méconnaître le droit civil français que de vouloir appliquer l'article 1240 à la violation d'un droit subjectif de propriété de la même manière qu'à n'importe quelle situation de fait* ».

²³⁴² F. Chénéde, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Terré, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2022, n° 898.

un acte de contrefaçon. La solution est admise par la loi²³⁴³ et par la jurisprudence, ce pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle²³⁴⁴. Concrètement, cette solution ne signifie pas que tout manquement contractuel s'analyse en un acte de contrefaçon ; tout manquement contractuel qui s'analyse également comme une atteinte au droit exclusif devra, en revanche, être traité comme tel, et se voir donc appliqué le régime spécifique correspondant. L'idée sous-jacente est que l'auteur d'un manquement contractuel constitutif d'une telle atteinte ne puisse bénéficier du régime de la responsabilité civile contractuelle – ni extracontractuelle au demeurant – qui, en droit français, n'offre pas les mêmes garanties spécifiques que la contrefaçon : il n'intègre aucunement les moyens de preuve propres à la contrefaçon ou encore la nouvelle méthode de calcul des dommages et intérêts²³⁴⁵, et est donc à contre-courant de l'objectif communautaire qui est « *d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur* »²³⁴⁶. Cette solution, qui marque un nouveau pas vers l'autonomie de l'action en contrefaçon, est, en réalité, étrangère au principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

La solution ainsi exposée peut, de prime abord, rappeler l'hypothèse qui existe déjà en droit commun de la responsabilité civile qui est régie par le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Mais une analyse plus approfondie permet de réaliser que la solution rendue en matière de propriété intellectuelle est strictement différente de celles rendues à l'aune du principe de non-cumul²³⁴⁷ : en effet, il ne s'agit ni d'une exception au principe de non-cumul²³⁴⁸, ni d'une neutralisation de celui-ci²³⁴⁹. Alors que le principe de non-cumul met en jeu deux actions de nature civile possibles, une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle, la violation d'un contrat de droit propriété intellectuelle constitutif d'une atteinte à celui-

²³⁴³ En droit interne : CPI, art. L. 613-8, al. 3, pour le droit des brevets, art. L. 714-1, al. 5, pour le droit des marques ; en droit de l'Union : règlement (CE) 6/2002, préc., art. 32, pour les dessins et modèles communautaires ; règlement (CE) n° 2100/94, préc., art. 27.2, en matière d'obtentions végétales.

²³⁴⁴ Récemment à propos d'un contrat de licence de logiciel, Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-15.386 : M. Espagnon, comm. ss. déc. préc., « Nature de l'action en responsabilité du titulaire des droits sur un logiciel à l'encontre du licencié », *Resp. civ. et assur.* n° 12, décembre 2022, comm. 266 ; P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « La Cour de cassation tranche sur le prétendu non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 11, novembre 2022, comm. 72 ; confirmé par CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 déc. 2023, *Lundi Matin c. La Poste*, n° 21/19696 : N. Bouche, comm. ss. déc. préc., « Faut-il neutraliser le principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle ? », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2024, comm. 19 ; solution rendue en application de CJUE, 5^e ch., 18 déc. 2019, *IT Development SAS c. Free Mobile SAS*, aff. C-666/18 : Ch. Caron, comm. ss. déc. préc., « Responsabilité délictuelle pour contrefaçon ou responsabilité contractuelle pour inexécution », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2020, comm. 23 ; F. Pollaud-Dulian, « Violation des limites d'un contrat de licence et contrefaçon », *RTD com.* 2020. 94 ; *add.* sur l'ensemble de la question, Ch. Le Stanc, « Manquement du licencié (de logiciel) à ses obligations contractuelles : acte de contrefaçon ! », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2023, repère 5.

²³⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, « Violation des limites d'un contrat de licence et contrefaçon », art. préc.

²³⁴⁶ Dir. 2004/48/CE, cons. 10.

²³⁴⁷ V. également en ce sens E. Treppoz, « Dépassement de contrat et contrefaçon : un difficile dialogue entre le juge européen et le juge national », *RTD eur.* 2021 p.996 ; v. également Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, déc. préc. : M. Cartapanis, note ss. déc. préc., « Concurrence déloyale, violation d'une obligation contractuelle et action en contrefaçon : clarification de la règle du non-cumul des responsabilités », *Dalloz actualité*, 8 nov. 2022.

²³⁴⁸ M. Espagnon, « Nature de l'action en responsabilité du titulaire des droits sur un logiciel à l'encontre du licencié », comm. préc.

²³⁴⁹ N. Bouche, « Faut-il neutraliser le principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle ? », comm. préc.

ci met en jeu une action en responsabilité contractuelle et une action en contrefaçon. Or, l'action en contrefaçon est une action particulière qui, à coup sûr, ne peut se résumer à une « pure » action en responsabilité civile délictuelle. Il s'agit d'une action dotée d'une nature duale, pétitoire et civile, chacun de ces aspects correspondant aux fonctions – de cessation et de réparation – qui y sont mises en œuvre²³⁵⁰. Au surplus, l'action en contrefaçon s'autonomise par rapport au droit commun de la responsabilité civile, y compris dans sa dimension réparatoire puisqu'elle s'éloigne du principe de la réparation intégrale. Finalement, la concomitance des actions en responsabilité contractuelle et en contrefaçon devrait s'analyser simplement comme une question d'articulation ; une question d'articulation au demeurant prééglée par la Cour de justice de l'Union européenne qui, même si elle laisse aux États membres une marge de manœuvre en leur donnant la possibilité de choisir entre l'une ou l'autre voie, conditionne cette marge à l'existence de garanties équivalentes à celles prévues par la directive « IPRED » de 2004²³⁵¹. En droit français en tout cas, aucun régime de responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle, n'intègre de telles garanties ; le juge national n'a d'autre choix que de se tourner vers le régime de la contrefaçon lorsqu'un manquement contractuel est constitutif d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

En somme, si la dualité de l'action en contrefaçon conduit à son autonomisation et, potentiellement, à son isolement sur la scène juridique, il s'avère que la qualification propriétaire n'est pas rétive à son accueil, malgré cette particularité.

§2. La nature réelle des sanctions civiles

616. La fonction restitutive de l'action en contrefaçon. – Tandis que la nature réelle de l'action en contrefaçon est révélée par la fonction de cessation de l'illicite (A), la fonction de réparation permet de conserver le lien avec le droit commun de la responsabilité civile²³⁵². Mais les évolutions, notamment en matière de réparation du préjudice lié à la contrefaçon, sont telles que cette

²³⁵⁰ P. Kamina, « La Cour de cassation tranche sur le prétendu non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la contrefaçon », comm. préc. ; v. pour une autre justification loin d'être dénuée de pertinence, E. Treppoz, « Dépassement de contrat et contrefaçon : un difficile dialogue entre le juge européen et le juge national », art. préc. : « Dans notre hypothèse, la situation est quelque peu distincte [de celle couverte par le principe de non-cumul des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle]. Un ordre temporel et rationnel s'impose. Comme le note très justement Michel Vivant, le manquement contractuel s'analyse en une "question préalable". Il n'y a donc pas un fait qui peut être qualifié de deux manières distinctes, mais un fait dont la qualification est successivement double. En tant que tel, le fait, pour un licencié, de produire 200 exemplaires n'est pas une contrefaçon. Il le devient si le contrat n'autorise que 100 exemplaires. Le fait brut n'est pas redevable des deux ordres de responsabilité. En revanche, si le premier fait est qualifié de dépassement contractuel, alors ce fait qualifié peut s'analyser en une contrefaçon. L'approche est donc radicalement différente. La question posée du dépassement du cocontractant ne crée pas un concours de responsabilités, mais une succession temporelle et rationnelle de responsabilités pour un même fait originel. Si les 200 copies constituent un manquement contractuel, alors les 100 copies supplémentaires s'analysent en une contrefaçon. Pour reprendre une terminologie d'une des meilleures doctrines du droit international privé, la figure étudiée renvoie à la problématique de questions enchaînées et non des questions connexes. Le principe de non-cumul paraît donc étranger à une telle figure. Si ce dernier exclut qu'un même fait obéisse à deux qualifications distinctes, il ne nous semble pas interdire qu'un fait, lorsque qualifié de manquement contractuel, puisse, ensuite, être qualifié de contrefaçon ».

²³⁵¹ CJUE, 5^e ch., 18 déc. 2019, *IT Development SAS c. Free Mobile SAS*, déc. préc.

²³⁵² Une distinction pensée à l'origine par P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 307 et s.

distinction semble perdre en clarté²³⁵³, étant donné que les sanctions de nature réparatoire, à savoir les dommages et intérêts, poursuivraient également une fonction restitutive (B).

A. Le caractère réel évident de la fonction de cessation de l'illicite

617. Précision : la fonction de cessation de l'illicite n'est pas l'apanage du droit de propriété.

– Au préalable, pour rattacher et surtout légitimer le rattachement à la notion de propriété, il est nécessaire, dans le cadre de la fonction de cessation de l'illicite, d'aller plus loin et de préciser cette fonction de cessation de l'illicite propre au droit de la propriété intellectuelle. En droit, de manière générale, la fonction de cessation de l'illicite n'est pas l'apanage des droits subjectifs, et encore moins du droit de propriété ; elle s'illustre également dans certaines situations envisagées par le droit objectif²³⁵⁴, de telle sorte que la seule reconnaissance de cette fonction dans le cadre de l'action en contrefaçon ne suffit aucunement pour justifier le rattachement à une quelconque catégorie juridique. Pour que le rattachement à la notion de propriété soit cohérent, il convient donc de déceler au sein de cette fonction une dimension réelle, pétitoire.

En droit commun des biens, l'action réelle par excellence sanctionnant le droit de propriété est l'action en revendication : lorsque le juge y fait droit, la sanction principale réside dans la restitution de la chose dépossédée ; et c'est dans cette restitution que se lit la dimension réelle de l'action en revendication. Autrement dit, la demande révincatoire a pour but la restitution de la chose, sanction qui permet, outre la cessation de la dépossession illicite de la chose, le rétablissement le plus complet du droit de propriété du véritable propriétaire.

En raisonnant par analogie, il s'agit alors de se demander si, tout en permettant la cessation de l'atteinte, l'action en contrefaçon tend également à une forme de restitution ; autrement dit, le but est d'identifier une fonction restitutive aux sanctions qui sont en mesure de faire cesser l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Or, dans ce domaine, il n'y a pas de restitution à proprement parler comme en droit des biens, c'est-à-dire une restitution de la chose dépossédée. En effet, le caractère ubiquitaire des objets de propriété intellectuelle empêche toute idée de dépossession et de restitution de la chose, ces notions étant fortement imprégnées de la conception matérialiste de l'objet de propriété qui préside la loi. Cependant, une appréhension plus accueillante de la notion de restitution permettrait de reconnaître à l'action en contrefaçon une fonction restitutive et de légitimer ainsi son caractère révincatoire, en admettant que la restitution porte sur les « *utilités* » de la chose contrefaite ; c'est ce qui peut être admis à propos des sanctions tendant à faire cesser l'atteinte au droit de propriété intellectuelle.

618. La fonction de cessation de l'illicite intègre-t-elle une dimension restitutive ? – En matière civile, le juge est tout à fait compétent pour prendre des mesures destinées à faire cesser la contrefaçon et, partant, l'atteinte au droit de propriété intellectuelle. En effet, dans la mesure où le

²³⁵³ J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets, op. cit.*, p. 349.

²³⁵⁴ C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n° 133.

titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui s'estime lésé a le choix entre la voie civile et la voie pénale pour enclencher l'action, il est nécessaire que le juge civil puisse également prononcer des mesures destinées à faire cesser l'atteinte – cela devient impérieux lorsque les actions publiques intentées sont trop peu nombreuses. C'est ainsi qu'il dispose de plusieurs sanctions de nature civile – également prévues au pénal – qui sont, pour l'essentiel, harmonisées pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit de l'interdiction prononcée éventuellement sous astreinte²³⁵⁵, du retrait, de la destruction ou de la confiscation des objets contrefaisants et du matériel ayant permis la réalisation de la contrefaçon, de la confiscation des recettes réalisées par le contrefacteur – spécificité de la propriété littéraire et artistique qui n'existe pas en propriété industrielle – et de la publication du jugement aux frais du contrefacteur. Cette dernière sanction est mise de côté²³⁵⁶ pour se concentrer sur les autres sanctions et sur leur potentielle dimension restitutive.

619. La dimension restitutive des sanctions civiles visant à faire cesser l'atteinte. –

L'ensemble de ces sanctions peut avoir une dimension restitutive. S'agissant de l'interdiction, cette sanction, comme son nom l'indique, a pour but de faire cesser définitivement et pour l'avenir l'atteinte résultant de la contrefaçon. Sans prendre la forme d'une restitution au sens propre, cela n'empêche pas que l'on cherche, au sens figuré, à restituer au titulaire lésé son droit de propriété intellectuelle, et surtout la plénitude de son exercice. L'idée de restitution est présente²³⁵⁷, permettant ainsi de révéler la nature réelle de cette sanction²³⁵⁸. S'agissant de la sanction de retrait, de destruction ou de confiscation des objets et du matériel contrefaisants, l'idée de restitution est plus explicite : le retrait des objets et du matériel contrefaisants participe à une dépossession claire du contrefacteur ; la destruction ou la confiscation des objets et du matériel contrefaisants passe par une restitution au profit de la partie lésée. S'agissant de la confiscation des recettes, sanction propre à la propriété littéraire et artistique, il est également possible d'y voir une forme de restitution, plus précisément une restitution des fruits par analogie avec le droit commun des biens²³⁵⁹ ; mais qui, au contraire du droit commun des biens, ne repose pas sur la démonstration de la mauvaise foi du contrefacteur²³⁶⁰.

²³⁵⁵ J. Azema, J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1974.

²³⁵⁶ La finalité de cette sanction est essentiellement de mettre au pilori le condamné, de le soumettre à la vindicte publique.

²³⁵⁷ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, p. 456 et s.

²³⁵⁸ J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 349.

²³⁵⁹ V. en ce sens Th. Gisclard, « La nature des “dommages et intérêts” sanctionnant la contrefaçon. À propos de l'arrêt CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », art. préc., n° 6. En droit commun des biens, les fruits doivent être également restitués en cas de mauvaise foi du défendeur, M. Jaoul, *La notion de fruits : étude de droit privé*, *op. cit.*, n° 343.

²³⁶⁰ En réalité, tout dépend comment s'entend l'indifférence de la bonne foi en droit de la propriété intellectuelle : elle a pu être interprétée en jurisprudence comme une sorte de présomption de la mauvaise foi, E. Dreyer, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Procédures et sanctions. Contrefaçon. Éléments constitutifs (CPI, art. L. 335-2 et L. 335-3) », Fasc. 1610, LexisNexis, 15 avr. 2020, maj. 1^{er} déc. 2023, n° 81 et s. Dans cette acception, l'analogie est justifiée. Mais elle dépend d'une compréhension de l'indifférence de la bonne foi qui n'est pas exacte puisque l'indifférence implique une « inutilité » d'invoquer la bonne foi pour le contrefacteur : cela ne servirait ni à renverser une présomption de mauvaise foi inexistante, ni à se dédouaner de ses actes pour ne pas à avoir à rendre les recettes qu'il a réalisées ; *adde.* J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 350 : la sanction de

620. Une fonction restitutive *de lege ferenda* ? – Outre cette analyse à partir du droit existant, il est loisible de retenir certaines propositions formulées pour affirmer le caractère restitutif des sanctions prises en vue de faire cesser l'illicite. En ce sens, il a pu être proposé, spécifiquement en droit d'auteur²³⁶¹, de mettre en place des dommages et intérêts dits « *restitutifs* »²³⁶². Le principe de cette sanction serait de restituer les gains illicites réalisés par le contrefacteur directement au titulaire lésé²³⁶³. Cette sanction se veut analogue à la restitution des fruits civils en droit commun des biens²³⁶⁴ et s'inscrirait ainsi pleinement dans la fonction de cessation de l'illicite que poursuit l'action en contrefaçon, autrement dit dans son volet pétitoire²³⁶⁵. Le prononcé de cette sanction de nature civile ne serait pas conditionné à la preuve d'une faute ni d'un préjudice, l'atteinte au droit d'auteur constituée par la contrefaçon étant, à elle seule, suffisante pour l'appliquer. En effet, peu importe la faute commise par le contrefacteur ou le préjudice subi par le titulaire lésé, les fruits indument tirés de l'exploitation contrefaisante devraient être automatiquement remis à ce dernier. Dans la mesure où l'indemnisation en matière de contrefaçon s'éloigne du principe de la réparation intégrale, il n'y aurait, *a priori*, pas d'obstacle à ce qu'une telle sanction soit mise en place ; cependant, la différence peut être difficile à faire entre cette sanction et celle consistant dans la confiscation des recettes, qui existe déjà en droit d'auteur²³⁶⁶ et qui prévoit également une remise au titulaire lésé des recettes confisquées.

Au regard de cette analyse, la dimension restitutive peut se lire dans les sanctions visant à faire cesser l'illicite en matière de propriété intellectuelle, ce qui n'est, en soi, pas surprenant ; cela peut l'être davantage s'agissant de la fonction de réparation de l'action en contrefaçon.

B. Le caractère réel inattendu de la fonction de réparation

621. La fonction de réparation intègre-t-elle une dimension restitutive ? – Par principe, les dommages et intérêts, sanction idoine en matière de réparation, n'intègrent aucune idée de restitution. L'un des principes fondateurs du droit commun de la responsabilité civile, le principe de la réparation intégrale, veut que soit réparé *tout le préjudice, rien que le préjudice*. Cela signifie que les indemnités allouées à la personne ayant subi le préjudice doivent couvrir tout son préjudice, sans aller au-delà. Pour rappel²³⁶⁷, ce principe strict auquel est attaché le droit commun de la responsabilité civile vacille sous l'influence du législateur européen, particulièrement en droit de la propriété intellectuelle. En effet, depuis l'adoption de la directive « *IPRED* » en 2004, transposée en droit français par une loi de 2007, le juge est tenu d'apprécier le montant de la réparation au regard des dispositions légales, des dispositions qui vont plus loin que le principe de la réparation

confiscation est ambivalente : elle est de nature réelle car elle assure la bonne fin de l'interdiction, mais aussi de nature indemnitaire car elle tient compte de la valeur des objets confisqués.

²³⁶¹ Ch. Masson, *La dualité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur. Contribution à la théorie des droits subjectifs*, *op. cit.*

²³⁶² *Ibid.*, n° 386 et s.

²³⁶³ *Ibid.*, n° 373.

²³⁶⁴ *Ibid.*, n° 374 et s.

²³⁶⁵ *Ibid.*, n° 376.

²³⁶⁶ CPI, art. L. 331-1-4.

²³⁶⁷ V. *supra* n° 452.

intégrale. Désormais, lorsqu'un acte de contrefaçon est avéré, les dommages et intérêts alloués au titulaire lésé ne sont plus seulement réparatoires, ils se veulent dissuasifs. Si ces dommages et intérêts, prononcés dans le cadre d'un contentieux devant le juge civil, ne peuvent avoir une coloration répressive sous peine d'une requalification par la CEDH²³⁶⁸, il est possible de se demander si une dimension restitutive s'exprime à travers ces dommages et intérêts dissuasifs.

622. Les dommages et intérêts restitutifs ? – L'idée avait été avancée avant même l'adoption des dommages et intérêts dissuasifs²³⁶⁹. Elle a davantage de raisons d'exister aujourd'hui. Cela tient surtout au fait que l'octroi de ces dommages et intérêts, ainsi que cela a déjà été précisé, n'est pas soumis aux règles du droit commun de la responsabilité civile qui imposent la preuve d'une faute et d'un préjudice. L'octroi de ces dommages et intérêts s'extirpe de cet impératif probatoire pour se conformer au régime de droit réel qui ne nécessite que la preuve de l'atteinte au droit. Ainsi, l'octroi de ces dommages et intérêts peut être perçu comme une sorte de restitution symbolique en cherchant à rétablir le titulaire lésé dans son droit le plus complet.

L'hypothèse peut aussi se vérifier au regard de l'évaluation des dommages et intérêts, que ceux-ci soient circonstanciés ou forfaitaires.

S'agissant des premiers, leur évaluation se fonde sur les conséquences économiques négatives de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle telles que le manque à gagner et la perte subie par la victime, sur le préjudice moral subi par cette dernière, et sur les bénéfices qui ont été réalisés par le contrefacteur, ce qui peut inclure les économies réalisées par ce dernier. Si la prise en compte des conséquences économiques négatives de l'atteinte et du préjudice moral s'inscrit pleinement dans le principe de la réparation intégrale, la prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur peut, en revanche, s'analyser comme une forme de restitution.

Outre l'idée de sanctionner sévèrement les contrefacteurs en prenant en compte les bénéfices qu'ils ont pu réaliser²³⁷⁰, il semble s'agir aussi de rendre au titulaire lésé ce qu'il aurait pu percevoir si l'exploitation de l'objet de propriété intellectuelle n'avait pas été spoliée par un tiers.

S'agissant des seconds, qui sont alternatifs aux premiers, leur principe repose sur l'octroi d'une redevance, à l'image d'un tiers licencié, à ceci près que cette redevance se veut supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation au titulaire du droit de propriété intellectuelle. Une telle sanction implique que, non seulement, l'on cherche à rendre, à « restituer » au titulaire lésé les redevances qu'il aurait dû percevoir si le contrefacteur avait sollicité son autorisation, mais aussi que l'on cherche à sanctionner, pour la part supérieure du montant de la redevance, le contrefacteur pour ne pas avoir demandé l'autorisation en bonne et due forme et, *a fortiori*, pour avoir exploité sans aucune autorisation.

²³⁶⁸ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 901.

²³⁶⁹ V. en ce sens J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 354 : selon ces auteurs, l'allocation de dommages et intérêts auraient un caractère réivindicatoire « dès lors qu'elle est le moyen pour le breveté de manifester sa maîtrise sur son titre » ; J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997, n° 85, qui voit dans les dommages et intérêts une « mesure restitutive par équivalent ».

²³⁷⁰ H. Lécuyer, « Indemnisation du préjudice en matière de contrefaçon : comment la loi nouvelle est-elle reçue ? », *Gaz. Pal.* n° 162, 11 juin 2001, p. 15.

L'octroi de dommages et intérêts forfaitaires, par le biais d'une redevance « *aggravée* », peut s'analyser comme une « *restitution-punition* » pour le contrefacteur qui se voit appliquer cette sanction en ce qu'elle semble ouvrir la porte aux dommages et intérêts punitifs²³⁷¹ ; si l'effet se veut dissuasif pour celui qui envisage de commettre – et qui n'a donc pas encore commis –, il est indéniablement punitif pour celui qui a déjà commis – et éventuellement dissuasif s'il envisageait de recommencer à l'avenir.

623. La dimension restitutive décelée dans la sanction de l'exclusivité du droit. – Un rapprochement est ainsi établi entre l'action en revendication de droit commun et l'action en contrefaçon propre au droit de la propriété intellectuelle par le truchement de leur fonction restitutive. Si l'analyse menée repose sur des fondements quelques peu fragiles, notamment quant à la fonction restitutive des sanctions réparatoires, elle trouve une nouvelle vigueur lorsque l'on se rappelle que l'une comme l'autre de ces actions ont pour raison d'être la sanction d'un droit de nature exclusive.

§3. La restitution de l'exclusivité du droit

624. L'exclusivité, source du réalisme de l'action en contrefaçon. – S'il peut être délicat d'identifier une fonction restitutive dans l'octroi des dommages et intérêts indemnifiant le préjudice lié à la contrefaçon, une autre voie est possible : il s'agit d'élargir le champ de vision non pas relativement à l'action en revendication et à sa fonction restitutive mais de se focaliser sur la nature exclusive²³⁷² du droit. Plus précisément, il s'agit de définir la sanction du droit à partir de la sanction de son exclusivisme : si le droit subjectif en cause est de nature exclusive²³⁷³, alors sa sanction revêt nécessairement un caractère pétitoire. Le droit de la propriété intellectuelle étant un droit de nature exclusive, l'action en contrefaçon peut alors être recentrée sur sa dimension pétitoire sans que sa dimension réparatoire, son « *complément naturel* »²³⁷⁴, ne soit ignorée ou constitue un obstacle à ce recentrage²³⁷⁵. Dans cette optique, il est admis que l'action en revendication n'est pas la seule voie tendant à défendre un droit de propriété dont l'essence est l'exclusivité ; l'action en contrefaçon

²³⁷¹ *Loc. cit.*

²³⁷² F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, t. 2, n° 400 et s. ; il convient de distinguer selon le type de jouissance exclusive, le propos se limitant au pouvoir exclusif issu d'un droit subjectif.

²³⁷³ Le propos se limite strictement à l'exclusivité issue d'un droit subjectif et ne comprend pas l'exclusivité issue d'un contrat, qui sont deux types d'exclusivité différentes : l'exclusivité du droit subjectif induit une opposabilité *erga omnes*, alors que l'exclusivité issue du contrat n'a d'effet qu'entre les parties à celui-ci, de telle sorte que la nature du rapport demeure personnelle. Cette distinction est primordiale pour circonscrire la force centrifuge de la fonction de cessation de l'illicite qui se manifeste dans tous les types de rapports, et ne pas craindre, par cette voie « *dérobée* », une expansion des droits subjectifs et, subséquentement, une désertion du droit commun de la responsabilité civile, Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 2122.23.

²³⁷⁴ J. Foyer, M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 331.

²³⁷⁵ *A fortiori*, la sanction en restitution de l'action en revendication de droit commun peut tout à fait s'accompagner d'une sanction indemnitaire réparatoire, v. F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 207.

poursuit la même finalité. En dépit d'une assimilation parfaite à l'action en revendication, l'action en contrefaçon s'inscrit, elle aussi, dans la défense d'un droit de propriété puisqu'elle vise le rétablissement plein et entier du droit exclusif²³⁷⁶.

625. Le parallélisme établi entre l'action en revendication et l'action en contrefaçon. –

L'action en revendication de droit commun ne devient plus qu'une illustration de la sanction du droit de propriété qui a pour cause la dépossession frauduleuse de la chose et pour effet sa restitution au véritable propriétaire ; l'action en contrefaçon en devient une autre, ayant pour cause l'atteinte au droit exclusif qui réside dans l'utilisation frauduleuse de l'objet de propriété intellectuelle²³⁷⁷, et pour effets la cessation de l'atteinte ainsi que sa réparation.

Au demeurant, le caractère pétitoire de l'action en revendication signifie que ce que l'on cherche à protéger c'est le droit lui-même, et par le véritable titulaire (en l'occurrence le véritable propriétaire), seule personne ayant qualité à agir dans ce type de contentieux. En droit de la propriété intellectuelle, l'action en contrefaçon n'a pas pour but de protéger une simple situation de fait mais le droit lui-même. Même si l'action en contrefaçon peut être enclenchée, en certains cas, par une autre personne que le titulaire du droit exclusif, cela ne ruine pas le caractère pétitoire de l'action en contrefaçon si l'on se souvient qu'en droit commun des biens a pu être admise « l'action paulienne réelle »²³⁷⁸.

626. La dualité de l'action en contrefaçon, une spécificité non dirimante. –

Les chemins pour atteindre la catégorie du droit de propriété et des droits réels sont multiples et présentent des obstacles difficiles bien qu'aucunement insurmontables. Le fait d'accepter la nature hybride de l'action en contrefaçon ne se révèle pas, à l'étude, antinomique avec la qualification propriétaire. En effet, la dimension réindicatoire peut se percevoir à travers la restitution des utilités de la chose, objectif que le juge civil est en mesure d'atteindre grâce aux diverses sanctions civiles dont il dispose. Cette approche implique, toutefois, de ne plus demeurer prisonnier d'une acception restrictive de la revendication, en tant que reconnaissance du droit de propriété, la dépossession et la restitution n'étant que, respectivement, sa cause et son effet. L'analyse consistant à identifier la nature de l'action en contrefaçon en recentrant le droit de propriété sur son exclusivité est tout aussi possible mais semble, conceptuellement, plus dure à accepter puisqu'elle implique de reconnaître, aux côtés de l'action en revendication, que d'autres actions telles que l'action en contrefaçon ont aussi pour but de reconnaître un droit de propriété de nature exclusive.

Par conséquent, les difficultés liées au caractère dual de l'action en contrefaçon ne sont en rien rédhibitoires pour conclure à la qualification d'action réelle. Il serait, en revanche, difficile de

²³⁷⁶ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., t. 2, n° 401 et s., spéc. n° 403.

²³⁷⁷ *Loc. cit.*

²³⁷⁸ Cass. civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 03-15.392, cité par J. Djoudi, *Rép. droit civ.*, v. « Revendication », juil. 2017, maj. juin 2021, n° 14 : l'exercice de l'action paulienne a été admis par le juge pour résoudre un conflit de propriété au profit de créanciers pour faire annuler la donation d'un bien en fraude de leurs droits de créance.

parvenir à cette même conclusion en tentant de dépasser cette nature hybride de l'action en contrefaçon.

Section 2. L'inopportunité de la négation de la dualité de l'action en contrefaçon

627. La préservation de la dualité de l'action en contrefaçon. – La dualité de l'action en contrefaçon n'empêche pas une approche unitaire de son régime ; les règles harmonisées en matière de prescription peuvent en témoigner. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit, pour l'ensemble des droits de propriété industrielle, les règles applicables en matière de prescription, notamment quant au délai de prescription qui est de 5 ans depuis la réforme du droit de la prescription civile de 2008. Même si le Code est silencieux s'agissant du droit d'auteur, le juge reprend la même règle, sans retenir l'argument de la nature duale de l'action en contrefaçon²³⁷⁹. Pourtant, l'approche unitaire parfois suggérée (§1) ne peut, sans risques, chercher à nier la complexité de l'action en contrefaçon (§2).

§1. Les propositions de régime unitaire de la contrefaçon

628. L'alignement des éléments de régime. – En doctrine, certaines propositions formulées auraient pour conséquence un arasement pur et simple de la distinction entre la fonction de cessation de l'illicite et la fonction de réparation de l'action en contrefaçon. Elles se fondent sur un alignement de certains éléments constitutifs de l'acte de contrefaçon et sur une réunion des fonctions susmentionnées.

En ce sens, certains auteurs préconisent une identité parfaite des éléments constitutifs du délit, tant au niveau civil qu'au niveau pénal²³⁸⁰. Pourtant, comme cela a pu être constaté²³⁸¹, les éléments constitutifs de l'acte de contrefaçon divergent selon que l'action a été intentée devant le juge civil ou devant le juge pénal. La principale différence tient à l'exigence de l'élément moral : il est, globalement, indifférent au civil et requis au pénal.

En outre, a pu être défendue la thèse dite « *mono-réparatoire* », c'est-à-dire une thèse fondée sur l'occultation totale de la dimension pétitoire de l'action en contrefaçon. Pour l'expliquer, ses partisans réfutent toute idée de restitution dans les sanctions tendant à faire cesser l'atteinte, voyant dans ces dernières de simples mesures de réparation en nature²³⁸².

Les risques inhérents à ces propositions ne peuvent être éludés en ce qu'ils vont bien au-delà d'un simple dépassement de la dualité de l'action en contrefaçon.

²³⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2023, déc. préc. : P. Kamina, comm. ss. déc. préc., « Pour le départ du délai de prescription de l'action en contrefaçon », comm. préc. ; A. Zollinger, note ss. déc. préc., « Règles de prescription au regard de la nature duale de l'action civile en contrefaçon », *LEPI* n° 1, janv. 2024, p. 7 ; Ch. Masson, « Prescription et action en contrefaçon de droit d'auteur : plaidoyer pour un dualisme tempéré », *Comm. com. élec.* n° 4, avril 2024, étude 6.

²³⁸⁰ P.-Y. Gautier, N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 763.

²³⁸¹ V. *supra* n° 447 et s.

²³⁸² Cette thèse est présentée et réfutée par Ch. Masson, *La dualité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur. Contribution à la théorie des droits subjectifs*, op. cit., nos 149-150.

§2. Les dangers inhérents aux propositions

629. Le risque d'un retour vers le droit commun. – Ces propositions présentent des risques communs : toutes participeraient à une dérive du droit de la propriété intellectuelle vers le droit commun de la responsabilité civile délictuelle, s'agissant du régime applicable à la contrefaçon. Si l'élément moral de la contrefaçon est requis également au civil et si l'on considère que la fonction pétitoire de l'action en contrefaçon est « absorbée » par sa fonction réparatoire, de tels changements auraient pour conséquence de rendre nécessaires la preuve d'une faute (intentionnelle) et d'un préjudice, ce qui pourrait nuancer, voire remettre en cause le volet pétitoire de l'action en contrefaçon. Dans ce cas, la preuve de la seule atteinte au droit subjectif ne suffirait plus pour faire cesser l'atteinte. Or, le propre de l'action en contrefaçon est, justement, de s'émanciper des préceptes de l'action de droit commun en responsabilité civile. *A fortiori*, un tel changement de régime pourrait également remettre en cause la nature même du droit de la propriété intellectuelle en tant que droit subjectif²³⁸³.

630. Conclusion du Chapitre II. – Du point de vue de la sanction, la qualification propriétaire s'envisage plus aisément malgré la dualité de l'action en contrefaçon. En effet, cette dualité ne constitue pas un obstacle dirimant en raison de la nature réelle des sanctions civiles. Ces dernières, qu'elles aient pour fonction de faire cesser l'atteinte ou de réparer le préjudice, sont imprégnées par l'idée de restitution. Il est également loisible de parvenir à cette qualification propriétaire en partant de la nature exclusive du droit de la propriété intellectuelle. En ce sens, il a pu être relevé que l'action en contrefaçon a pour rôle de sanctionner le non-respect de l'exclusivité conférée par le droit. Ainsi, l'action en revendication propre au droit commun des biens n'est pas la seule à poursuivre une telle finalité.

Paradoxalement, ce sont les tentatives d'unification du régime de la contrefaçon qui iraient à l'encontre de la qualification propriétaire en risquant de faire dériver la sanction du droit de la propriété intellectuelle vers les règles du droit commun de la responsabilité civile, et de remettre en cause, par extension, sa nature même de droit subjectif.

631. Conclusion du Titre II. – La supposée nature propriétaire du droit de la propriété intellectuelle est en proie à certains tiraillements qui ont pour cause des difficultés techniques et surtout idéelles à la superposition des deux ordres de propriété. Ces difficultés se ressentent essentiellement quant au régime, et elles sont moins importantes quant à la sanction.

²³⁸³ Ainsi que le relève Monsieur Masson à propos de la thèse mono-réparatoire, v. *ibid.*, n° 150 ; dans sa thèse de doctorat, Monsieur Masson propose un principe de variabilité qui implique de rétablir les règles de la responsabilité civile, à savoir la recherche d'une faute et d'un préjudice, mais uniquement sur le plan réparatoire, préservant ainsi le volet pétitoire de l'action en contrefaçon.

Les régimes du droit de la propriété intellectuelle et du droit de propriété sont loin d'être les deux faces d'une même pièce. L'inflexibilité dogmatique du concept de propriété se traduit par certaines difficultés techniques qui empêchent de voir le droit de la propriété intellectuelle comme un véritable droit de propriété et la prive, par voie de conséquence, d'une unité qualifiante. Au regard des caractères, l'absoluité de la propriété dénote avec la finalisation de la propriété intellectuelle ; le caractère perpétuel, en admettant les propriétés temporaires tout en cherchant à en étendre la durée, subit une forme de schizophrénie ; le pont qu'établit la notion d'exclusivité connaît certaines fragilités, l'exclusivité du droit de propriété étant quelque peu rétive à l'exclusivité « *relative* » du droit de la propriété intellectuelle. Au regard du contenu du droit, l'appréhension différente des prérogatives conjuguée à la présence de prérogatives morales ne facilite pas la légitimation de la qualification propriétaire. Pour ces dernières, leur occultation serait synonyme de dénaturation de la propriété intellectuelle.

L'action en contrefaçon est plus propice à un rattachement du droit qu'elle sanctionne à la qualification propriétaire. Sa nature duale, tendant à faire cesser l'atteinte au droit et à réparer le préjudice qui en résulte, ne constitue pas un obstacle à l'exercice puisque, dans ses deux fonctions, réside une idée de restitution, lui donnant ainsi une dimension réelle. Également, en sanctionnant l'atteinte à l'exclusivité conférée par le droit, elle s'assimile à l'action en revendication de droit commun et peut justifier, par cette autre voie, la qualification propriétaire. Pour conserver ce lien qui peut être établi entre l'action en contrefaçon et la qualification propriétaire qui permet de justifier le droit de la propriété intellectuelle en tant que droit subjectif et, partant, de l'éloigner du droit commun de la responsabilité civile, il semble nécessaire de ne pas araser cette dualité à travers une unification de son régime.

Cela étant, le caractère isolé des éléments de justification de la qualification propriétaire empêche subséquemment de la légitimer pleinement. De l'autre côté, la rigidité du concept de propriété empêche toute construction systémique de la propriété intellectuelle et, plus globalement, des propriétés incorporelles²³⁸⁴.

632. Conclusion de la Troisième partie. – Les éléments de transversalité identifiés à propos de l'objet et du régime livrent des résultats nuancés quant à la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle : tout en prenant ses distances avec une qualification qui lui est officiellement attachée, certains éléments permettent de justifier un rattachement, qui demeure incomplet.

Sa consécration éclatante en tant que droit de propriété par les textes et par la jurisprudence des juridictions supérieures ne met pas fin aux discussions anciennes sur la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle. Du point de vue objectif, cet affichage s'inscrit même à rebours de ce qui fonde ces protections : une valeur, certes, mais une valeur dont la nature, corporelle pour l'une, immatérielle et ubiquitaire pour l'autre, appelle des règles différentes. Quant à la manière d'acquiescer la protection : le droit « spécial » de la propriété intellectuelle intègre des modes d'acquisition qui

²³⁸⁴ J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 314 et s.

lui sont propres, la création et le dépôt, à tel point que le transport des modes d'acquisition traditionnels des meubles corporels, tels que l'occupation et la possession, relève d'un exercice périlleux, voire impossible.

L'approche transversale du droit de la propriété intellectuelle vis-à-vis du droit commun des biens montre ainsi ses limites : bien que les droits des créateurs et des inventeurs aient été consacrés concomitamment au droit de propriété, la dispersion des lois postérieures en matière de propriété intellectuelle et le recentrage du droit de propriété autour des biens corporels – avec une insistance supplémentaire sur les biens immeubles – au cours du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle ont fait perdre de vue le potentiel fédérateur du concept de propriété.

Malgré cette disjonction, le perfectionnement du régime de la propriété intellectuelle permet de mettre en exergue certains points de rattachement timides. S'agissant du caractère exclusif du droit, le rapprochement est possible même s'il est techniquement subtil, et à condition de conférer à ce caractère une vision étendue. La possibilité de rattacher l'action en contrefaçon au mécanisme de défense de la propriété est plus tangible, compte tenu de la dimension restitutive qui l'anime dans ses fonctions cessatoire et réparatoire, et du rétablissement de l'exclusivité du droit qu'elle permet.

Nonobstant ces points de contact, l'hésitation est continuelle : si la présente étude sur la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle a permis d'exclure certaines qualifications (telles que le privilège, ou encore le droit à rémunération), elle recule à l'ériger au rang de propriété. Seule une vision plus souple du concept de propriété, qui recevrait pleinement l'idée d'un droit finalisé, comme cela est défendu par une certaine doctrine, permettrait de légitimer la qualification propriétaire et d'araser en conséquence les difficultés techniques tenant, notamment, dans la relativité temporelle et matérielle du droit de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

633. Existe-t-il une constellation de la propriété intellectuelle ? – Le droit de la propriété intellectuelle est un droit riche en ce qu'il offre des questionnements à la fois techniques et théoriques. À l'image d'un diamant qui n'a pas été taillé, cette richesse est encore brute et se traduit en une certaine complexité qui ne permet pas de le saisir de manière cohérente et unitaire. Composé d'une pluralité de protections dont les finalités peuvent diverger, abrité par une notion floue, il en ressort une absence de réflexion d'ensemble qui peut nuire à son accessibilité et à son intelligibilité. Le droit de la propriété intellectuelle n'est pourtant pas rétif à toute démarche systémique. En ce sens, à la question de savoir *si l'approche transversale, participant à la mise en exergue d'éléments communs entre les différents droits de propriété intellectuelle, est susceptible de contribuer à la construction d'une théorie générale de la propriété intellectuelle*, la réponse apportée se veut nuancée. L'entreprise, menée de manière inductive à l'aune de l'objet, du régime et de la nature juridique du droit, aboutit à des résultats nuancés au regard du droit positif, ce qui n'exclut pas, voire encourage certaines propositions.

634. La recherche de l'objet transversal par sa définition. – La détermination de l'objet transversal de propriété intellectuelle suppose, d'abord, une définition. Les critères d'immatérialité et de valeur économique apparaissent comme des critères incontournables puisqu'ils sont caractéristiques de l'ensemble des objets de propriété intellectuelle. Cependant, ils ne permettent pas de discriminer les objets de propriété intellectuelle des autres objets présentant les mêmes caractères, tels que le fonds de commerce ou encore les valeurs mobilières. Il est donc apparu nécessaire de rechercher un critère transversal suffisamment discriminant pour mieux distinguer l'objet de propriété intellectuelle.

Le critère de la forme est apparu comme un critère opportun en ce qu'il permet, de manière positive, de rationaliser les différents objets protégés, voire de les rapprocher substantiellement. Le critère de la forme permet également, de manière négative, une meilleure ventilation des objets exclus de la protection par le droit de la propriété intellectuelle, tels que choses abstraites et une appréhension plus apaisée de la protection des créations informationnelles. L'étude se propose de préciser le critère en mettant en exergue la notion de forme intelligible, telle qu'appréhendue par l'intellect humain, accessible par le truchement de la forme sensible, c'est-à-dire la forme perceptible aux sens. Cette proposition permettrait de dépasser la concurrence entre la forme intelligible et la forme sensible qui transparait en droit positif et qui est source de confusion quant au périmètre de la protection.

À l'aune de ces résultats, il est possible de proposer la définition suivante : *l'objet de propriété intellectuelle s'entend d'un objet de nature immatérielle, doté d'une valeur économique et caractérisé par une forme intelligible, appréhendée sous ses manifestations sensibles.*

635. La recherche de l'objet transversal par sa qualification. – La détermination de l'objet transversal de propriété intellectuelle suppose, ensuite, une qualification juridique. L'exercice de qualification est complexifié par les inspirations, de prime abord, contraires entre la logique d'investissement et l'idée de création. La présente analyse a conduit à écarter la qualification d'investissement au profit de celle de création intellectuelle. Le rejet de la première qualification s'explique par la force centrifuge de la logique d'investissement : ses manifestations, plurales et disparates, empêchent de saisir l'objet de propriété intellectuelle par le prisme d'un investissement clairement identifié et contribuent, au surplus, à la divergence des régimes de propriété intellectuelle.

Le choix de la seconde qualification n'est pas, pour autant, dénué de difficultés. Bien qu'elle permette une certaine singularisation de l'objet de propriété intellectuelle face à des notions concurrentes telles que le bien ou encore le travail, la notion de création intellectuelle n'est pas des plus aisées à manipuler car elle intègre naturellement une certaine subjectivité que le droit peine à appréhender. Pour la parer d'une vertu « *qualifiante* », il est par conséquent nécessaire de la définir à travers des critères de définition juridiques objectivés. À ce titre, le critère du choix s'avère, à lui seul, insuffisant et doit être complété. Celui de la nouveauté, compte tenu de sa dimension transversale, apparaît comme un critère potentiel, et le critère de l'intervention humaine semble être un critère incontournable, compte tenu notamment des décisions rendues à propos de créations générées par des intelligences artificielles qui refusent l'octroi d'une protection en raison de l'absence d'une telle intervention.

La superposition de ces critères permettrait ainsi de caractériser la création intellectuelle comme qualification transversale de l'objet de propriété intellectuelle, qui serait préférée à celle d'investissement.

636. La dimension équivoque de l'objet transversal de propriété intellectuelle. – L'apparente clarté de ces résultats ne doit pas oblitérer les nuances qui doivent y être apportés, quelle que soit la qualification retenue. Chacune d'elles exerce une forme d'attraction propice à un étirement néfaste du droit de la propriété intellectuelle entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, de sorte que l'équilibre recherché ne peut être atteint.

637. La recherche du régime transversal dans son contenu. – La détermination du régime transversal du droit de la propriété intellectuelle implique, d'abord, de sonder le contenu des différents régimes de propriété intellectuelle pour en inférer des caractères. Le contenu du droit de la propriété intellectuelle a ceci de particulier qu'il est composé de prérogatives patrimoniales et de prérogatives extra-patrimoniales.

Dans sa dimension patrimoniale, l'étude révèle que le droit de la propriété intellectuelle, en permettant – voire en obligeant – l'exploitation économique de l'objet du droit, tout en précisant l'étendue matérielle, spatiale et géographique de la protection, et en soumettant certaines de ses prérogatives à un épuisement, consiste en un droit exclusif mais relatif. Ce constat général dressé,

il est difficile, sans friser l'artifice, de pousser plus loin la recherche de transversalité des régimes en raison des dispositions spécifiques existantes au sein de chaque droit de propriété intellectuelle.

Dans sa dimension extra-patrimoniale, le bilan est encore plus limité : au-delà de la propriété littéraire et artistique, il appert que la transversalité du droit moral ne peut qu'être partielle, seul un substrat de droit de paternité – ou plutôt de droit d'attribution – pouvant être révélé notamment en droit des brevets.

Ainsi, seule la proposition d'un principe directeur portant sur le volet patrimonial du droit de la propriété intellectuelle peut être formulée : *le droit de la propriété intellectuelle est un droit exclusif, limité temporellement, géographiquement et matériellement, et dont certaines prérogatives sont susceptibles d'épuisement.*

638. La recherche du régime transversal dans sa sanction. – La détermination du régime transversal du droit de la propriété intellectuelle implique, ensuite, d'analyser sa sanction consistant dans l'action en contrefaçon. Sur le plan civil, l'approche transversale offre, sans doute, les résultats les plus probants et les plus aboutis, tant d'un point de vue substantiel que d'un point de vue procédural, grâce à la directive « *IPRED* » de 2004 portant harmonisation horizontale de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Du premier point de vue, même si subsistent certaines spécificités quant à la définition de l'acte de contrefaçon, la dimension unitaire des sanctions civiles dissuasives en autorise une appréhension rationnelle et cohérente. Il en est de même du second point de vue, le texte précité ayant harmonisé les mécanismes de la saisie-contrefaçon et du droit d'information.

L'approche véritablement unitaire de l'action en contrefaçon est, cependant, dissimulée par la légistique. Lors de la transposition de la directive « *IPRED* » en droit français, le législateur n'a pas saisi cette occasion pour créer des dispositions communes introduisant le Code de la propriété intellectuelle. Suivant le plan du Code tel qu'adopté en 1992, les dispositions communes ont donc été dupliquées au sein des différents régimes de propriété intellectuelle. Cela étant, les bases sont tout de même présentes, ce qui a permis de formuler des propositions des *dispositions communes* portant sur *l'acte de contrefaçon*, sur les modes de preuve de la contrefaçon que sont la *saisie-contrefaçon* et le *droit d'information* et sur les *sanctions civiles dissuasives*. De telles dispositions doivent, là encore, s'articuler avec l'existant.

639. La recherche du régime transversal propice à la construction d'un régime commun. – Ces propositions sont susceptibles de participer à la construction d'un droit commun de la propriété intellectuelle s'agissant, à tout le moins, de son régime juridique. Au contraire de l'objet de propriété intellectuelle où les résultats sont plus timorés, l'étude du régime permet la révélation d'une ébauche d'un droit commun de la propriété intellectuelle.

640. La nature juridique du droit de la propriété intellectuelle résultant de l'approche transversale : l'inconfort de la qualification propriétaire. – Finalement, au regard des résultats de l'approche transversale conduite tant à propos de l'objet que du régime de la propriété intellectuelle, l'identification de sa nature juridique est demeurée complexe.

L'étude a en effet permis de révéler l'inconfort de la qualification propriétaire, en dépit de son apparente consécration en droit positif. La discordance entre le droit de propriété de l'article 544 du Code civil et le droit de la propriété intellectuelle se cristallise quant aux objets qu'ils protègent et quant aux modes d'acquisition de chacune de ces protections. Outre cette impossible superposition, transparait la différence entre un mécanisme, le droit des biens, qui reflète une appropriation naturelle que la loi ne fait que constater, et le droit « *spécial* » de la propriété intellectuelle qui repose sur une appropriation exceptionnelle, qui est légalement créée. Ce mécanisme d'articulation se manifeste d'ailleurs au niveau des modes d'acquisition du droit et rend compte du principe de séparation des propriétés corporelle et incorporelle.

641. La nature juridique du droit de la propriété intellectuelle résultant de l'approche transversale : la critique de la qualification propriétaire. – Il apparaît, malgré tout, que l'exclusivité relative, précédemment déduite de l'approche transversale, s'accorde difficilement avec le concept de propriété, tant d'un point de vue technique qu'idéologique. Seule l'action en contrefaçon, mécanisme dual en ce qu'il permet la cessation de l'illicite et la réparation du préjudice qui en résulte, est susceptible d'établir un véritable pont entre le droit de la propriété intellectuelle et la qualification propriétaire. Dans sa dualité, est révélée une dimension restitutive analogue à l'action en revendication de droit commun et dans la sanction qu'elle inflige, elle permet la réhabilitation du titulaire du droit dans son exclusivité.

642. La nature juridique fuyante du droit de la propriété intellectuelle. – Finalement, l'étude menée à propos de la nature juridique du droit de la propriété intellectuelle est quelque peu renouvelée par l'approche transversale, mais ne parvient pas à lui conférer une réelle consistance. Toutefois, cet insuccès n'est qu'apparent, dans la mesure où le choix d'une méthode ne garantit nullement les résultats. En réalité, l'adoption d'une approche transversale est susceptible de conduire à des résultats qui ne le sont pas. Ainsi, il y aurait un certain artifice à conclure à l'adéquation de la qualification propriétaire en raison de la fragmentation latente de la propriété intellectuelle. Face à l'impossibilité pour le concept de propriété de constituer un élément fédérateur des droits de propriété intellectuelle, la propriété intellectuelle doit, par conséquent, être perçue comme une notion dont la singularité est irréductible.

643. La révélation d'une constellation au service de la reconnaissance d'une théorie générale. – En conclusion, qu'ils soient plus ou moins probants, plus ou moins décisifs, ou encore plus ou moins seyants, l'approche transversale en droit de la propriété intellectuelle est porteuse de résultats susceptibles de révéler une « *constellation de la propriété intellectuelle* ». Si des éléments

communs ont pu être mis en évidence, subsistent encore de nombreuses étoiles filantes, échappant à toute tentative de systématisation. Malgré ces dissonances, une théorie générale de la propriété intellectuelle pourrait légitimement exister, en s'accommodant de ces éléments fuyants qui font la beauté de l'observation des nuits d'été.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, OUVRAGES SPÉCIAUX, MANUELS ET TRAITÉS

ALBIGES (Ch.)

Introduction au droit, Bruylant, 10^e e□ d., 2024.

ATIAS (Ch.)

Droit civil. Les biens, LexisNexis, 12^e éd., 2014.

AZEMA (J.), GALLOUX (J.-Ch.)

Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 8^e éd., 2017.

BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.)

À qui profite le clic, Odile Jacob, 2015.

BENABOU (V.-L.), VARET (V.)

La codification de la propriété intellectuelle, La documentation française, 1998.

BENSAMOUN (A.), LOISEAU (G.)

Droit de l'intelligence artificielle, LGDJ, 2019.

BERGEL (J.-L.)

– *Méthodologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2018.

– *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012.

BINCTIN (N.)

Droit de la propriété intellectuelle, LGDJ, 8^e éd., 2024.

BRUGUIERE (J.-M.)

Droit des propriétés intellectuelles, Ellipses, 3^e éd., 2018.

BURST (J.-J.)

Concurrence déloyale et parasitisme, Dalloz, 1993.

BUYDENS (M.)

La propriété intellectuelle : Évolution historique et philosophique, Bruylant, 2012.

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (H.), DEPINCE (M.)

Droit de la consommation, Dalloz, 10^e éd., 2020.

CARBONNIER (J.)

– *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, PUF, 2^e éd., 2017.

– *Droit civil. Les biens. Les obligations*, t. 2, PUF, 2^e éd., 2017.

CARDOZO (B. N.)

La nature de la décision judiciaire, trad. G. Calvès, Dalloz, 2011.

CARON (Ch.)

Droit d'auteur et droits voisins, LexisNexis, 6^e éd., 2020.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.)

Méthodologies du droit et des sciences du droit, Dalloz, 2022.

CHENEDE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), TERRE (F.)

Droit civil. Les obligations, Dalloz, 13^e éd., 2022.

DABIN (J.)

Le droit subjectif, Dalloz, 2007.

DESBOIS (H.)

Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3^e éd., 1978.

DROSS (W.)

Droit des biens, LGDJ, 6^e éd., 2023.

DUGUIT (L.)

Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, La Mémoire du droit, 2^e éd., 1999.

FENOUILLET (D.), GOLDIE-GENICON (Ch.), TERRE (F.)

Droit civil. La famille, Dalloz, 9^e éd., 2018.

FOYER (J.), VIVANT (M.)

Le droit des brevets, PUF, 1^{ère} éd., 1991.

FRANÇON (A.)

Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs, éd. Yvon Blais, 1992.

GALVEZ-BEHAR (G.)

Histoire de la propriété intellectuelle, éd. La Découverte, 2022.

GAUTIER (P.-Y.)

Propriété littéraire et artistique, PUF, 11^e éd., 2019.

GAUTIER (P.-Y.), BLANC (N.)

Droit de la propriété littéraire et artistique, LGDJ, 2^e éd., 2023.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.)

Traité droit civil. Les obligations. Les effets du contrat, LGDJ, 1994.

GREFFE (F.) et GREFFE (P.)

Traité des dessins et des modèles, LexisNexis, 10^e éd., 2019.

GRIMALDI (C.)

Droit des biens, LGDJ, 4^e éd., 2024.

HEGEL (G. W. F.)

Principes de la philosophie du droit, PUF, 2013.

HERMITTE (M.-A.)

L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant, éd. Quae, 2016.

HUARD (G.)

Traité de la propriété intellectuelle, Marchal et Billard, Paris, 1903.

JOSSERAND (L.)

– *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 2006.

– *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3^e éd., 1938.

LE GOFFIC (C.) (dir.)

Investissement et propriété intellectuelle, Dalloz, 2023.

LE TOURNEAU (Ph.)

Le parasitisme, Litec, 1998.

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.)

Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation, Dalloz, 2023.

LUCAS (A.), DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.)

Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, 2001.

LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.), BERNAULT (C.)

Traité de la propriété littéraire et artistique, LexisNexis, 5^e éd., 2017.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), JULIENNE (M.)

Droit des biens, LGDJ, 10^e éd., 2023.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

Droit de la concurrence interne et européen, Dalloz, 8^e éd., 2020.

MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.)

Introduction à l'étude du droit, LexisNexis, 24^e éd., 2024.

MARINO (L.)

Droit de la propriété intellectuelle, PUF, 2013.

MATHELY (P.)

Le droit français des signes distinctifs, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1984.

MORIN (J.-F.)

Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie, UNISFERA, 2003.

MOUSSERON (J.-M.)

Traité des brevets, Librairies techniques, 1984.

PASSA (J.)

– *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, LGDJ, 2013.

– *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009.

PERELMAN (Ch.)

L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation juridique, Librairie philosophique J. Vrin, 2^e éd., 2002.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.)

Traité élémentaire de droit civil, t. 1, LGDJ, 11^e éd., 1928.

POLLAUD-DULIAN (F.)

– *La propriété industrielle*, Economica, 2^e éd., 2022.

– *Le droit d'auteur*, Economica 2^e éd., 2014.

POTHIER (R.-J.)

Traité du domaine de propriété, Debure, 1776.

POUILLET (E.)

– *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Marchal et Billard, 5^e éd., 1909.

– *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 3^e éd., 1908.

– *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, Marchal et Billard, 2^e éd., 1884.

RAYNARD (J.), PY (E.), TREFIGNY (P.)

Droit de la propriété industrielle, LexisNexis, 2^e éd., 2023.

RECHT (P.)

Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, LGDJ – Éd. J. Duculot, 1969.

RENOUARD (A.-Ch.)

– *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin, 3^e éd., 1865.

– *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, J. Renouard, 1838.

RIPERT (G.)

Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 2^e éd., 1948.

ROBIN (A.), CHATRY (S.)

Introduction à la propriété intellectuelle, Bruylant, 4^e éd., 2022.

ROCHFELD (J.)

Les grandes notions de droit privé, PUF, 3^e éd., 2022.

ROUBIER (P.)

– *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, rééd. 2005.

– *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952.

– *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954.

ROUVIERE (F.)

Argumentation juridique, PUF, 2023.

SIMLER (Ch.)

Droit d'auteur et droit commun des biens, LexisNexis, 2010.

STRICKLER (Y.)

Les biens, PUF, 2006.

SUPIOT (A.)

La gouvernance par les nombres, Fayard, 2015.

TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.)

Droit de la propriété intellectuelle, Gualino, 4^e éd., 2015.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), FORTI (V.)

Droit des biens, Dalloz, 11^e éd., 2024.

VERON (P.)

Saisie-contrefaçon, Dalloz, 3^e éd., 2013-2014.

VIRALLY (M.)

La pensée juridique, LGDJ, 1998.

VIVANT (M.)

Le droit des brevets, Dalloz, 2^e éd., 2005.

– *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, 2003.

– *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, 1997.

VIVANT (M.), BRUGUIERE (J.-M.)

Droit d'auteur et droits voisins, Dalloz, 4^e éd., 2019.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.)

Les biens, PUF, 3^e éd., 2008.

II. THÈSES ET MONOGRAPHIES

ALMA-DELETTRE (S.)

Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?, th. Univ. Montpellier 1, 1999.

ARDOY (P.-Y.)

La notion de création intellectuelle, th. Univ. de Pau et des Pays de l'Adour, 2006.

ARNAUD (C.)

Le droit d'auteur comme modèle, th. Paris 1, 2008.

BALAT (N.)

Essai sur le droit commun, LGDJ, 2016.

BARBIER (H.)

La liberté de prendre des risques, PUAM, 2011.

BASIRE (Y.)

Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif, LexisNexis, 2014.

BECQUET (S.)

Le bien industriel, LGDJ, 2005.

BENABOU (V.-L.)

Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire, Bruylant, 1997.

BENSAMOUN (A.)

Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur, PUAM, 2008.

BERTHILLON (F.)

L'ubiquité des biens, LGDJ, 2023.

BINCTIN (N.)

Le capital intellectuel, Litec, 2007.

BLOCH (C.)

La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, Dalloz, 2008.

BOISSON (A.)

La licence de droit d'auteur, LexisNexis, 2013.

BOUCHE (N.)

Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle, L'Harmattan, 2002.

BRIATTA (M.)

Droit de la contrefaçon et droit de la propriété intellectuelle, LexisNexis, 2023.

CASTETS-RENARD (C.)

Notions à contenu variable et droit d'auteur, L'Harmattan, 2003.

CHATRY (S.)

Le concours de droits de propriété intellectuelle, Institut Universitaire Varenne, 2012.

CHERPILLOD (I.)

L'objet du droit d'auteur, éd. Lausanne, 1985.

CHOISY (S.)

Le domaine public en droit d'auteur, LexisNexis, 2002.

CLEMENT-FONTAINE (M.)

L'œuvre libre, Larcier, 2014.

COLIN (C.)

Droit d'utilisation des œuvres, Larcier, 2011.

DEPINOY (A.)

Investissement et propriété intellectuelle, th. Univ. de Lille, 2021.

DHENNE (M.)

Technique et droit des brevets. L'invention en droit des brevets, LexisNexis, 2016.

DORNBIERER (Ch.)

Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information, th. Aix-Marseille Université, 2022.

ENSER (N.)

Conscience de la création et droit d'auteur, LexisNexis, 2022.

FAVREAU (A.)

L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Réflexion sur la valeur dans le droit des biens, th. Université de Grenoble, 2006.

FRANJUS-GUIGUES (D.)

Nature et protection juridiques des indications géographiques. L'avènement d'un droit à l'épreuve de sa mise en œuvre, th. Univ. Aix-Marseille, 2012.

GIOVANNINI (V.)

Données massives et droit de la concurrence, Bruylant, 2024.

GRUNDELER (G.)

L'investissement (étude juridique), PUAM, 2017.

GSTALTER (J.)

Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Bruylant, 2012.

ICKOWICZ (J.)

Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art, Les presses du réel, 2013.

JAOUL (M.)

La notion de fruits : étude de droit privé, Défrénois, 2018.

LAPOUSTERLE (J.)

L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, Dalloz, 2009.

LATIL (A.)

Création et droits fondamentaux, LGDJ, 2014.

LAURENT (J.)

La propriété des droits, LGDJ, 2012.

LE STANC (Ch.)

L'acte de contrefaçon de brevet d'invention, Litec, 1977.

LLEDO (Ch.)

Essai d'une théorie générale des sûretés réelles, LGDJ, 2023.

LUCAS (A.)

La protection des créations industrielles abstraites, Librairies techniques, 1975.

LUCAS-SCHLOETTER (A.)

Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand, PUAM, 2002.

MACREZ (F.)

Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits, Litec, 2011.

MARIE-VIVIEN (D.)

La protection des indications géographiques, ed. Quæ, 2012.

MASSON (Ch.)

La dualité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur. Contribution à la théorie des droits subjectifs, IRPI, 2019.

MERABET (S.)

Vers un droit de l'intelligence artificielle, Dalloz, 2020.

MICHEL (P.)

Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre, éd. Mare & Martin, 2024.

MOUSSERON (J.-M.)

Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention, LGDJ, 1969.

MOYA (K.)

La jouissance des choses, th. Univ. Paris 1.

PARANCE (B.)

La possession des biens incorporels, LGDJ, 2008.

PASSA (J.)

Contrefaçon et concurrence déloyale, Litec, 1997.

PELISSIER (A.)

Possession et meubles incorporels, Dalloz, 2001.

PIGNATARI (O.)

Le support en droit d'auteur, Larcier, 2013.

PORTRON (A.)

Le fait de la création en droit d'auteur français, LDGJ, 2021.

POURQUIER (C.)

Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété, PUAM, 2000.

RAYNARD (J.)

Droit d'auteur et conflit de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur, Litec, 1990.

REVET (Th.)

La force de travail (étude juridique), Litec, 1992.

ROBIN (A.)

Propriété intellectuelle et indivision, th. Univ. Montpellier 1, 2001.

SALOMON (O.)

Interprétation artistique et propriété intellectuelle, L'Harmattan, 2023.

STRUBEL (X.)

La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français, CNRS éd., 1997.

SZKOPINSKI (A.)

Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale, LGDJ, 2022.

VARET (V.)

La protection des œuvres posthumes, th. Paris 2, 1996.

WICKER (G.)

Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1997.

ZENATI (F.)

Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, t. 1 et t. 2, th. Univ. Jean Moulin, 1981.

III. ARTICLES, ÉTUDES ET CHRONIQUES

ABELLO (A.)

« La propriété intellectuelle, une “propriété de marché” », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. Frison-Roche, A. Abello (dir.), LGDJ 2005, p. 341 et s.

ALBIGES (Ch.)

« L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ.* 2014. 795.

AMSELEK (P.)

« La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997. 337.

AULAGNON (L.)

« La pérennité de la propriété », *Rev. crit. lég. et jur.* 1934, p. 277 et s.

AZEMA (J.), GALLOUX (J.-Ch.)

« La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *RTD com.* 2008. 278.

AZZI (T.)

– « De la teneur du voisinage », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 393 et s.

– « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *Dalloz IP/IT* 2019. 297.

– « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *Juris art etc.* n° 47, 2017. 26.

– « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », *D.* 2013. 2004.

– « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007. 227.

AZZI (T.), BENABOU (V.-L.), BENSAMOUN (A.), MARTIAL-BRAZ (N.), ZOLYNSKI (C.), TREPPOZ (E.)

« Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », *LPA* n° 130, juin 2012, p. 55 et s.

BASIRE (Y.)

– « La notion d'investissement en droit des marques », in *Investissement et propriété intellectuelle*, C. Le Goffic (dir.), Dalloz, 2023, p. 87 et s.

– « Les atteintes au droit de marque dans l’ordonnance du 13 novembre 2019 », in *Le nouveau droit des marques en France*, Y. Basire, J. Canlorbe (dir.), LexisNexis, 2021, p. 105 et s.

BAUD (E.), COLOMBET (S.)

« La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *D.* 1998. 227.

BENABOU (V.-L.)

– « De l’eupéanisation du droit d’auteur », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 245 et s.

– « La directive droit d’auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », *JCP G* n° 26, juil. 2019, act. 693.

« Les “exceptions” : variations autour d’une notion floue », *RIDA* n° 256, avr. 2018, p. 107 et s.

– « L’originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d’une notion autonome du droit de l’Union », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17 et s.

– « Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012... », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* LexisNexis, 2014, p. 141 et s.

– « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 5 et s.

– « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? (Partie 2 : les débiteurs de la rémunération) », *Légipresse* 2011. 603.

– « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? (Partie 1 : l’assiette) », *Légipresse* 2011. 537.

– « Pourquoi une œuvre de l’esprit est immatérielle », *RLDI*, n° 1, janv. 2005, p. 53 et s.

– « L’exception au droit d’auteur pour l’enseignement et la recherche ou la recherche d’une conciliation entre l’accès à la connaissance et le droit d’auteur », *PNER*, 2002, accessible sur https://edutice.hal.science/edutice-00000031/file/Juri5_Benabou_V3.pdf.

– « Les nouveaux critères de protection des dessins et modèles : une protection “sur mesure” ? », *Dr. et patr.* n° 100, janv. 2002.

– « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l’épuisement est-elle possible ? », *Légicom* n° 25, fév. 2001, p. 115 et s.

BENABOU (V.-L.), FEUILLEE (M.), TABAKA (B.), MASSERON (Ph.), BOUCHETOB (S.), REAULT (M.)

« Anticiper la mise en œuvre du droit voisin des éditeurs : articulation des droits, mise en œuvre d’une approche collective, modalités de répartition... », *Légipresse* 2020. 85.

BENABOU (V.-L.), ZOLYNSKI (C.)

« Extraits du rapport présenté au CSPLA le 11 octobre 2018 », *Légipresse*, 2018. 652.

BENSAMOUN (A.)

– « La rémunération proportionnée et appropriée des auteurs et artistes-interprètes : des mots et des maux... », *Légipresse* 2023. 19.

– « Libres propos sur l’existence d’un droit de l’œuvre applicable aux créations issues de l’intelligence artificielle », in *Mél. M. Vivant*, 2020, Dalloz, p. 13 et s.

– « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d’auteur ? », *D.* 2014. 2351.

– « La personne morale en droit d’auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013. 376.

BENSAMOUN (A.), SIRINELLI (P.)

« Droit d’auteur vs liberté d’expression : suite et pas fin... », *D.* 2015. 1672.

BENSAMOUN (A.), ZOLYNSKI (C.)

« *Big data et privacy* : comment concilier nouveaux modèles d’affaires et droits des utilisateurs ? », *LPA*, n° 164.

BERGEL (J.-L.)

- « Les fonctions de l’analogie en méthodologie juridique », *R.R.J.* 1995/4, p. 1079 et s.
- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255.

BERTHET (E.)

« La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle appliquée au médicament », *in Mél. M. Vivant*, 2020, Dalloz, p. 25 et s.

BINCTIN (N.)

- « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », *JCP G* n° 14, avr. 2014, act. 416.
- « Le droit de la concurrence déloyale – Perspectives française et européenne », *in Défis du droit de la concurrence déloyale*, J. de Verra (dir.), éd. Schulthess, 2014, p. 73 et s.
- « Le droit moral en France », *C.P.I.* vol. 25, n° 25, 2013, p. 303 et s.
- « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Mél. G. Bonet*, Litec/LexisNexis, 2010, p. 51 et s.
- « Les biens intellectuels : contribution à l’étude des choses », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2006, étude 14.

BLANC-JOUVAN (G.)

« L’auteur salarié : pour une cession automatique encadrée des droits d’auteur au bénéfice de l’employeur », *Propr. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 6 et s.

BLUMANN (C.)

« De la transversalité à la centralité de la politique européenne de l’environnement », *R.J.E* 4/2023, p. 765 et s.

BOISSARD (A.), CHAZAL (C.)

« Pratique contentieuse. Le droit d’information de l’article L. 331-1-2 du Code de la propriété intellectuelle invoqué devant le juge de la mise en état », *Comm. Com. élec.* n° 10, oct. 2017, prat. 13.

BONET G.

« Publicité sur Internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE ? », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2010, étude 12.

BONNET (V.)

« La durée de la propriété », *R.R.J.* 2002/1, p. 273 et s.

BREESE (P.)

« L’apport de la métrologie et de l’analyse sensorielles pour défendre les droits du créateur », *Dalloz Affaires*, n° 111, avr. 1998, p. 558 et s.

BRONZO (N.)

« Le droit moral de l’inventeur », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2013, étude 5.

BRUGUIERE (J.-M.)

- « Rapport de synthèse », *in Investissement et propriété intellectuelle*, C. Le Goffic (dir.), Dalloz, 2023, p. 179 et s.
- « Le “droit d’auteur économique”. Un droit d’auteur entrepreneurial perturbateur du droit d’auteur humaniste », *in Mél. M. Vivant*, Dalloz, 2020, p. 731 et s.
- « Propriété intellectuelle et ordre public », *in GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 70 et s.
- « La personne morale, auteur », *in GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 303 et s.

– « Propriété intellectuelle et choses communes », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, A. Robin (dir.), PUAM, 2007, p. 39 et s.

BRUGUIERE (J.-M.), ALVAREZ-IBERLUCEA (J.)

« Regards croisés sur la photographie, la liberté de création, le droit d’auteur et le droit à l’image », *Propr. Intell.* n° 81, oct. 2021, p. 31 et s.

CAMARA AGUILA (P.)

« La fonction essentielle et l’objet spécifique des droits de propriété intellectuelle en droit positif : une réflexion sur leur portée en droit d’auteur », in *L’objet et la fonction de la propriété intellectuelle – Réflexions à partir de la jurisprudence de la CJUE*, Pablo Mohr (dir.), Legitech, 2023, p. 45 et s.

CANLORBE (J.)

« L’usage “dans la vie des affaires” en droit des marques », in *L’usage commercial des biens intellectuels*, J. Lapousterle, A. Latil (dir.), Mare & Martin, 2020, p. 43 et s.

CARON (Ch.)

– « Les propriétés en millefeuille », *Com. comm. élec.* n° 2, fév. 2022, repère 2.

– « La fixation de la rémunération de l’auteur », *Propr. Intell.* n° 80, juil. 2021, p. 16 et s.

– « Les mésaventures de Dabus au pays des brevets », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2020, repère 2.

– « Loi “liberté de création” et propriété intellectuelle (2/5) : les droits patrimoniaux », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2017, comm. 1.

– « Pauvre Code de la propriété intellectuelle ! », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil. 2014, repère 7

– « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 39, 22 sept. 2004, doct. 162.

– « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Deffrénois* n° 17, sept. 1999, p. 897 et s.

CASPAR (P.)

« L’investissement intellectuel », *REI* n° 43, 1988, p. 107 et s.

CATALA (P.)

– « L’immatériel et la propriété », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 61 et s.

– « La matière et l’énergie », in *Mél. F. Terré*, Dalloz/PUF/Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 557 et s.

– « Ébauche d’une théorie juridique de l’information », in *Le droit à l’épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, 1998, p. 224 et s.

– « La protection juridique des productions immatérielles », in *L’appropriation de l’information*, J.-P. Chamoux (dir.), Litec, 1986, p. 84 et s.

CAYE (P.)

« La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 225 et s.

CERVETTI (P.-D.)

« La mutation économique du droit moral de l’auteur : enjeux et conséquences », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil. 2014, étude 14.

CHAIHLOUDJ (W)

« Un exemple de résistance à la transversalité : le droit de la concurrence », *RIDE* 2/2023, p. 61 et s.

CHAMOUX (J.-P.)

« L'information : bien ou service ? », in *L'appropriation de l'information*, J.-P. Chamoux (dir.), Litec, 1986, p. 17 et s.

CHARDEAUX (M.-A.)

« L'article 14 de la directive sur le droit d'auteur du 17 avril 2019. Une consécration symbolique du domaine public ? », *Comm. com. élec. n° 2*, fév. 2022, étude 3.

CHATRY (S.)

– « Les vertus et les dangers de la transversalité », in *L'enseignant-chercheur en propriété intellectuelle*, Y. Basire, C. Le Goffic (dir.), LexisNexis, 2023, p. 65 et s.

– « Pour un article transversal sur l'appréciation de la contrefaçon », in *Le Code de la propriété intellectuelle en 10 articles*, A. Favreau (dir.), Dalloz, 2021, p. 191 et s.

– « La légitimité du droit *sui generis* du producteur de bases de données », *Légipresse*, 2019. 115.

– « Les droits modèles de la propriété intellectuelle », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 139 et s.

CHAZAL (J.-P.)

– « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.* 2020. 1

– « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.* 2014. 763.

CLEMENT (É)

« Les cumuls des sanctions pénales et fiscales », acte du colloque « La transversalité du droit fiscal », *Lexbase Fiscal n° 917*, 22 sept. 2022.

CLEMENT-FONTAINE (M.)

– « L'influence normative de l'IA en droit de la propriété intellectuelle », *Communitas* vol. 3, n° 1, 2022, p. 27 et s.

– « L'exclusion des idées », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 57 et s.

– « La réforme en pratique : Panorama de la loi du 1^{er} mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », *AJCA* 2014. 117.

– « Les communs numériques », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 163 et s.

CORNU (G.)

– « Droit et esthétique. Présentation », *Arch. phil. droit* n° 44, 1995, p. 8 et s.

– « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires. Rapport de synthèse », *R.R.J.* 1987/4, p. 1175 et s.

CORTESI (G.)

« La propriété intellectuelle, de l'immatériel à l'invisible », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 197 et s.

CROUZET (J.), GUICHOUX (T.)

« L'épuisement du droit de distribution des produits virtuels commercialisés dans un métavers », *Comm. Com. élec. n° 11*, nov. 2022, étude 20.

DABIN (J.)

« Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. lég. jur.*, 1939, p. 413 et s.

DARAGON (E.)

« Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998. 63.

DAVERAT (X.)

- « Droit d’auteur et “protections périphériques” », *in Mél. P. Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 513 et s.
- « Libres propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques », *JCP G* n° 9, mars 1995, I 3827.

DE CANDE (P.)

« Le dessin et modèle communautaire non enregistré (DMCNE). Un oublié des praticiens français », *Propr. Indust.* n° 10, oct. 2008, étude 21.

DEFOORT (B.)

« L’usage des métaphores par Jean Rivero : regard sur une conception de la doctrine », *RFDA* 2009. 1053.

DE HAAS (Ch.)

« La propriété intellectuelle doublement en question. Quelques réflexions au terme de 40 années de pratique », *Propr. Intell.* n° 90, janv. 2024, p. 6 et s.

DELMAS-MARTY (M.)

« Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006. 951.

DEPINOY (A)

« Panorama des occurrences de l’investissement en droit de la propriété intellectuelle : ici, ailleurs, hier, aujourd’hui et demain », *in Investissement et propriété intellectuelle*, C. Le Goffic (dir.), Dalloz, 2023, p. 31 et s.

DESBOIS (H.)

« L’Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle », *RIDA* n° 54, oct. 1967, p. 573 et s.

DHENNE (M.)

« L’arrêt Alice de la Cour suprême des Etats-Unis : l’adieu au pays des merveilles ? », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2016, étude 9.

DOUILLARD (J.)

« Prescription de l’action en contrefaçon en droit d’auteur : les difficultés de l’application du droit commun », *D.* 2024. 156.

DOUVILLE (Th.)

« Tiers de confiance numérique : approche transversale », *Dalloz IP/IT* 2024. 437.

DROSS (W.)

- « Que l’article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2015. 27.
- « L’évolution du droit de l’indivision », *Droit & Ville* n° 77, janv. 2014, p. 3 et s.
- « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012. 419.

DUBUISSON (F.)

« Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », *in Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 359 et s.

DUSOLLIER (S.)

- « Creative Commons et Open Source : libertés numériques versus propriété ? », *Cogito Le Magazine de la Recherche*, avr. 2019, accessible sur <https://www.sciencespo.fr/research/cogito/home/creative-commons-et-open-source-des-libertes-numeriques-a-rebours-de-la-propriete/>.
- « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 263 et s.
- « Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », in *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, C. Geiger (dir.), Edward Elgar Publishing, 2012, p. 24 et s.
- « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, p. 213 et s.

EDELMAN (B.)

- « Le droit de divulgation remis à l'honneur », *D.* 2010. 1599.
- « Une fragrance procède d'un savoir-faire », *D.* 2006. 2470.
- « L'"image" d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public », *D.* 2001.770.
- « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *D.* 2000. 98.
- « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000. 89.
- « La conception communautaire du droit d'auteur. Application du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité aux droits d'auteur et droits voisins », *D.* 1995. 133.

FABRE-MAGNAN (M.)

- « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997. 583.

FOUILLAND (F.)

- « Droit d'auteur – L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2008, étude 24.

FRANSHELLI (R.)

- « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », in *Mél. P. Roubier*, Dalloz Sirey, 1961, p. 453 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « Le maniement de la propriété intellectuelle comme outil de régulation et de compliance », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 43 et s.
- « Le droit de la régulation », *D.* 2001. 610.
- « L'immatériel à travers la virtualité », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 139 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), TERRE-FORNACCIARI (D.)

- « Quelques remarques sur le droit de propriété », *Arch. phil. Droit* n° 35, 1990, p. 233 et s.

GALLOUX (J.-Ch.)

- « Brevet : la juridiction unifiée du brevet fait ses débuts et les inventions de stagiaires ou de salariés continuent de surprendre », *RTD com.* 2023. 605.
- « Le "paquet dessins ou modèles" », *RTD com.* 2023. 68.
- « La retenue en douane (ou retenue contrefaçon) », *RTD com.* 2020. 603.
- « Secret des affaires et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2018. 666.

- « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé : Intellectual property law in a globalized world*, Mél. J. Schmidt-Szalewski, C. Geiger et J.-Ch. Roda (dir.), LexisNexis, 2014, p. 129 et s.
- « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Mél. G. Bonet*, Litec/LexisNexis, 2010, p. 199 et s.
- « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994. 229.

GALVEZ-BEHAR (G.)

« Si loin, si proches. Inventeurs et artistes au regard de la propriété intellectuelle dans la France du XIX^e siècle », in *Les mythes de la science : inventeurs et invention*, MSH Nord-Pas-de-Calais, déc. 2005.

GAUBIAC (Y.)

- « Observations à propos de la rémunération des auteurs et des artistes interprètes », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2023, étude 8.
- « La théorie de l'unité de l'art », *RIDA* n° 111, janv. 1982, p. 3 et s.

GAUDRAT (Ph.)

- « Le droit moral... et sa destinée européenne », *RIDA* n° 275, janv. 2023, p. 65 et s.
- « Distinction entre travail et création : demande en restitution de tirages photographiques », *RTD com.* 2022. 55.
- « Formes et propriétés intellectuelles », in *Mél. P. Sirinelli*, Dalloz, 2022, p. 59 et s.
- « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », in *La création. Entre droit, philosophie et religion*, A. Zollinger (dir.), PUJP, 2016, p. 11 et s.
- « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 325 et s.
- « La structure juridique des propriétés intellectuelles », in *Les modèles propriétaires, Actes en hommage au professeur H.-J. Lucas*, LGDJ, 2012, p. 179 et s.
- « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011. 562.
- « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.* 2009. 323.
- « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n° 10, 2001, p. 70 et s.
- « Forme numérique & propriété intellectuelle » *RTD com.* 2001. 96.
- « Forme numérique et propriété intellectuelle », *RTD com.* 2000. 910.
- « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Mél. A. Françon*, Dalloz, 1997, p. 196 et s.

GAUDRAT (Ph.), VIVANT (M.)

« Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004, p. 31 et s.

GAUTIER (P.-Y.)

- « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015. 2189.
- « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. Intell.* n° 54, janv. 2015, p. 10 et s.
- « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinieniens », *D.* 1988, chron. 152.

GEIGER (Ch.)

- « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 16 et s.
- « L'Europe au carrefour des logiques : propriété intellectuelle et investissement, une dangereuse équation », *Propr. Intell.* n° 71, avril 2019, p. 120 et s.
- « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de la propriété intellectuelle », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), LGDJ, 2014, p. 79 et s.

- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010. 510.
– « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *Propr. Intell.* n° 29, oct. 2008, p. 483 et s.

GEIGER (Ch.), GRIFFITHS (J.), HILTY (R. M.)

« Déclaration en vue d’une interprétation du “Test des trois étapes” respectant les équilibres du droit d’auteur », *Cab. Propr. Intell.* n° 1, vol. 24, janv. 2012, p. 147 et s.

GEIGER (Ch.), VIVANT (M.)

« Europe bis : la force évocatrice des mots – Vous dites propriété ? (ou la “propriété” intellectuelle dans le nouvel ordre juridique de l’Union européenne) », *Propr. Intell.* n° 35, avr. 2010, p. 753 et s.

GENDREAU (Y.)

« Genèse du droit moral dans les droits d’auteur français et anglais », *R.R.J.* 1988/13, p. 41 et s.

GERVAIS (D.)

« Le droit moral aux Etats-Unis », *C.P.I.* vol. 25, n° 1, 2013, p. 283 et s.

GINSBURG (J. C.)

« Droit d’auteur et support matériel de l’œuvre d’art en droit comparé et en droit international privé », in *Mél. A. Françon*, Dalloz, 1997, p. 245 et s.

GISCLARD (Th.)

« La nature des “dommages et intérêts” sanctionnant la contrefaçon. À propos de l’arrêt CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2017, étude 15, p. 23 et s.

GLEIZE (B.)

« De l’indépendance des propriétés incorporelle et corporelle », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 260 et s.

GLEIZE (B.), MAFFRE-BAUGE (A.)

« La présomption de titularité du fait d’exploitation », in *L’entreprise et la titularité des droits de propriété intellectuelle*, J.-M Bruguière (dir.), Dalloz, 2016, p. 73 et s.

GOTZEN (F.)

« Le droit moral des auteurs (théorie générale/attribution/l’avenir). Quelques réflexions en mémoire de Georges Koumantos », *C.P.I.* vol. 22, n° 3, 2010, p. 687 et s.

GOUT (O.)

« Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013. 255.

GOUTAL (J.)

« Présomption de titularité des droits d’exploitation au profit des personnes morales : la Cour de cassation maintient sa jurisprudence », *RIDA* n° 175, janv. 1998, p. 65 et s.

GRUA (F.)

« Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993. 59.

GRIMONPREZ (B.)

« La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.* 2015. 539.

HEPP (F.)

« Le droit d’auteur “propriété incorporelle” ? », *RIDA* n° 19, avr. 1958, p. 160 et s.

HUGHES (J.)

« A short history of “intellectual property” in relation to copyright », *Cardozo Law Review*, vol. 33:3, mars 2012, p. 1293 et s.

HUMBLOT (B.)

« Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères “objectifs” de protection des dessins et modèles », *JCP E* n° 24, juin 2003, 902.

JEAMMAUD (A.)

« De la polysémie du terme “principe” dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, 2008, p. 49 et s.

KAHN (A.-E.)

– « Adoption par le Parlement européen du paquet “Dessins et Modèles” », *LEPI* n° 5, mai 2024, p. 1.

– « La fixation de la rémunération des artistes-interprètes », *Propr. Intell.* n° 80, juil. 2021, p. 22 et s.

KAMINA (P.)

– « Commentaire de l’ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition partielle de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil-août 2021, étude 12.

– « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 441 et s.

– « De l’indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles », *R.R.J.* 1998/3, p. 881 et s.

KENDERIAN (F.)

« L’image des biens : nouveau droit subjectif ou faux débat ? », *D.* 2002. 1161.

LALIGANT (O.)

« Des œuvres aux marchés du droit d’auteur : les œuvres de l’esprit perceptibles par l’odorat, le goût et le toucher », *R.R.J.* 1992/1, p. 101 et s.

LAPOUSTERLE (J.)

– « Le droit contractuel d’auteur issu de la directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », in *Mél. P. Sirinelli*, Dalloz, 2022, p. 419 et s.

– « La révocation des contrats d’auteurs et d’artistes-interprètes », *Propr. Intell.* n° 80, juil. 2021, p. 36 et s.

– « L’usage commercial en droit d’auteur : indifférence véritable ou déni ? », *L’usage commercial des biens intellectuels*, J. Lapousterle, A. Latil (dir.), Mare & Martin, 2020, p. 63 et s.

– « Le droit d’auteur, droit économique », in *La réforme du droit d’auteur dans la société de l’information*, A. Bensamoun (dir.), éd. Mare & Martin, 2018, p. 47 et s.

– « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin sur la protection des secrets d’affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016. 493.

LARDEUX (G.)

« Qu’est-ce que la propriété ? », *RTD civ.* 2013. 741.

LARRIEU (J.)

– « Bases de données : le droit *sui generis* en péril ? », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2022, comm. 5.

– « La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires : essai d'explication », *Propr. Indust.* n° 7-8, juil. 2020, comm. 48.

LATIL (A.)

« Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », *D.* 2012. 1246.

LEBOIS (A.)

– « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse », *Légipresse* 2019. 127.

– « Google et le droit voisin des éditeurs de presse », *D.* 2019. 2053

LE CAM (S.)

– « Dangers et vertu de l'hyperspécialisation en droit d'auteur : l'exemple des rémunérations des auteurs au service de la démonstration », in *L'enseignant-chercheur en propriété intellectuelle*, Y. Basire, C. Le Goffic (dir.), LexisNexis, 2023, p. 75 et s.

– « Juste rémunération des auteurs de livres : y a-t-il désormais des alternatives à la voie légale ? », *Légipresse* 2023. 59.

LECUYER (H.)

« Indemnisation du préjudice en matière de contrefaçon : comment la loi nouvelle est-elle reçue ? », *Gaz. Pal.* n° 162, 11 juin 2001, p. 15 et s.

LEMAIRE (S.)

« Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008. 2157.

LEMERCIER (K.)

« L'adaptation du droit des entreprises en difficulté à la créance fiscale », acte du colloque « La transversalité du droit fiscal », *La lettre juridique* n° 919, 6 oct. 2022.

LEPAGE (H.)

« L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits* n° 1, 1985, p. 91 et s.

LEPRODHOMME (F.)

« Le droit fiscal, laboratoire du droit administratif ? Recherche sur quelques caractéristiques et évolutions fiscales récentes dans leurs rapports avec le droit administratif », acte de colloque « La transversalité du droit fiscal », *La lettre juridique* n° 939, 23 mars 2023.

LE STANC (Ch.)

– « Manquement du licencié (de logiciel) à ses obligations contractuelles : acte de contrefaçon ! », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2023, repère 5.

– « Saisie-contrefaçon – Aïe ! », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2023, repère 1.

– « Droit d'auteur – Rien ou presque... », *Propr. Indust.*, oct. 2021, n° 10, repère 9.

– « Inverser la courbe de la chicane... », *Propr. Indust.* n° 5, mai 2015, repère 5.

– « 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. 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 », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2017, étude 16.

– « Folles idées sur les idées », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2001, chron. 1.

LIBCHABER (R.)

« La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, Dalloz, 29^e éd., 2023, p. 818 et s.

LUCAS (A.)

« L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », in *L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, A. Bensamoun, F. Labarthe, A. Tricoire (dir.), éd. Mare & Martin, 2015, p. 31 et s.

LUCAS-SCHLOETTER (A.)

– « Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur », in *Le droit moral au 21^e siècle : le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante*, Larcier, 2015, p. 50 et s.
– « Le droit moral en Allemagne », *Cab. Propr. Intell.* vol. 25, n^o 1, janv. 2013, p. 35 et s.

LUCAS (F.), BINCTIN (N.)

« Le droit comparé de la saisie-contrefaçon en droit d'auteur France/Canada », *RIDA* n^o 239, juin 2018, p. 1 et s.

LUCAS (A.), SIRINELLI (P.)

« L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* n^o 23, 9 juin 1993, I 3681.

MACKAAY (E.)

« Les droits intellectuels. Entre propriété et monopole », *JEEH*, vol. 1, 1989-1990, p. 61 et s.

MAFFRE-BAUGE (A.)

« Les créations olfactives », in *L'éphémère, objet de droit*, A. Latreille et F. Petit (dir.), Mare & Martin, 2017, p. 29 et s.

MALLET-POUJOL (N.)

« Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997. 330.

MANDEL (S.), BINCTIN (N.)

« Les créations prétorienne de la Cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. élec.* n^o 2, fév. 2015, étude 4.

MARECHAL (C.)

– « La loi n^o 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », *Comm. com. élec.* n^o 6, juin 2014, étude 11.
– « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012. 245.

MARINO (L.)

« Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* n^o 30-34, juil. 2010, doct. 829.

MARLY (P.-G.)

« La transversalité en acte : le règlement PRIIPs du 26 novembre 2014 », *RTDF* n^o 4, déc. 2014, p. 63 et s.

MARTIN (S.)

« Lettre à un ami : le droit des marques de l'Union, un droit de création ? », *Cab. Propr. Intell.* vol. 35 n^o 1, 2023, p. 205 et s.

MASSON (Ch.)

« Prescription et action en contrefaçon de droit d'auteur : plaider pour un dualisme tempéré », *Comm. com. électr.* n° 4, avril 2024, étude 6.

MAY (Ch.)

« Venise : aux origines de la propriété intellectuelle », *L'économie politique* n° 14, 2002/2, p. 6 et s.

MENDOZA-CAMINADE (A.)

« Un droit des brevets sans inventeur ? Plaider pour une autre protection juridique des inventions réalisées par l'intelligence artificielle », *JCP G* n° 49, déc. 2021, doct. 1309.

MORIN (J.-F.)

« Le droit international des brevets. Entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales* n° 4, déc. 2003, p. 537 et s.

MOSCATI (L.)

« Napoléon et la propriété intellectuelle », *Rev. hist. droit*, vol. 84, n° 4, oct.-déc. 2006, p. 551 et s.

MOUSSERON (J.-M.)

« Valeurs, biens, droits », in *Mél. A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et s.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD J., REVET (Th.)

« De la propriété comme modèle », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s.

MOUSSERON (J.-M.), SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)

« Le délai d'immunisation de l'art. L. 611-13 c. propr. intell. prend effet à compter de la date de la demande originaire dont le brevet français invoque la priorité », *D.* 1993. 375.

OPPETIT (B.)

« De la codification », *D.* 1996. 33.

PASSA (J.)

– « Confirmations et précisions sur la charge de la preuve de l'épuisement des droits », *RTD com.* 2024. 260.

– « Incidences de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ? » *RDC* n° 4, déc. 2020, p. 139 et s.

– « Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques », *RTD com.* 2020. 327.

– « Réforme en profondeur de la prescription des actions en annulation et en contrefaçon des titres nationaux de propriété industrielle », *Propr. indust.* n° 7-8, juil.-août 2019, étude 16.

– « Les rapports du droit de la propriété intellectuelle et du droit commun douanier : influences réciproques », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, 2009, p. 67 et s.

– « Les conditions générales d'une atteinte au droit sur une marque », *Propr. Indust.* n° 2, fév. 2005, étude 2.

– « Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur », *Propr. Intell.* n° 14, janv. 2005, p. 31 et s.

– « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaider pour une clarification », *Propr. Intell.* n° 10, janv. 2004, p. 513 et s.

– « La propriété de l'information, un malentendu ? », *Dr. et patr.* n° 91, 1^{er} mars 2001.

– « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000. 297.

PESSINA (S.)

« Artistes-interprètes : émergence d'un statut, reconnaissance d'une qualité », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 410 et s.

PFISTER (L.)

« La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », *RIDA* n° 205, juil. 2005, p. 117 et s.

PIATTI (M.-Ch.)

– « La nouveauté en droit des dessins et modèles. Retour sur un concept “relatif” », *Propr. Indust.* n°6, juin 2015, étude 12.

– « “Autonomisation” du droit français des dessins et modèles ? », *Propr. Indust.* n° 12, déc. 2004, étude 20.

PICARD (E.)

« Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », *Clunet* 1883, p. 565 et s.

PIEDELIEVRE (A.)

« Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mél. M. de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55 et s.

PIERUCCI (Ch.)

« Introduction autour d'un questionnement sur les impensés du droit administratif », in *Mél. J. Caillosse*, LGDJ, 2022, p. 7 et s.

POLLAUD-DULIAN (F.)

– « Violation des limites d'un contrat de licence et contrefaçon », *RTD com.* 2020. 94.

– « Un nouveau venu, le droit voisin des éditeurs de presse », *RTD com.* 2019. 661.

– « Le crépuscule de la théorie de la multiplicité des formes ? », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2018, étude 7.

– « Quo vadis lex ? », *RTD com.* 2016. 641.

– « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi “liberté de la création, architecture et patrimoine” », *RTD com.* 2016. 481.

– « L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des Etats-Unis », *D.* 2013. 2594.

– « 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. 45.

– « De la prescription en droit d'auteur », *RTD civ.* 1999. 585.

– « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* n° 29, juil. 1994, I 3780.

PORTRON (A.)

« L'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle ou la définition de la création en préalable à la propriété du créateur », in *Le code de la propriété en 10 articles*, A. Favreau (dir.), Dalloz, 2021, p. 13 et s.

QUAEDVLIEG (A.)

« Droit d'auteur et parfums : le nez, l'esprit et l'industrie », *RIDA* n° 230, oct. 2011, p. 7 et s.

RAYNARD (J.)

– « Ordonnance du 15 décembre 2021 : le stagiaire dépouillé ! », *Propr. Indust.* n° 2, fév. 2022, étude 2.

- « Entre brevet et droit d’auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 14, avr. 2013, doct. 399.
- « Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier », in *Mél. J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527 et s.
- « Le tiers au pays du droit d’auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *JCP G* n° 21, 26 mai 1999, I 138.

REBOUL-MAUPIN (N.)

« De la perpétuité de l’action en revendication du droit de propriété », *D.* 2003. 2044.

REMICHE (B.)

« Propriété intellectuelle : intérêts d’entreprise et intérêt général », in *Mél. C. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 525 et s.

REJET (Th.)

- « La qualité d’auteur d’une œuvre de l’esprit », *RTD civ.* 2012. 338.
- « Le dénouement de la propriété temporaire », *RTD civ.* 2008. 322.
- « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* n° 124, 1er mars 2004.

ROUBIER (P.)

« Droits intellectuels ou droits de clientèle », *Dalloz Sirey*, 1935, p. 251 et s.

ROUX (A.)

« De la création divine à la création humaine : approches philosophiques », in *La création. Entre droit, philosophie et religion*, A. Zollinger (dir.), PUJP, 2016, p. 95 et s.

RUZEK (V.)

« Vers un modèle européen transversal de *finalisation* des droits de propriété intellectuelle ? », in *Mél. M. Vivant*, Dalloz, 2020, p. 619 et s.

SAVATIER (R.)

« Essai d’une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958. 331.

SCHAFFNER (M.), VIRET (R.)

« Un début d’éclaircissement sur l’articulation entre saisie-contrefaçon et droit d’information », *RLDI* n° 58, 1^{er} mars 2010.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)

- « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux », *RTD eur.* 2008. 405.
- « La notion d’invention face aux développements technologiques », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.A. Frison- Roche et A. Abello (dir.), LGDJ 2005, p. 243 et s.
- « L’adaptation du droit des brevets aux nouvelles technologies », *Propr. Indust.* n° 2, mai 2002, chron. 3.

SCORDAMAGLIA (V.)

« Un nouveau venu dans le monde de la propriété intellectuelle : le dessin ou modèle communautaire non enregistré », *Propr. Indust.* n° 1, avril 2002, chron. 1.

SENFLEBEN (M.)

– « Generative AI and author remuneration », *IIC*, Vol. 54, No. 10, 2023, p. 1535 et s.

– « Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? », *IIC*, Vol. 37, No. 4, 2006, p. 407 et s.

SERRA COATANEA (D.)

« Justice et charité dans l'encyclique *Caritas in veritate* à la lumière de Gaston Fessard », *RETM* n° 284, fév. 2015, p. 65 et s.

SIIRIAINEN (F.)

– « Présentation de l'ordonnance du 23 juin 2021 portant transposition de la directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 (dite "directive CabSat 2") », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2021, étude 17.

– « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), LGDJ, 2014, p. 37 et s.

– « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 673 et s.

– « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la "fonction" du droit d'auteur dans le cadre de sa "fondamentalisation" », in *Droit économique et droits de l'homme*, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (dir.), Larcier, 2009.

SIRINELLI (P.)

« Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique », *Dalloz IP/IT* 2019. 279.

SKRZYPNIAK (H.)

« Les savoir-faire », in *La propriété au 21^e siècle*, V. Malabat, A. Zabalza (dir.), Dalloz, 2021, p. 93 et s.

STROWEL (A.)

« Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles », in *La para-propriété intellectuelle*, J.-M. Bruguère (dir.), Dalloz, 2022, p. 93 et s.

TAFFOREAU (P.)

– « La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique », *Propr. Intell.* n° 18, janv. 2006, p. 50 et s.

– « De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2001, chron. 10.

TERRE (F.)

– « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits* n° 1, 1985, p. 33 et s.

– « La "crise de la loi" », *Arch. phil. droit* n° 25, 1980, p. 17 et s.

THIBON (L.)

« Les avatars d'un brevet de Business Method en France et en Europe », *Propr. Indust.* n° 11, nov. 2008, étude 25.

THOMAS-RAQUIN (C.), LE GUERER (M.)

« Pratique contentieuse. La jurisprudence récente de la Cour de cassation sur le préjudice résultant de la contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2020, prat. 2.

TILLOY (C.)

« Investissement et droit des propriétés intellectuelles », in *Le concept d'investissement*, H. Causse, M. Sinkondo (dir.), Bruylant, 2011, p. 131 et s.

TIREL (M.)

« La notion d'usage commercial en droit privé », *L'usage commercial des biens intellectuels*, J. Lapousterle, A. Latil (dir.), Mare & Martin, 2020, p. 19 et s.

TREFIGNY (P.)

« L'immatériel et la propriété intellectuelle », in *L'immatériel et le droit. Perspectives et limites*, S. Fournier (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 49 et s.

TREPPOZ (E.)

– « Dépassement de contrat et contrefaçon : un difficile dialogue entre le juge européen et le juge national », *RTD eur.* 2021. 996.

– « De l'apparente rigidité du droit d'auteur européen en matière d'exceptions », *RTD eur.* 2019. 927.

– « De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ? », *Propr. Indust.* n° 9, sept. 2018, dossier 7.

– « Le secret d'affaire dans l'anti-chambre de la protection intellectuelle », *RTD eur.* 2017. 868.

– « Droit européen de la propriété intellectuelle », *RTD Eur.* 2010. 939.

– « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *D.* 2009. 266.

VAN EECHOU (M. M. M.)

« Territoriality and the Quest for a Unitary Copyright Title », *IIC*, Vol. 25, No. 55, 2014, p. 66 et s.

VANUXEM (S.)

« Déambuler, errer, cheminer, circuler. Une ligne de partage des droits pour la déprise des terres », *RFSE* n° 30, 2023/1, p. 153 et s.

VARET (V.)

« Droit d'auteur et dématérialisation », in *Mél. J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 377 et s.

VARNEROT (V.)

« La densification normative par concentration de la propriété intellectuelle. L'exemple de l'épuisement du droit », in *Le code de la propriété en 10 articles*, A. Favreau (dir.), Dalloz, 2021, p. 203 et s.

VERCKEN (G.)

« La prise en compte de la notion d'investissements en droits voisins », in *Investissement et propriété intellectuelle*, C. Le Goffic (dir.), Dalloz, 2023, p. 67 et s.

VINEY (G.)

« Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944.

VIVANT (M.)

– « De l'intelligence Artificielle comme inventeur ? », *Propr. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 85 et s.

– « Une relecture hétérodoxe du droit d'auteur. Petite monnaie et gros sous ou l'histoire d'une expansion marchande », in *Mél. P. Sirinelli*, Dalloz, 2022, p. 261 et s.

– « Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 134 et s.

– « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 3 et s.

– « L'Europe à la recherche des frontières : étrange secret », *Propr. Intell.* n° 71, avr. 2019, p. 113 et s.

- « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2018, étude 18.
- « L'œuvre de l'esprit : création d'une personne physique ou morale ? », in *L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, A. Bensamoun, F. Labarthe, A. Tricoire (dir.), éd. Mare & Martin, 2015, p. 43 et s.
- « Contrefaçon et réparation : une question à revoir », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), LGDJ, 2014, p. 107 et s.
- « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », *RLDI* n° 91, 1^{er} mars 2013.
- « Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle », *D.* 2011. 2351.
- « Marque et fonction sociale de la marque. Ou quand la réalité passe par le rêve ? », in *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle – Journées Y. Reboul, C. Geiger, J. Schmidt-Szalewski* (dir.), LexisNexis/LITEC, 2010, p. 145 et s.
- « De la diffusion du "génie" à l'embastillage cognitif. Ou sur un usage nouveau de la propriété intellectuelle », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, E. Le Dolley (dir.), Lextenso, 2010, p. 207 et s.
- « Quand la marque bouscule le droit de la propriété intellectuelle », in *Mél. G. Bonet*, LexisNexis/LITEC, 2010, p. 523 et s.
- « Les métamorphoses de l'œuvre. Des mythologies aux mythes informatiques », *D.* 2010. 776.
- « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009. 1839.
- « Droit d'auteur et sens chimiques : marché, futilité et questionnements fondamentaux » in *Mél. F. Dessemontet*, Cedidac, 2009, p. 413 et s.
- « 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*, M. Buydens, S. Dusollier (dir.), Bruylant, 2008, p. 277 et s.
- « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propr. Intell.* n° 23, avr. 2007, p. 193 et s.
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, p. 361 et s.
- « La création sous le regard du droit », *Le temps des savoirs*, 2005, p. 153 et s.
- « L'investissement, rien que l'investissement », *RLDI* n° 3, mars 2005.
- « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* n° 1, janv. 2000, étude 193.
- « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in *Mél. Ch. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 441 et s.
- « An 2000 : l'information appropriée ? », in *Mél. J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 651 et s.
- « Ordre public et propriété intellectuelle », in *Mél. J. Foyer*, PUF, 1997, p. 307 et s.
- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mél. A. Françon*, Dalloz, 1997, p. 415 et s.
- « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* n° 22, juin 1993, act. 251.
- « Reconnaissance des créations par le droit », in *Dictionnaire critique de la communication*, t. 2, L. Sfez (dir.), PUF, 1993, p. 1244 et s.
- « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP G* n° 3, janv. 1989, I 3372.

WALRAVENS-MARDARESCU (N.)

« Les tables d'Yves Klein, peintre de l'Immatériel, protégées par le droit d'auteur », *RLDI* n° 70, 1^{er} avril 2011.

WARUSFEL (B.)

« La transversalité du droit du numérique », in *Mél. J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 411 et s.

XIFARAS (M.)

« Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes* n° 41, 2010/2, p. 50 et s.

XIFARAS (M.), VIVANT (M.)

« La propriété intellectuelle, une légende urbaine ? », *Propr. Intell.* n° 81, oct. 2021, p. 139 et s.

ZENATI (F.)

« Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305.

ZENATI-CASTAING (F.)

– « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006. 445.

– « L'immatériel et les choses », *Arch. phil. droit* n° 43, 1999, p. 79 et s.

ZOLLINGER (A.)

« Conclusion : la création, visions plurielles, valeur universelle ? » in *La création. Entre droit, philosophie et religion*, A. Zollinger (dir.), PUJP, 2016, p. 123 et s.

ZOLYNSKI (C.)

« Le test en trois étapes, renouvellement des pouvoirs du juge ? » *Légicom* n° 39, 2007/3, p. 107 et s.

IV. NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ALLEAUME (Ch.)

– Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-16.307, « Propriété littéraire et artistique », *Légipresse* 2022. 707.

– « Propriété littéraire et artistique », *Légipresse* 2020. 69.

– Comm. ss. Cass. soc., 8 fév. 2006, n° 04-45.203, « Le respect dû à l'interprétation de l'artiste en interdit toute altération ou dénaturation », *JCP E* n° 17, 27 avr. 2006, 1654.

ATIAS (Ch.)

Obs. ss. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450, « Les biens en propre et au figuré », *D.* 2004. 1459.

AUDIT (B.)

Note ss. CA Paris, 4^e ch., 6 juil. 1989, *Huston*, « Droit moral d'auteur, coloriage des films et ordre public international », *D.* 1990. 152.

AZZI (T.)

Comm. ss. Cass. soc., 8 fév. 2006, n° 04-45.203, « L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste-interprète », *JCP G* n° 20, 17 mai 2006, II 10078.

BARBIER (H.)

– Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2022, n° 21-10.250, « Une nouvelle conquête pour l'imprescriptibilité : l'action en restitution d'une chose exercée par son propriétaire », *RTD civ.* 2022. 624.

– Note ss. Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-15.568, « De l’engouement contemporain pour l’imprescriptibilité », *RTD civ.* 2019. 586.

BENABOU (V.-L.)

– Comm. ss. CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19, « La Cour de justice persiste et signe sur les liens ou comment se cogner “la tête contre les murs” », *Dalloz IP/IT* 2021. 334.

– Obs. ss. CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 16 mars 2018, n° 15/06029, « Klasen : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres », *Dalloz IP/IT* 2018. 300.

– Obs. ss. CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *Marco Del Corso*, aff. C-135/10, « Notion de communication au public – Droit à rémunération équitable », *Prop. intell.* n° 45, 2012, p. 429.

– Note ss. CJUE, gde. ch., 2 mai 2012, *SAS Institute Inc c. World Programming Ltd*, aff. C-406/10, « Non protection des idées – Logiciel – Originalité – Rétro-ingénierie – Manuel d’utilisation », *Prop. Intell.* n° 45, 2012, p. 423.

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699, « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l’image du bien », *Dr. et patr.* n° 91, 1^{er} mars 2001.

BENOÎT-ROHMER (F.)

« Chronique UE et droits fondamentaux - Liberté d’information et droits d’auteur (art. 11 et 17 de la Charte) », *RTD eur.* 2020. 324.

BERNAULT (C.)

Obs. ss. CA Paris, pôle 6, 5^e ch., 17 mars 2011, *Jean-Marc M. c. Sunset Productions*, n° 09/05882, « Définition de la notion d’artiste-interprète », *LEPI* n° 6, mai 2011, p. 4.

BINCTIN (N.)

– Comm. ss. Cass. crim., 27 fév. 2024, n° 23-81.563, « L’apport des gilets jaunes au droit des marques », *Prop. Indust.* n° 6, juin 2024, comm. 43.

– Obs. ss. Cass. com., 29 mars 2017, *Impex c. Hervé et Philippe X Distribution*, n° 15-10.885, « Droit de la propriété industrielle », *JCP E* n° 48, nov. 2017, 1652.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SDEFA c. Charroy*, n° 11-10.132, « Personne morale et droit d’auteur », *Rev. sociétés* 2012, p. 496.

BONET (G.)

Comm. ss. CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins c. Imtrat, Patricia Im, Kraul c. Emi electrola*, aff. jtes C-92/92, « Libre circulation des marchandises et droit d’auteur : application du principe de non-discrimination entre auteurs de nationalité différente ressortissants d’États membres de la Communauté », *RTD eur.* 1995. 845.

BOUCHE (N.)

– Comm. ss. CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 8 déc. 2023, *Lundi Matin c. La Poste*, n° 21/19696, « Faut-il neutraliser le principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle ? », *Prop. Indust.* n° 3, mars 2024, comm. 19.

– Note ss. CA Rennes, 1^{ère} ch., 10 janv. 2012, n° 10/08120, « L’héritage de Rosine », *Prop. Indust.* n° 5, mai 2012, comm. 42.

– Comm. ss. Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427, « Conditions du droit sui generis du producteur de base de données », *Prop. Indust.* n° 6, juin 2010, comm. 43.

BRUGUIERE (J.-M.)

- Note ss. Beijing Internet Court, 27 nov. 2023, aff. (2023) Jing 0149 Min Chu n° 11279, « IA générative – Photographie de synthèse – Originalité (oui) – Droit chinois », *Propr. Intell.* n° 91, avr. 2024, p. 30 et s.
- Note ss. U.S. Copyright Office, Review Board, 14 fév. 2022, aff. ID 1-3ZPC6C3, « Droit d’auteur. Auteur non humain. Intelligence artificielle. Machine auteur. Doctrine du *work made of hire*. Machine employeur “non” », *Propr. Intell.* n° 84, juil. 2022, p. 36 et s.
- Comm. ss. CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, aff. C-762/19, « Droit des producteurs de bases de données », *Propr. Intell.* n° 23, avr. 2022, p. 40 et s.
- « L’équilibre des droits en matière de droit d’auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions », *JCP G* n° 40, sept. 2019, act. 992.
- Note ss. CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17, « Saveurs (et fragrances) exclues du droit d’auteur par la Cour de justice », *Propr. Intell.* n° 70, janvier 2019, p. 18 et s.
- Obs. ss. CA Paris, pôle 5-2, 16 juin 2017, *M. X... c. SA Hachette Filipacchi Presse*, n° 16/04393, « Distinction de l’œuvre et du support », *Propr. Intell.* n° 64, 2017, p. 63.
- Comm. ss. Cass. civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24.145, « Titularité des droits », *Propr. Intell.* n° 51, avr. 2014, p. 153 et s.

CARON (Ch.)

- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 19 déc. 2019, *Nederlands Uitgeversverbond et Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e.a.*, aff. C-263/18, « La mise à disposition de livres numériques d’occasion relève du droit de communication au public », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2020, comm. 31.
- Comm. ss. CJUE, 5^e ch., 18 déc. 2019, *IT Development SAS c. Free Mobile SAS*, aff. C-666/18, « Responsabilité délictuelle pour contrefaçon ou responsabilité contractuelle pour inexécution », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2020, comm. 23.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, aff. C-516/17, « Les arrêts du 29 juillet 2019 (3/3) : des précisions sur deux exceptions au droit d’auteur », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2020, comm. 11.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, « Les arrêts du 29 juillet 2019 (2/3) : les mystères de la balance des intérêts », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2020, comm. 1.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17, « Les arrêts du 29 juillet 2019 (1/3) : à propos de l’échantillonnage », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2019, comm. 75.
- Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, aff. C-683/17, « L’esthétique ne fait pas l’œuvre », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2019, comm. 65.
- Note ss. CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17, « Droit d’auteur - Une saveur n’est pas une œuvre de l’esprit », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2019, comm. 1.
- Note ss. CE, 10^e et 9^e ch., 8 nov. 2017, *Association spirituelle de l’Église de Scientologie Celebrity Centre*, n° 375704, « Quand le Code des relations entre le public et l’administration s’intéresse au droit d’auteur », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2018, comm. 8.
- Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 12 oct. 2016, *Aleksandrs Ranka*, aff. C-166/15, « La revente de la copie de sauvegarde est interdite », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2016, comm. 99.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, *Sté Orqual c. Sté Tridim et a.*, n° 13-23.566, « L’auteur est forcément une personne physique », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2015, comm. 19.
- Comm. ss. CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12, « Important arrêt sur les liens hypertextes », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2014, comm. 34.
- Comm. ss. CJUE, 4^e ch., 23 janv. 2014, *Nintendo Co. Ltd e.a. c. PC Box Srl et 9Net Srl*, aff. C-355/12, « La Cour de justice de l’Union européenne s’intéresse aux mesures techniques de protection », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2014, comm. 26.

- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, *Thierry Berthelot c. Van Cleef & Arpels*, n° 12-26.409, « L'œuvre collective au secours de l'employeur », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2014, comm. 14.
- Note ss. Cass. com., 10 déc. 2013, *SNC Lancôme Parfums et Beauté et cie c. Farque*, n° 11-19.872, « Droit d'auteur – Les fragrances ne sont toujours pas des œuvres de l'esprit », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2014, comm. 13.
- Comm. ss. Cass. com., 8 oct. 2013, *SAS Maisons du Monde c. Sté Home Spirit*, n° 12-23.349, « Les mystères insondables du droit d'information », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2013, comm. 123.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 11-20.900, « À la recherche de l'artiste-interprète... », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil.-août 2013, comm. 75.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, aff. C-128/11, « Le programme d'ordinateur selon la Cour de justice (II) : la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit ! », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2012, comm. 106.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n° 11-13.116, « Présomption de titularité des droits des personnes morales : une vraie peau de chagrin ! », *Comm. com. élec.* n° 7-8, juil. 2012, comm. 73.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, n° 11-10.132, « Le droit moral de la personne morale », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2012, comm. 61.
- Note ss. CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *Marco Del Corso*, aff. C-135/10, « Le dentiste et l'hôtelier confrontés à la rémunération équitable », *Comm. com. élec.* n° 5, mai 2012, comm. 48.
- Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, aff. C-604/10, « L'originalité de la base de données en droit de l'Union européenne », *Comm. com. élec.* n° 5, mai 2012, comm. 47.
- Comm. ss. CJUE, 13 oct. 2011, *Airfield NV, Canal Digitaal BV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) et Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA*, aff. jtes C-431/09 et C-432/09, « À propos de la communication des œuvres par satellite », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2011, comm. 111.
- Note ss. CJUE, 3^e ch., 22 déc. 2010, *BSA*, aff. C-393/09, « Les interfaces graphiques des logiciels à la mode communautaire », *Comm. com. élec.* n° 5, 1^{er} mai 2011, comm. 42
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2011, n° 09-14.505, « Présomption de titularité et actes d'exploitation », *Comm. com. élec.* n° 3, mars 2011, comm. 20.
- Note ss. Cass. com., 15 juin 2010, *SA Dubois Jardins c. Sté Sihpol Spolka Zoo*, n° 08-20.999, « La "marque" d'une entreprise rime avec originalité », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2010, comm. 120.
- Comm. ss. Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427, « Bases de données : droit sui generis, droit d'auteur ou parasitisme ? », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2010, comm. 84.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Lévinas, épouse Hansel c. Éd. Grasset et Fasquelle*, n° 09-67.515, « L'impérialisme du droit de divulgation post mortem », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2010, comm. 59.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petrucciani c. SA Francis Dreyfus Music*, n° 07-12.109, « Pas de divulgation pour l'artiste-interprète », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2009, comm. 13.
- Comm. ss. Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961 (2 esp.), « Marques et liberté d'expression : l'éternel retour », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2008, comm. 77.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, n° 05-16.843, « Derrière l'originalité, la nouveauté ! », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2007, comm. 4.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-19.294, « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2007, comm. 3.
- Comm. ss. Conseil constit., 27 juil. 2006, n° 2006-540 DC, « La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2006, comm. 140.
- Comm. ss. Cass. soc., 8 fév. 2006, n° 04-45.203, « La saga de la compilation », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2006, comm. 57.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005, « Les idées toujours orphelines de protection », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2006, comm. 18.

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2005, n° 03-12.159, « Droit moral après la mort de l’auteur : qui peut intenter l’action ? », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2005, comm. 62.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 2004, n° 02-16.057, « Vers une mutation de la présomption de titularité des droits des personnes morales ? », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2005, comm. 27.
- Comm. ss. CJCE 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02 ; CJCE, 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. OPAP*, aff. C-444/02 ; CJCE 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab*, aff. C-46/02 ; CJCE 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*, aff. C-338/02, « Importantes décisions de la Cour de justice sur les bases de données », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2005, comm. 2.
- Comm. ss. TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 juil. 2004, *SA Sté des participations du commissariat à l’énergie atomique c. Assoc. Greenpeace France et al.*, « La prétendue “parodie de marque” : une question de responsabilité civile », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2004, comm. 110.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, *Mme Nicolas c. Sté Cavaille Vins Fins*, n° 01-16.415, « Des fortes et des faibles originalités », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2004, comm. 99.
- Comm. ss. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450, « Requiem pour le droit à l’image des biens », *Comm. com. élec.* n° 6, juin 2004, étude 14.
- Comm. ss. TGI Paris, 3^e ch., sect. 2, 30 janv. 2004, *SA Esso c. Assoc. Greenpeace France et SA*, « Affaire Esso c/ Greenpeace : décision au fond », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2004, comm. 39.
- Comm. ss. CA Paris, 4^e ch., sect. B, 12 oct. 2003, n° 2002/06336, « Nouvelles du front de la création salariée des journalistes », *Comm. com. élec.* n° 2, fév. 2004, comm. 13.
- Note ss. CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, *SAS Rubie’s France c. SARL Msat Éditions et al.*, : *Juris-Data* n° 2003-221740, « Clair-obscur à propos de la protection d’une image satellite », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2003, comm. 117.
- Comm. ss. TGI Paris, ord. réf., 8 juil. 2002, deux ordonnances, *Juris-Data* n° 2002-187495, « Duo dissonant sur la (prétendue) parodie de marque sur les réseaux », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2002, comm. 140.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juil. 2000, n° 98-15.851, « Apposition d’une signature apocryphe sur une œuvre d’art : les délicates frontières du droit au nom », *D.* 2001. 2080.
- Comm. ss. TGI Paris, 3^e ch., sect. 3, 21 mars 2000, *RATP c. Laurent M. et Valentin Lacambre*, « Refus de l’exception de parodie de marque sur les réseaux », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2000, comm. 88.
- Comm. ss. Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675, « Le droit d’auteur confronté au principe de la dignité de la personne humaine », *Comm. com. élec.* n° 1, 1^{er} janv. 2000, comm. 4.

CARTAPANIS (M.)

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-15.386, « Concurrence déloyale, violation d’une obligation contractuelle et action en contrefaçon : clarification de la règle du non-cumul des responsabilités », *Dalloz actualité*, 8 nov. 2022.

CASTETS-RENARD (C.)

Comm. ss. Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427, « L’annuaire France Télécom protégé par le droit sui generis des bases de données », *RLDI* n° 62, 1^{er} juil. 2010.

CHATRY (S.)

- Obs. ss. Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-10.759, « Contrefaçon et concurrence déloyale : de la confusion créée par le voisinage », *Dalloz IP/IT* 2023. 650.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, n° 19-20.758, « Rappel à l’ordre sur la méthode d’appréciation de la contrefaçon », *LEPI* n° 3, mars 2021, p. 3.

CLAVEL (S.), JAULT-SESEKE (F.)

Obs. ss. CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16, « Droit international privé », *D.* 2018. 966.

CLAVIER (J.-P.)

Note ss. CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, aff. C-323/09, « La CJUE tente de préciser la fonction d'investissement de la marque », *LEPI* n° 10, 15 nov. 2011, p. 6.

COSTES (L.)

Note ss. Cass. civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24.145, « Originalité d'une interview diffusée sur internet », *RLDI* n° 102, 1^{er} mars 2014.

DALEAU (J.)

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, n°s 15-28.467 et 16-11.759, « “Dialogue des Carmélites” : le couperet est tombé », *Dalloz IP/IT* 2017.

DA SILVA (V.)

Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2011, n° 09-14.505, « Présomption de titularité du droit d'auteur : interprétation stricte de la condition d'actes d'exploitation », *D.* 2011. 1121.

DAVERAT (X.)

– Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petruciani c. SA Francis Dreyfus Music*, n° 07-12.109, « Un an de droit de la musique », *Comm. com. élec.* n° 4, avr. 2009, chron. 4.

– Note ss. TGI Paris, 1^{ère} ch., 14 nov. 2001, « Communication et créations intellectuelles », *LPA* n° 10, janv. 2003, p. 6.

DE CANDE (P.)

– Note ss. TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 26 mai 2016, n° 15/00757, « Recevabilité de l'action en DMCNE », *Propr. Intell.* n° 61, 2016, p. 515 et s.

DREYER (E.)

– Comm. ss. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi... », *D.* 2004. 1547.

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizeau et a.*, n° 91-15.915, « Trompe-l'œil sur la fraude artistique », *D.* 2001. 541.

DURRANDE (S.)

– Obs. ss. CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, aff. C-323/09, « Droit des marques », *D.* 2012. 1362.

– Obs. ss. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 30 avr. 2003, n° 2001/14371, « Les limites à la liberté d'expression », *D.* 2003. 2685.

EDELMAN (B.)

– Obs. ss. CA Paris, 26 fév. 2003, deux arrêts, « Droit des marques et liberté d'expression », *D.* 2003. 1831.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *Sté IFG c. Sté NCI*, n° 94-15.566, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998. 141.

– Comm. ss. CA Paris, 4^e ch. A, 12 déc. 1995, « Un film de montage d'archives constitue une œuvre protégée », *D.* 1997. 237.

– Note ss. CA Paris, 16 juin 1993, « Allocation de dommages-intérêts à des artistes-interprètes à la suite de la diffusion commerciale non autorisée du spectacle auquel ils ont participé », *D.* 1994. 218.

ESPAGNON (M.)

Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-15.386, « Nature de l'action en responsabilité du titulaire des droits sur un logiciel à l'encontre du licencié », *Resp. civ. et assur.* n° 12, décembre 2022, comm. 266.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A.)

– Comm. ss. CJUE, 10^e ch., 18 janv. 2024, *Hewlett Packard Development Company LP c. Senetic S.A.*, aff. C-367/21, « Arrêt Hewlett Packard : distribution exclusive et preuve de l'épuisement des droits », *Propr. Indust.* n° 4, avr. 2024, comm. 21.

– Comm. ss. CJUE, 29 juil. 2019, *Red Bull*, aff. C-124/18 P, « Arrêt Reb Bull : la Cour ne révolutionne pas les couleurs », *Propr. Indust.*, oct. 2019, n° 10, comm. 53.

– Comm. ss. CJCE, 1^{ère} ch., 18 juin 2009, *L'Oréal SA c. Bellure NV*, aff. C-487/07, « CJCE, arrêt Bellure : publicité comparative et tableau de concordances », *Propr. Indust.* n° 9, sept. 2009, comm. 51.

– Comm. ss. CJCE, 3^e ch., 25 janv. 2007, *Dyson Ltd c. Registrar of Trade Marks*, aff. C-321/03, « CJCE, arrêt Dyson ou les concepts dans le sac », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2007, comm. 21.

FRANÇON (A.)

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699, « Droit d'un propriétaire sur l'image de son bien », *RTD com.* 1999. 397.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-14.201, « Personnes protégées. Qualité pour agir en contrefaçon. Personnes morales », *RTD com.* 1999. 393.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *Sté IFG c. Sté NCI*, n° 94-15.566, « Personnes morales et contrefaçon de droits d'auteur », *D.* 1997. 328.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *Sté IFG c. Sté NCI*, n° 94-15.566, « Personne morale titulaire du droit d'auteur sur une œuvre. Action en contrefaçon », *RTD com.* 1997. 267.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, n° 91-16.543, *SA Areo et A. c. Syndicat d'initiative de l'office du Tourisme de Villeneuve Loubet et A.*, « Personne morale. Titularité du droit d'auteur », *RTD com.* 1995. 418.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizéau et a.*, n° 91-15.915, « Limites de l'exercice par un légataire du droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire : autonomie du droit moral par rapport aux autres droits de la personnalité », *D.* 1994. 78.

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizéau et a.*, n° 91-15.915, « Œuvre littéraire. Droit moral, champ d'application, droits de la personnalité », *RTD com.* 1994. 48.

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Consorts Huston c. Société Turner entertainment CO*, nos 89-19.522 et 89-19.725, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *RTD com.* 1991. 386.

GALLOUX (J.-Ch.)

Obs. ss. OEB, ch. rec., 21 avr. 2004, *Hitachi*, aff. T-258/03, « La brevetabilité des inventions dans le domaine des sciences de l'information et de la communication », *RTD com.* 2006. 341.

GALLOUX (J.-Ch.), KAMINA (P.)

– « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2024. 1388.

– « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2023. 1375.

– Note ss. CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2020. 1588.

– « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2019. 1578.

– Obs. ss. CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2018.1566.

GALLOUX (J.-Ch.), LAPOUSTERLE (J.)

Obs. ss. CJUE, 13 fév. 2014, *Grantszch*, aff. C-479/12, « Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2014. 2207.

GASNIER (J.-P.)

Comm. ss. Cass. com., 10 fév. 2015, n° 13-27.225, « L'absence de parti pris esthétique : CP (caractère propre) ? O (originalité) ? », *Propr. Indust.* n° 4, avr. 2015, comm. 30.

GAUBIAC (Y.)

Obs. ss. CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18, « La théorie de l'unité de l'art dans le droit de l'Union européenne », *Dalloz IP/IT* 2020. 626.

GAUDEMET-TALLON (H.)

Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, n° 13-21.827, « Divorce international : des précisions quant à la détermination de la loi applicable », *Rev. crit. DIP* n° 4, 2015, p. 940 et s.

GAUDRAT (Ph.)

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, *Eric Clapton*, n° 17-18.237, « Non-épuisement du droit de divulgation (par donation du support) », *RTD com.* 2019. 127.

– Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, aff. C-604/10, « Conditions de protection des bases de données au titre du copyright communautaire », *RTD com.* 2013. 739.

GAUTIER (P.-Y.)

– Obs. ss. CA Versailles, 30 novembre 2018, n° 17/08754, « Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts », *Dalloz IP/IT* 2019. 101.

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle" », *JCP G* n° 18, 5 mai 1999, II, 10078.

– Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Consorts Huston c. Société Turner entertainment CO*, nos 89-19.522 et 89-19.725, « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », *Rev. crit. DIP* 1991. 752.

GEIGER (Ch.)

Comm. ss. U.S. Copyright Office, Review Board, 14 fév. 2022, aff. ID 1-3ZPC6C3, « De l'Intelligence Artificielle comme auteur ? », *Propr. Intell.* n° 85, oct. 2022, p. 80 et s.

GHISLARD (T.)

Obs. ss. CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17, « Saveur - L'identification des fragrances et des saveurs en droit de la propriété intellectuelle », *Propr. Indust.* n° 2, fév. 2019, étude 3.

GREFFE (P.)

– Comm. ss. CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 oct. 2020, n° 18/27357, « Recevabilité à agir – Personne morale – Droit moral », *Propr. Indust.* n° 12, déc. 2020, comm. 72.

- Comm. ss. CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 20 nov. 2018, n° 17/18198, « Impression visuelle d'ensemble et risque de confusion », *Propr. Indust.* n° 7-8, juil. 2019, comm. 39.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, *Thierry Berthelot c. Van Cleef & Arpels*, n° 12-26.409, « Les œuvres collectives et les salariés », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2014, comm. 23.
- Comm. ss. Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-22.013, « Contrefaçon de dessin ou modèle : pas de risque de confusion », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2008, comm. 44.
- Obs. ss. Cass. com., 13 fév. 1996, n° 94-12.102, « Dessins et modèles. Conditions de protection : nouveauté et originalité », *D.* 1998. 290.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *Aréo*, n° 91-16.543, « Propriété littéraire et artistique », *JCP G* n° 27, juil. 1993, II 22085.

GROFFE-CHARRIER (J.)

« Jeu vidéo et droit d'auteur : suite de l'affaire *Steam c/ UFC* », *Dalloz actualité*, 14 déc. 2022.

GUILLEBON (Th.)

Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 12 oct. 2016, *Aleksandrs Rankes*, aff. C-166/15, « La portée de la jurisprudence Usedsoft sur la revente de copies de sauvegarde de logiciels », *JCP E* n° 13-14, mars 2017, 1189.

HUGON (Ch.)

Comm. ss. Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961 (1^{ère} esp.), « Application du droit commun de l'article 1382 et absence d'abus de la liberté d'expression », *JCP G* n° 23, 4 juin 2008, II 10106.

KAHN (A.-E.)

- Note ss. TJ Nanterre, 1^{ère} ch., 28 juin 2024, n° 18/06332, « Le Boléro de Ravel demeure dans le domaine public », *LEPI* n° 9, oct. 2024, p. 1.
- « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2022, chron. 10.
- Note ss. CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 22 sept. 2020, *Natkin Paris c. Massimo Dutti*, n° 18/10181, « Annulation de modèles et refus de protection du droit d'auteur pour une ballerine pliable », *LEPI* n° 1, janv. 2021, p. 3.
- « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2018, chron. 10.
- Comm. ss. CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16, « Interprétation de l'exception de reproduction à des fins d'illustration », *Dalloz IP/IT* 2018. 190.
- « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2017, chron. 10.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, n°s 15-28.467 et 16-11.759, « *Dialogues des Carmélites* : atteinte disproportionnée au droit moral », *JAC* 2016, n°39, p. 32.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, *Thierry Berthelot c. Van Cleef & Arpels*, n° 12-26.409, « Un an de droit de la mode », *Comm. com. élec.* n° 9, sept. 2014, chron. 8.

KAMINA (P.)

- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2023, n° 22-23.266, « Pour le départ du délai de prescription de l'action en contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2024, comm. 3.
- Comm. ss. CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 15 nov. 2022, n° 454477, « Une rémunération proportionnelle n'est pas nécessairement appropriée... Précisions sur la négociation des accords professionnels étendus », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2023, comm. 1.
- Comm. ss. CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 21 oct. 2022, *Sté Valve c. UFC – Que Choisir*, n° 20/15768, « Pas d'épuisement pour la revente de jeux vidéo dématérialisés – Conditions de validité des licences sur les contenus contribués par les utilisateurs », *Comm. com. élec.* n° 12, déc. 2022, comm. 80.

- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-15.386, « La Cour de cassation tranche sur le prétendu non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la contrefaçon », *Comm. com. élec.* n° 11, novembre 2022, comm. 72.
- Comm. ss. CA Douai, 1^{ère} ch., 2^e sect., 22 sept. 2022, n° 21/06332 : « Prescription de l'action en contrefaçon en présence d'actes s'inscrivant dans la durée », *Comm. com. élec.* n° 11, nov. 2022, comm. 73.
- Comm. ss. CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, aff. C-762/19, « La CJUE restreint fortement la portée du droit sui generis », *Comm. com. élec.* n° 1, janv. 2022, comm. 1.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19, « Hyperliens : la CJUE impose une formalité en droit d'auteur et renforce l'épuisement du droit de communication au public », *Comm. com. élec.* n° 5, mai 2021, comm. 34.
- Comm. ss. Cass. com., 28 janvier 2003, n° 00-10.657, « Nouveauté = originalité », *Propr. Indust.* n°4, avr. 2003, comm. 32.

LAPORTE-LEGEAIS (M.-E.)

Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Lévinas, épouse Hansel c. Éd. Grasset et Fasquelle*, n° 09-67.515, « Étendue du droit de divulgation de l'œuvre posthume », *JCP E* n° 25, juin 2010, 1602.

LAPOUSTERLE (J.)

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, *Eric Clapton*, n° 17-18.237, « De l'art d'exercer le droit de divulgation en matière artistique : épilogue de l'affaire de "La jeune fille au bouquet" », *Dalloz IP/IT* 2019. 318.

LARRIEU (J.)

- Comm. ss. CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, aff. C-762/19, « Bases de données : le droit sui generis en péril ? », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2022, comm. 5.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 15-28.352, « Du parasite dans le son et lumière », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2018, comm. 42.
- Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, aff. C-604/10, « L'originalité d'un calendrier de matchs de football », *Propr. Indust.* n° 10, oct. 2012, comm. 75.

LARRIEU (J.), LE STANC (Ch.), TREFIGNY (P.)

- Note ss. CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19, « Droit du numérique », *D.* 2021. 2152.
- Obs. ss. CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12, « Droit du numérique », *D.* 2014. 2317.
- Obs. ss. CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, aff. C-323/09, « Droit du numérique », *D.* 2012. 2343.
- Obs. ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, aff. jtes C-236/08, *Google France c. Viaticum et Luteciel*, C-237/08, *Google France c. CNRRH e. a.*, C-238/08, « Droit du numérique », *D.* 2010. 1966.

LATIL (A.)

« Les exceptions aux droits d'auteur : une mise en balance sous surveillance », *Dalloz IP/IT* 2020. 317.

LEBOIS (A.)

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n° 16-13.427, « Notion d'œuvre de collaboration », *LEPI* n° 7, juil. 2017, p. 2 et s.

– Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 juil. 2014, n° 13-16.465, « La présomption de titularité de l'exploitant est subordonnée à la seule preuve de l'exploitation », *LEPI* n° 9, oct. 2014, p. 2.

LENOIR (P.-E.)

« La pratique administrative du droit des brevets. Comparaison du système de protection des logiciels et méthodes commerciales par le brevet en Europe et aux Etats-Unis : retour sur l'affaire *Bilski vs. Kappos* », *RLDI* n° 77, 1^{er} déc. 2011.

LE STANC (Ch.)

– Obs. ss. CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18, « Droit d'auteur et objet fonctionnel : précisions », *Propr. Indust.* n° 9, sept. 2020, repère 8.

LEVENEUR (L.)

Comm. ss. Cass. com., 20 mai 2014, *Féd. française de rugby c. Sté Auto Picardie et a.*, n° 13-12.102, « Un annonceur peut-il se référer à une rencontre d'une grande compétition sans autorisation de la Fédération sportive ? », *Cont. conc. cons.* n° 8-9, août-sept. 2014, comm. 186.

LUCAS (A.)

– Note ss. CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 15 nov. 2022, n° 454477, « Transposition insuffisante de l'article 18 de la directive (UE) n° 2019/790 posant le principe d'une rémunération appropriée », *LEPI* n°1, janv. 2023, p. 3.

– « Contrats – Rémunération appropriée – Obligation de transparence – Révision de la rémunération – Procédure extrajudiciaire de règlement des litiges – Droit de révocation », *Propr. Intell.* n° 72, juil. 2019, p. 45 et s.

LUCAS-SCHLOETTER (A.)

– Note ss. CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12, « La CJUE se prononce sur la licéité du linking », *LEPI* n° 4, avr. 2014, p. 1.

MALAUURIE-VIGNAL (M.)

– Comm. ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, aff. jtes C-236/08, *Google France c. Viaticum et Luteciel*, C-237/08, *Google France c. CNRRH e. a.*, « Google : problèmes posés par le référencement de mots-clés », *Cont. conc. cons.* n° 5, mai 2010, comm. 132.

MANARA (C.)

– Comm. ss. CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, aff. C-323/09, « Publicité sur des moteurs de recherche : contrefaçon ou parasitisme », *D.* 2011. 2332.

– Obs. ss. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 30 avr. 2003, n° 2001/14371, « Une marque sert aussi à critiquer son titulaire », *D.* 2003. 1760.

MARECHAL (C.)

– Comm. ss. CJUE, 4^e ch., 22 janv. 2015, *Art & Allposters International BV*, aff. C-419/13, « Épuisement du droit de distribution et reproduction de l'œuvre », *D.* 2015. 776.

– Comm. ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, aff. jtes C-236/08, *Google France c. Viaticum et Luteciel*, C-237/08, *Google France c. CNRRH e. a.*, « Service de référencement payant d'un moteur de recherche : un arrêt attendu mais des solutions ambiguës », *Légipresse* 2010. 158.

MARINO (L.)

– Note ss. CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12, « Arrêt Svensson : la CJUE like le linking ! », *Gaz. Pal.* n° 198, juil. 2014, p. 17.

– Comm. ss. Trib. UE, 6^e ch., 6 juin 2013, *Erich Kastenbolz c. OHMI et Qwatchme A/S*, aff. T-68/11, « Le caractère individuel chevauche la nouveauté », *Propr. Indust.* n° 9, sept. 2013, comm. 61.

MARMAYOU (J.-M.)

Comm. ss. Cass. com., 20 mai 2014, *Féd. française de rugby c. Sté Auto Picardie et a.*, n° 13-12.102, « Le droit d'exploitation des organisateurs sportifs : monopole finalisé ou droit absolu ? », *D.* 2014. 1428.

MARTI (G.), CLUZEL-METAYER (L.), MERABET (S.)

– « Droit et Intelligence artificielle », *JCP G* n° 26, 3 juil. 2023, doctr. 818.

– « Droit et Intelligence artificielle », *JCP G* n° 48, 5 déc. 2022, doctr. 1385.

– « Droit et Intelligence artificielle », *JCP G* n° 24, juin 2022, doctr. 760.

MAXIMIN (N.)

– Obs. ss. CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19, « Mesures de protection contre la transclusion et communication au public », *Dalloz IP/IT* 2021. 176.

– Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17, « Soumission du sampling à l'autorisation du producteur de phonogrammes », *Dalloz IP/IT* 2019. 465.

– Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, « Liberté d'expression, droit d'auteur et documents militaires classifiés », *Dalloz IP/IT* 2019. 464.

MENDOZA-CAMINADE (A.), LE STANC (Ch.), TREFIGNY (P.)

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-16.307, « Droit du numérique », *D.* 2023. 2150.

MERLOZ (F.)

« Un pas en avant vers l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *Dalloz actualité*, 12 avr. 2023.

MOURON (Ph.)

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 15-28.352, « Le concept de la cathédrale d'images au regard du droit d'auteur », *Dalloz IP/IT*, 2018. 425.

PICOD (F.)

Obs. ss. CJUE, 4^e ch., 22 janv. 2015, *Art & Allposters International BV*, aff. C-419/13, « De l'affiche à la toile », *JCP G* n° 5, fév. 2015, act. 133.

POLLAUD-DULIAN (F.)

– Obs. ss. CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 15 nov. 2022, n° 454477, « Proportionnelle, proportionnée, juste ou appropriée : jeux avec les qualificatifs de la rémunération », *RTD com.* 2023. 343.

– Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2022, *Rousseau c. Launic*, n° 20-19.034, « Validité d'un procès-verbal de saisie-contrefaçon et recevabilité de l'action en contrefaçon : la Cour de cassation fait sauter tous les mauvais obstacles », *RTD com.* 2022. 273.

– Obs. ss. CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18, « Droit d'auteur sur la forme d'un vélo : c'est plié ! », *RTD com.* 2020. 621.

– Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, aff. C-516/17, « Nouvelle interprétation des exceptions et promotion de la liberté d'expression : les coups de boutoir de la CJUE contre le droit d'auteur », *RTD com.* 2020. 83.

– Comm. ss. CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17, « Sampling et droit de reproduction : exceptions et liberté de création à l'assaut du droit exclusif », *RTD com.* 2020. 74.

– Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, aff. C-683/17, « Unité de l'art et définition de l'œuvre originale : la CJUE dissipe des incertitudes », *RTD com.* 2020. 54.

- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, *Eric Clapton*, n° 17-18.237, « Les tribulations de *La Jeune fille au bouquet* et de la pochette de *Layla*, ou le droit moral entre deux eaux », *RTD com.* 2019. 91.
- Note ss. CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17, « Saveur ou fragrance d'un produit et droit d'auteur : le goût du "Heksenkaas" n'ensorcelle pas la Cour de justice », *D.* 2018. 2464.
- Comm. ss. CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 16 mars 2018, n° 15/06029, « Affaire *Klasen c/ Malka*, l'arrêt sur renvoi : comme un boomerang ? », *RTD com.* 2018. 345.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, n°s 15-28.467 et 16-11.759, « Mise en scène. Droit au respect de l'œuvre. Liberté de création », *RTD com.* 2017. 891.
- Obs. ss. CJUE, 9^e ch., 18 janv. 2017, *New Wave CZ c. Alltoys*, aff. C-427/15, « Contrefaçon. Droit d'information. Directive 2004/48 du 29 avril 2004. Procédure clôturée », *RTD com.* 2017.
- Comm. ss. Cass. com., 6 sept. 2016, *Tricotage des Vosges c. Phildar*, n° 14-15.286, « Originalité. Nouveauté. Caractère propre. Unité de l'Art. Dessins et modèles », *RTD com.* 2016. 735.
- Note ss. Cass. crim., 13 oct. 2015, n° 14-88.485, « Sanctions civiles. Calcul du forfait », *RTD com.* 2016. 121.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, *Alix Malka c. Peter Klasen*, n° 13-27.391, « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral. CEDH », *RTD com.* 2015. 515
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, *Alix Malka c. Peter Klasen*, n° 13-27.391, « Photographies. Originalité. Preuve », *RTD com.* 2015. 509.
- Obs. ss. CJUE, 4^e ch., 22 janv. 2015, *Art & Allposters International BV*, aff. C-419/13, « Droit de distribution. Épuisement. Changement de support. Destination », *RTD com.* 2015. 283.
- Comm. ss. CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12, « Droit de communication au public. Notion. Extension. Hyperliens », *RTD com.* 2014. 600.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *ABC News c. Etcheverry, Peyrano et Moussus*, n°s 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, « Droit international. Convention de Berne. Conflit de lois. Titularité initiale », *RTD com.* 2013. 725.
- Obs. ss. Cass. soc., 24 avr. 2013, n°s 10-16.063 et 10-30.676, « Catalogue de vente aux enchères. Photographies d'œuvres d'art. Mise en ligne. Contrefaçon. Parasitisme », *RTD com.* 2013. 669.
- Obs. ss. CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, aff. C-128/11, « Droit de distribution. Épuisement. Programme d'ordinateur. Copie », *RTD com.* 2012. 542.
- Obs. ss. CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *Marco Del Corso*, aff. C-135/10, « Droits voisins. Communication au public. Cabinet dentaire. Rémunération équitable », *RTD com.* 2012. 325.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, n° 11-10.132, « Œuvre collective. Présomption de titularité. Droit moral », *RTD com.* 2012. 321.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, aff. C-403/08, « Télédiffusion par satellite. Libre prestation de services. Libre concurrence. Reproduction. Exception. Communication au public », *RTD com.* 2011. 744.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2010, *Société Edena c. Société PGM*, n° 09-66.160 et Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2011, *Société Anitsa c. Société Fashion B. Air*, n° 09-14.505, « Personne morale. Présomption de titularité des droits d'exploitation », *RTD com.* 2011. 103.
- Obs. ss. T. com. Paris, 15^e ch., 5 fév. 2010, *AFP c. Topix Technologies, Topix Presse*, n° 2008/003338, *RTD com.* 2011. 98.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Lévinas, épse Hansel c. Éd. Grasset et Fasquelle*, n° 09-67.515, « Droit de divulgation. Œuvres posthumes. Contrat d'édition. Indivision », *RTD com.* 2010. 303.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petrucciani c. SA Francis Dreyfus Music*, n° 07-12.109, « Artiste-interprète. Droit moral. Droit de divulgation », *RTD com.* 2009. 318.
- Obs. ss. CA Paris, 4^e ch. 13 fév. 2009, n° 07/2113, *Les démons de minuit*, « Droit au respect de l'oeuvre. Oeuvres musicales. Oeuvre dérivée. Pot-pourri », *RTD com.* 2009. 305.
- Obs. ss. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 4 mars 2009, n° 07/12226, « Photographies d'œuvres d'art. Originalité. Qualité d'auteur. CD-rom. Droit moral », *RTD com.* 2009. 300.

- Comm. ss. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 10 sept. 2008, n° 07/5030, « Originalité. Photographies. Schémas techniques », *RTD com.* 2008. 736.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-19.294, « Règles générales. Obligation de déterminer le domaine des droits cédés quant à la destination, la durée, le lieu et l'étendue. Portée », *RTD com.* 2007. 363.
- Comm. ss. Cass. 2^e civ., 19 oct. 2006, *CNMRT c. Sté JT International GmbH et a.*, n° 05-13.489, « Protection de la marque et droit de liberté d'expression d'une association dans le cadre d'une campagne anti-tabac », *JCP G* n° 48, nov. 2006, II 10195.

PORTRON (A.)

- Comm. ss. CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18, « Quand l'unité de l'art permet la reconnaissance implicite de la nature intelligible de l'œuvre en droit d'auteur européen », *JCP E* n° 41, 8 oct. 2020, 1385.
- Comm. ss. CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, déc. préc., « Quand l'unité de l'art permet la reconnaissance implicite de la nature intelligible de l'œuvre en droit d'auteur européen », *JCP E* n° 41, oct. 2020, 1385.

RAYNARD (J.)

- Comm. ss. Cass. com., 25 avr. 2006, *Puech c. Saïed et a.*, n° 04-19.482, « Le stagiaire non salarié enfin réhabilité ! », *Prop. Indust.* n° 9, sept. 2006, comm. 62.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizeau et a.*, n° 91-15.915, « Droit moral. Champ d'application. Défense de l'intégrité des œuvres, du nom et de la qualité de l'auteur. Défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi (non). Article de presse mettant en cause certains épisodes et sympathies supposées de l'auteur. L. 11 mars 1957. Application (non). Défaut de mention d'un quelconque écrit de l'auteur », *JCP G* n° 46, nov. 1993, II 22161.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Consorts Huston c. Société Turner entertainment CO*, n° 89-19.522 et 89-19.725, « Un film américain créé en noir et blanc ne peut être diffusé en France dans une version colorée », *D.* 1993. 197.

REBOUL-MAUPIN (N.)

- Obs. ss. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450, « Image des biens : droit exclusif et trouble anormal », *D.* 2004. 2406.

REVET (Th.)

- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Lévinas, épouse Hansel c. Éd. Grasset et Fasquelle*, n° 09-67.515, « Le droit de divulgation et la propriété de l'œuvre », *RTD civ.* 2010. 348.
- Obs. ss. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450, « Image des biens », *RTD civ.* 2004. 528.

SAINTE-ROSE (J.)

- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 juil. 1999, *Leclaire*, n° 90-43.749, « La distinction entre artiste-interprète et artiste de complément », *D.* 2000. 209.

SIIRIAINEN (F.)

- Comm. ss. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450, « Une autre image de "l'image des biens"... et de la propriété », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2004, étude 35.

SIRINELLI (P.)

- Obs. ss. TJ Nanterre, 1^{ère} ch., 28 juin 2024, n° 18/06332, « Ô temps... », *Dalloz IP/IT* 2024. 377.
- Obs. ss. Cass. com., 8 avr. 2014, n° 13-10.689, « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2014. 2078.

- Comm. ss. Cass. civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24.145, « Chronique de jurisprudence – Accès à la protection », *RIDA* n° 244, avr. 2015, p. 217 et s.
- Obs. ss. CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *Marco Del Corso*, aff. C-135/10, « Chronique de jurisprudence – Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RIDA* n° 232, avr. 2012, p. 417 et s.
- Obs. ss. CJUE, 3^e ch., 1^{er} déc. 2011, *Eva Maria Painer*, aff. C-145/10, « Chronique de jurisprudence – Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RIDA* n° 232, avr. 2012, p. 325 et s.
- « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2011. 2164.
- Obs. ss. T. com. Paris, 15^e ch., 5 fév. 2010, *AFP c. Topix Technologies, Topix Presse*, n° 2008/003338, *D.* 2011. 2166.
- Obs. ss. CA Paris, 4^e ch., 7 juin 2000, « Un auteur, artiste-interprète, dispose d'un droit discrétionnaire de contrôle de l'usage de son œuvre et de sa prestation », *D.* 2001. 2555.

TAFFOREAU (P.)

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 11-20.900, « Un an de droits voisins », *Comm. com. élec.* n° 10, oct. 2013, chron. 9.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-14.525, « Usage du nom d'un auteur pour désigner un produit : le droit moral ne joue plus », *Légipresse* 2013. 474.

TREBULLE (F. G.)

- Obs. ss. Trib. UE, 3^e ch., 2 mars 2010, *Arcelor*, aff. T-16/04, « Droit de l'environnement », *D.* 2010. 2468.

TREFIGNY (P.)

- Comm. ss. Trib. UE, 8^e ch., 10 déc. 2015, *Futbol Club Barcelona c. OHMI*, aff. T-615/14, « Écusson et marques : insignes certes, mais pas un signe... », *Propr. Indust.* n° 3, mars 2016, comm. 19.
- Comm. ss. Cass. com., 25 mars 2014, *Lézard Graphique*, « Pas de lézard... Enfin si ! », *Propr. Indust.* n° 6, juin 2014, comm. 47.
- Comm. ss. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 nov. 2005, *Sté Esso c. Assoc. Greenpeace France*, n° 04/12417, « La libre critique esquive – définitivement ? – le droit des marques... », *Propr. Indust.* n° 1, janv. 2006, comm. 4.

TREPOZ (E.)

- Obs. ss. CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, aff. C-683/17, « Droit européen de la propriété intellectuelle - La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD eur.* 2019. 930.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites*, n°s 15-28.467 et 16-11.759, « Retour sur la dénaturation contextuelle du dialogue des Carmélites », *Légipresse* 2017. 438.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, *Alix Malke c. Peter Klasen*, n° 13-27.391, « Klasen : liberté de création en tension », *JAC* 2016, n° 39, p. 28.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2015, n° 14-22.207, « De la difficile détermination du propriétaire du support d'une œuvre d'art », *JCP G* n° 6, 8 février 2016, act. 153.
- Comm. ss. CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12, « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », *RTD eur.* 2014. 965.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *ABC News c. Etcheverry, Peyrano et Moussus*, n°s 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *JCP G* n° 25, juin 2013, act. 701.
- Obs. ss. CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *Marco Del Corso*, aff. C-135/10, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – Le juge européen et les normes internationales en matière de droit d'auteur », *RTD eur.* 2012. 964.

- Obs. ss. CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, aff. C-128/11, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La difficile adaptation de la théorie de l'épuisement à la dématérialisation », *RTD eur.* 2012. 947.
- Comm. ss. CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, aff. C-403/08, « L'épuisement du droit de représentation : outil contesté d'un marché unique numérique », *RTD eur.* 2011. 855.
- Obs. ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, aff. jtes C-236/08, *Google France c. Viaticum et Luteciel*, C-237/08, *Google France c. CNRRH e. a.*, « Droit européen de la propriété intellectuelle » *RTD eur.* 2010. 939.

VARET (V.)

- Comm. ss. Aut. conc., 15 mars 2024, n° 24-D-03, « IA et droit voisin des éditeurs de presse : brèves observations sur la décision de l'Autorité de la concurrence n° 24-D-03 du 15 mars 2024 concernant Google », *Légipresse* 2024. 301.
- « Droit d'auteur et liberté d'expression : la Cour de justice entre régression et innovation », *Légipresse* 2019. 541.
- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, n° 11-10.132, « Œuvre collective et droit moral : un point de plus pour le droit d'auteur "économique" », *Légipresse* 2012. 377.

VIGAND (P.)

- Comm. ss. CA Colmar, 11 sept. 2012, *A. Remonato c. A. Moos*, n° 08/01612, « Action en revendication d'un brevet français et du brevet européen correspondant », *Propr. Indust.* n° 2, fév. 2013, comm. 8.
- Comm. ss. TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 15 nov. 2006, *Sonle c. Hager-electro : PIBD 2007*, n° 846, III, p. 103, « Attention aux droits antérieurs », *Propr. Indust.* n° 11, nov. 2007, comm. 85.

VIVANT (M.)

- Comm. ss. OEB, div. opp., 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute*, JOOEB 1995, 388, « Sur l'exigence d'invention », in *GAPI*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 487 et s.
- Note ss. CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17, « L'Europe à la recherche des frontières : insipide saveur ? », *Propr. Intell.* n° 71, avril 2019, p. 116 et s.
- Comm. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *ABC News c. Etcheverry, Peyrano et Moussus*, n°s 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, « Droit d'auteur : déroutante territorialité », *D.* 2013. 1973.

ZENATI (F.)

- Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699, « Notion de propriété », *RTD civ.* 1999. 859.

ZOLLINGER (A.)

- Obs. ss. TA Paris, sect. 5, ch. 4, 3 mai 2024, n°s 2220291 et 2221455, « Conciliation entre droit d'auteur et accès aux documents administratifs », *LEPI* n° 7, juil. 2024, p. 3.
- Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2023, n° 22-23.266, « Règles de prescription au regard de la nature duale de l'action civile en contrefaçon », *LEPI* n° 1, janv. 2024, p. 7.

V. DICTIONNAIRES, RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

DICTIONNAIRES

ACADEMIE FRANÇAISE

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd.

BERNAULT (C.), CLAVIER (J.-P.)

Dictionnaire de la propriété intellectuelle, Ellipses, 2^e éd., 2015.

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.)

Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006.

CNRS

CRNTL.

CORNU (G.)

Vocabulaire juridique, PUF, 15^e éd., 2024.

CORNU (M.), ORSI (F.), ROCHFELD (J.) (dir.)

Dictionnaire des biens communs, PUF, 2^e éd., 2021.

Dictionnaires Le Robert

ECHAUDEMAISON (C.-D.) (dir.)

Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, éd. Nathan, 2013.

LALANDE (A.)

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 2010.

LA LANGUE FRANÇAISE

Dictionnaire La langue française.

LAROUSSE

– *Dictionnaire Larousse*.

– *Dictionnaire érudit de la langue française*, 2009.

REY (A.) (dir.)

Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2010.

RUSS (J.)

Dictionnaire de philosophie, Armand Colin, 4^e éd., 2018.

SILEM (A.) (dir.)

Lexique d'économie, Dalloz, 16^e éd., 2024.

RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES**ALLAEYS (Ph.)**

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Droits voisins du droit d'auteur. – Droits des producteurs de phonogrammes (CPI, art. L. 213-1) », Fasc. 1440, LexisNexis, 1^{er} sept. 2023.

BASIRE (Y.), LE GOFFIC (C.)

Rép. dt. commercial, v. « Dessins et modèles », avr. 2023, māj. juil. 2024.

BENSAMOUN (A.), GROFFE (J.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L.112-2) », Fasc. 1134, LexisNexis, 2 mai 2019, māj. 15 sept. 2024.

BERGE (J.-S.)

J.-Cl. Droit international, « Protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle », Fasc. 572-115, LexisNexis, 10 juil. 2023.

BERNAULT (C.), LEBOIS (A.)

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », Fasc. 1135, LexisNexis, 15 juil. 2021, māj. 15 sept. 2024.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », Fasc. 1267, LexisNexis, 20 déc. 2020, māj. 15 juin 2023.

BINCTIN (N.)

J.-Cl. Lois pénales spéciales, « Contrefaçon de brevet », Fasc. 20, LexisNexis, 19 sept. 2021.

BONET (G.), SABBAN (J.)

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Synthèse – Marques. Signes protégeables », LexisNexis, 14 juin 2021.

BOUCHE (N.)

Le Lamy droit commercial, māj. avr. 2023.

BOUVEL (A.)

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Distinctivité en soi et caractère arbitraire du signe », Fasc. 7112, LexisNexis, 11 janv. 2021, māj. 10 janv. 2024.

BURST (J.-J.), BASIRE (Y.)

J.-Cl. Brevets, « Licence de brevets. – Effets du contrat de licence. – Fin du contrat de licence », Fasc. 4741, LexisNexis, 2 juil. 2013, māj. 6 juin 2024.

CANLORBE (J.)

J.-Cl. Marques - Dessins et modèles, « Contrefaçon de marque. – Usage illicite de marque », Fasc. 7513, LexisNexis, 1^{er} avr. 2017, māj. 19 sept. 2024.

CHATRY (S.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Protection des photographies (CPI, art. L. 112-2) », Fasc. 1150, LexisNexis, 1^{er} janv. 2020, māj. 10 mars 2023.

CLEMENT-FONTAINE (M.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « L'œuvre libre », Fasc. 1975, LexisNexis, 31 déc. 2023, māj. 1^{er} juin 2024.

COHET (F.)

Rép. dt. civ., v. « accession », avr. 2016, māj. janv. 2024.

DE CANDE (P.)

– *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Contrefaçon. – Définition et caractères généraux », Fasc. 3410, LexisNexis, 15 fév. 2020, mäj. 1^{er} juin 2023.

– *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Nouveauté. Caractère propre. Originalité », Fasc. 3230, LexisNexis, 30 juin 2019, mäj. 15 sept. 2024.

DE HAAS (Ch.)

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Saisie-contrefaçon », Fasc. 3470, LexisNexis, 25 déc. 2015, mäj. 19 sept. 2022.

DJOUDI (J.)

Rép. droit civ., v. « Revendication », juil. 2017, mäj. juin 2021.

DRAI (L.)

– *J.-Cl. Travail Traité*, « Créations et inventions de salariés », Fasc. 18-26, LexisNexis, 12 juil. 2021.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d’auteur. – Titulaires du droit d’auteur. Salariés (CPI, art. L. 111-1, al. 3) », Fasc. 1186, LexisNexis, 19 nov. 2019, mäj. 1^{er} juin 2024.

DREYER (E.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Procédures et sanctions. Contrefaçon. Éléments constitutifs (CPI, art. L. 335-2 et L. 335-3) », Fasc. 1610, LexisNexis, 15 avr. 2020, mäj. 1^{er} déc. 2023.

DRILLON (S.)

J.-Cl. Brevets, « La protection des logiciels par brevet d’invention – Étude du domaine de la brevetabilité », Fasc. 4221, LexisNexis, 3 fév. 2017, mäj. 2 mars 2020.

DURRANDE (S.)

– *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Atteintes à la marque. – Reproduction et imitation de marque », Fasc. 7511, LexisNexis, 15 juil. 2012, mäj. 5 juin 2023.

– *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Disponibilité des signes », Fasc. 7110, LexisNexis, 20 déc. 2010, mäj. 10 juin 2024.

FABRE (R.), FABRE (V.)

J.-Cl. Brevets, « Réservation du savoir-faire », Fasc. 4200, LexisNexis, 1^{er} janv. 2021.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A.)

– *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Licence de marque. – Conseils pratiques », Fasc. 7403, LexisNexis, 19 juil. 2023, mäj. 1^{er} déc. 2023.

– *J.-Cl. Marques – Dessins et modèles*, « Dessins et modèles communautaires », Fasc. 3700, LexisNexis, 12 mai 2016, mäj. 15 sept. 2024.

KAHN (E.-A.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Droits voisins du droit d’auteur. – Droits des artistes-interprètes. Définition de l’artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », Fasc. 1425, LexisNexis, 1^{er} juin 2019, mäj. 1^{er} juin 2024.

KAMINA (P.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Droit d’auteur. – Exploitation des droits. Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de production audiovisuelle (CPI, art. L. 132-23 à L. 132-30) », Fasc. 1340, LexisNexis, 1^{er} juin 2023.

KAPYRINA (N.)

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Synthèse – Exercice du droit sur les dessins et modèles », LexisNexis, 22 juil. 2022.

LE BIHAN (E.), DELORY (T.),

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Perte de droit à agir : forclusion par tolérance », Fasc. 7405-3, LexisNexis, 23 nov. 2020, mäj. 19 sept. 204.

LE GOFFIC (C.)

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Appellations d'origine et indications géographiques en droit français », Fasc. 8100, LexisNexis, 8 avr. 2018.

LE GOFFIC (C.), TARDIEU-GUIGUES (E.)

J.-Cl. Marques – Dessins et modèles, « Exploitation du droit de marque : l'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle », Fasc. 7400, LexisNexis, 8 fév. 2022, mäj. 18 sept. 2022.

LE STANC (Ch.)

J.-Cl. Brevets, « Exclusions de brevetabilité – Règles relatives au logiciel », Fasc. 4220, LexisNexis, 3 juin 2022, mäj. 4 oct. 2024.

LESTRADE (O.), MEYRUEIS (C.)

J.-Cl. Brevets, « Cession de brevet », Fasc. 4730, LexisNexis, 1^{er} août 2012, mäj. 13 sept. 2024.

LE TOURNEAU (Ph.)

– *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « Parasitisme. Notion de parasitisme », Fasc. 570, LexisNexis, 29 juil. 2023.

– *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, « Parasitisme. Régime juridique », Fasc. 571, LexisNexis, 29 juil. 2023.

– *Rép dt. Commercial*, v. « dépôt », avr. 2018, mäj. oct. 2020.

LUCAS (A.)

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur – Sources – Fondement – Nature », Fasc. 1112, LexisNexis, 1^{er} mars 2024.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition (CPI, art. L. 132-1 à L. 132-17-8) », Fasc. 1320, LexisNexis, 13 juin 2022, mäj. 15 sept. 2024.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif (CPI, art. L. 122-5 à L. 122-5-4 et L. 331-4 ; C. patr., art. L. 132-4). – Problématique générale », Fasc. 1248, LexisNexis, 1^{er} janv. 2022, mäj, 1^{er} juin 2024.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions générales (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9) », Fasc. 1310, LexisNexis, 31 mars 2022, mäj. 15 sept. 2024.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur. Titulaires du droit d'auteur. Logiciel (CPI, art. L. 113-9) », Fasc. 1195, LexisNexis, 1^{er} mai 2021, mäj. 1^{er} juin 2022.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, L.112-2) », Fasc. 1134, LexisNexis, 1^{er} sept. 2017, mäj. 25 fév. 2022.

LUCAS-SCHLOETTER (A.)

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit de l'Union européenne. – Droit d'auteur et droits voisins dans la liberté des échanges », Fasc. 1810, LexisNexis, 1^{er} avr. 2021.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droits des auteurs. Droit moral. Droit à la paternité (CPI, art. L. 121-1 et L. 113-6) », Fasc. 1214, LexisNexis, 1^{er} oct. 2019, mäj 1^{er} juin 2024.

MACREZ (F.)

J.-Cl. Brevets, « Activité inventive », *J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4250, LexisNexis, 1^{er} août 2019, maj. 13 sept. 2024.

MALLET-POUJOL (N.)

– *J.-Cl. Civil Annexes*, « Droit voisin des éditeurs et agences de presse », Fasc. 1495, LexisNexis, 1^{er} déc. 2021.

– *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, « Droit d’auteur des journalistes (CPI, art. L. 121-8) », Fasc. 1229, LexisNexis, 15 sept. 2019, maj. 1^{er} déc. 2023.

MARINO (L.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », Fasc. 1158, LexisNexis, 28 juil. 2015, maj. 1^{er} juin 2024.

MAYER (P.)

Rép. dt. international, v. « Lois de police », déc. 1998, maj. mars 2009.

PASSA (J.), LAPOUSTERLE (J.)

J.-Cl. Concurrence – Consommation, « Domaine de l’action en concurrence déloyale », Fasc. 240, LexisNexis, 19 juil. 2023.

PFISTER (L.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Histoire du droit d’auteur », Fasc. 1110, LexisNexis, 10 sept. 2010.

PIGNARRE (G.)

Rép. dt. civ., v. « dépôt », nov. 2017, maj. avr. 2021.

ROBIN (A.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Droit des auteurs. – Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d’exploitation. Présentation (CPI, art. L. 122-1 à L. 122-9) », Fasc. 1240, LexisNexis, 1^{er} mars 2020.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)

J.-Cl. Brevets, « Nouveauté », Fasc. 4260, LexisNexis, 1^{er} mai 2008, maj. 13 sept. 2024.

STRENGER (J.-P.), POCHAT (F.), MILLON DE LA VERTEVILLE (O.)

J.-Cl. Brevets, « Saisie-contrefaçon – Recours après saisie-contrefaçon », Fasc. 4634, LexisNexis, 28 juin 2023, maj. 6 juin 2024.

TERRIER (E.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Objet du droit d’auteur. – Titulaires du droit d’auteur. Agents publics (CPI, art. L. 111-1, al. 3) », Fasc. 1187, LexisNexis, 2 août 2022, maj. 15 sept. 2024.

TREPOZ (E.)

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, « Nature du droit d’auteur – Objet matériel (CPI, art. L. 111-3) », Fasc. 1130, LexisNexis, 20 sept. 2022, maj. 1^{er} déc. 2023.

VIVANT (M.) (dir.)

Lamy droit du numérique, LexisNexis, maj. avr. 2022.

VI. RAPPORTS

ASSOCIATION H. CAPITANT

- *Projet de Code européen des affaires. Livre 10 : Droit de la propriété intellectuelle*, 29 sept. 2023, accessible sur <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2023/10/Livre-10-Droit-de-la-propriete-intellectuelle.pdf>.
- *Avant-projet de réforme du droit des biens. Propositions de réforme du Livre II*, 15 mai 2009, accessible sur <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2023/02/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf>.

ASSOULINE (D.), KANNER (P.), DAUNIS (M.), e. a.

Proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, Sénat n° 705, 5 sept. 2018.

BETEILLE (L.)

Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, Doc. Sénat 2007, n° 420, accessible sur <https://www.senat.fr/rap/106-420/106-420.html>.

CIPC

Patent journal, vol. 54 n° 7, juil. 2021, accessible sur https://iponline.cipc.co.za/Publications/PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf.

COMBEAU (J.) (rapporteur du groupe français)

« Brevetabilité des méthodes commerciales », AIPPI, accessible sur https://www.aippi.fr/upload/Melbourne%202001%20Q155%20156%20157%20158%20159/gr158france_fr.pdf.

CSPLA

- *Rapport de la mission sur la réforme européenne du droit sui generis des bases de données*, 12 juil. 2022.
- *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, 11 oct. 2018.
- *Mission droit de communication au public*, déc. 2016.
- *Rapport de la commission spécialisée portant sur la création des agents publics*, 19 déc. 2001.

FRANCESCHINI (L.)

- *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, CSPLA, 13 fév. 2018.
- *Rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, CSPLA, juil. 2016.

GOSSELIN (Ph.)

Rapport sur le projet de loi (n° 175), adopté par le Sénat, de lutte contre la contrefaçon, AN, 26 sept. 2007, n° 178, accessible sur <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0178.asp>.

JOLIBOIS (Ch.)

Rapport sur le projet de loi portant mise en œuvre de la dir. 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Sénat, n°311, 6 avr. 1994.

OMC

Rapport du Groupe spécial Etats-Unis – Article 110, 5), de la loi sur le droit d'auteur, 15 juin 2000, WT/DS160/R, n° 6.180, accessible sur

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/160R-00.pdf&Open=True>.

U.S. CONGRESS

Senate Report n° 1979, 82d Cong., 2d Sess. (1952), accessible sur https://ipmall.law.unh.edu/sites/default/files/hosted_resources/lipa/patents/Senate_Report_No_1979.pdf

VII. SOURCES NON JURIDIQUES

OUVRAGES

ARISTOTE

La poétique, trad. Ch. Batteux, Jules Delalain et fils, 1874.

BERGSON (H.)

Le rire. Essai sur la signification du comique, PUF, 6^e éd., 1991.

CARNOT (L. N. M.)

Mémoire sur la relation qui existe entre les distances respectives de cinq points quelconques pris dans l'espace suivi d'un Essai sur la théorie des transversales, Courcier, 1806.

CHENG (F.)

Quand reviennent les âmes errantes, Albin Michel, 2012.

DESCARTES (R.)

Discours de la méthode, Flammarion, 2016.

DREYFUS (H.), RABINOW (P.)

Michel Foucault, un parcours philosophique – au-delà de l'objectivité et de la subjectivité, Gallimard, 1984.

GARDNER (H.)

Les intelligences multiples, trad. Ph. Evans-Clark, M. Muracciole, N. Weinwurz, éd. Retz, 2008.

GRAWITZ (M.)

Méthodes des sciences sociales, Dalloz, 11^e éd., 2000.

GUATTARI (F.)

Psychanalyse et transversalité. Essai d'analyse institutionnelle, éd. La Découverte, 2003.

HAWKINS (S. W.)

Une brève histoire du temps : du big bang aux trous noirs, Flammarion, 2022.

KAPLAN (A)

The conduct of inquiry, Transaction Publishers, 1964.

MARX (K.)

Le capital, trad. J. Roy, éd. Maurice Lachatre et cie, 1872, accessible sur <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1232830/f1n351.pdf>.

MORIN (E.)

La méthode. 3. Connaissance de la connaissance, éd. Points, 2014.

PRADEAU (J.-F.) (dir.)

Platon, les formes intelligibles : sur la forme intelligible et la participation dans les dialogues platoniciens, PUF, 2001.

RICARDO (D.)

Des principes de l'économie politique et des impôts, trad. F. S. Constancio, A. Fonteyraud, Flammarion, 1977.

SHANNON (C. E.), WEAVER (W.)

The Mathematical Theory of Communication, University of Illinois Urbana Press, 1949.

SMITH (A.)

Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations I et II, trad. G. Garnier, Flammarion, rééd. 2022.

SPOONER (L.)

Plaidoyer pour la propriété intellectuelle, éd. Les Belles Lettres, 2012.

THOM (R.)

Stabilité structurelle et morphogenèse : essai d'une théorie générale des modèles, InterEditions, 2^e éd., 1977.

WEBER (M.)

L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, trad. I. Kalinowski, Flammarion, 4^e éd., 2017.

ARTICLES

AMSTUTZ (D.)

« D'absolu à absolutisme : enquête sur un intraduisible historiographique », *Littératures classiques* n° 96, fév. 2018, p. 21 et s.

BAREL (Y.)

« Propos de travers ou : de la transversalité », in *Dictionnaire critique de la communication*, t. 1, L. Sfez (dir.), PUF, 1993, p. 181 et s.

BIDAR (A.)

« Enfants d'Abraham, qu'avez-vous donc fait de votre héritage ? », *Le Monde*, 18 avr. 2024, p. 23.

BONNET (C.)

« Les sens chimiques », in *Perception et réalité – Une introduction à la psychologie des perceptions*, A. Delorme, M. Flückiger (dir.), éd. De Boeck, 2003, p. 173 et s.

CENTRE POMPIDOU

Dossier « Art conceptuel », accessible sur <https://mediation.centrepompidou.fr/education/ressources/ENS-ArtConcept/ENS-ArtConcept.htm>.

CHAPERON (M.)

« René Thom et l'expérience », in *Les mathématiques et l'expérience*, E. Barbin, J.-P. Cléro (dir.), éd. Hermann, 2015, p. 385 et s.

CLAVIER (P.)

« La création est-elle soluble dans la philosophie ? », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2012/3, t. 137, p. 307 et s.

CLEMENS (E.)

« Création, techné, fiction », in *Profils de la création*, B. Libois, A. Strowel (dir.), PUSL, 1997, p. 47 et s.

COHEN-BACRIE (B.)

« Daniel Ollivier : “La transversalité pour dépasser les frontières” », *La lettre du cadre*, 23 oct. 2015.

DE VROEY (M.)

« L'évolution de la théorie de la valeur d'Adam Smith et de Paul Ricardo », *Recherches Economiques de Louvain*, vol. 44, déc. 1979, p. 391 et s., accessible sur <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/82E15EAB2148638BFACF259B4B62EFA1/S0770451800081641a.pdf/levolution-de-la-theorie-de-la-valeur-dadam-smith-a-david-ricardo.pdf>.

DULIEU (L.)

« Plagiat d'œuvre invisible : une œuvre inexistante est-elle protégée ? », *France Culture*, 11 juil. 2021, accessible sur <https://www.radiofrance.fr/franceculture/plagiat-d-oeuvre-invisible-une-oeuvre-inexistante-est-elle-protgee-2772882>.

ENTRIALGO (F.)

« La notion d'auteur comme objet de l'art », *ESBAM*, 2004, accessible sur <https://www.articule.net/wp-content/uploads/2008/10/definitionetgenealogie.pdf>.

FOURQUET (F.)

« Une intuition de Félix Guattari », *Revue du MAUSS*, n° 29, janv. 2007, p. 555 et s.

HIRTT (N.)

« L'approche par compétences : une mystification pédagogique », *L'école démocratique*, n° 39, sept. 2009, p. 5 et s.

LE FIGARO

« Meta veut encourager la lutte transversale contre les menaces numériques », 16 mars 2023, accessible sur <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/meta-veut-encourager-la-lutte-transversale-contre-les-menaces-numeriques-20230316>.

MICHEL (J.)

« De l'industrie de l'information à la net-économie : une affaire de « valeur » », *Documentaliste – Sciences de l'information*, 2011, vol. 48, accessible sur <https://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2011-3-page-24.htm>.

MORIN (E)

« Sur l'interdisciplinarité », *Bulletin Interactif du CIRET* n° 2, juin 1994, accessible sur <https://ciret-transdisciplinarity.org/bulletin/b2c2.php>.

NOVAK (M.)

« AI-Created Images Aren't Protected By Copyright Law According To U.S. Copyright Office », *Forbes*, 22 fév. 2023, accessible sur <https://www.forbes.com/sites/mattnovak/2023/02/22/ai-created-images-in-new-comic-book-arent-protected-by-copyright-law-according-to-us-copyright-office/>.

PAGE (A.)

« L'investissement intellectuel », *Revue Tiers-Monde* n° 9-10, 1962, p. 27 et s.

PAIN (J.)

« La transversalité, une épistémologie du désir ? L'Humain des sciences humaines », *Les Cahiers de l'École*, n° 8, mars 2007, Univ. Nanterre Paris X, p. 5 et s.

RAMOND (Ch.)

« Michel Foucault, la nouveauté comme différence de la philosophie », *Quaderni* n° 90, 2016, p. 67 et s.

SHANNON (C. E.)

« A Mathematical Theory of Communication », *BSTJ*, 1948, accessible sur <https://philosciences.com/images/PDF/shannon1948.pdf>.

SIROT (S.)

« Convergence des luttes : “Un lien existe” mais “il n’y a pas l’unité syndicale propice” », *Franceinfo*, 18 avr. 2018, accessible sur https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/recherche-d-emploi/fonction-publique/convergence-des-luttes-un-lien-existe-mais-il-n-y-a-pas-l-unite-syndicale-propice_2711774.html.

VALADE (B.)

« Edmond Goblot : classification des sciences et système des savoirs », *Hermès, La Revue*, n° 66, fév. 2013, p. 54 et s.

WARIN (I.)

« La notion de technè en Grèce ancienne », *Artefact* n° 15, 2021, pp. 43-60.

VIII. JURISPRUDENCE, PRATIQUE DÉCISIONNELLE

Jurisprudences européennes

CEDH

CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, req. n° 36769/08.

CEDH, 4^e ch., 29 janv. 2008, *Balan c. Moldavie*, req. n^o 19247/03.
CEDH, gde. ch., 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n^o 73049/01.
CEDH, 11 oct. 2005, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n^o 73049/01.
CEDH, gde. ch., 18 juin 2002, *Oneryildiz c. Turquie*, req. n^o 48939/99.

Cour de justice

CJUE, 10^e ch., 18 janv. 2024, *Hewlett Packard Development Company LP c. Senetic S.A*, aff. C-367/21.
CJUE, gde. ch., 22 déc. 2022, *Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sarl e.a.*, aff. jtes C-148/21 et C-184/21.
CJUE, 5^e ch., 17 nov. 2022, *Harman International Industries Inc. c. AB S.A*, aff. C-175/21.
CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, *CV-Online Latvia SLA c. Melons SLA*, aff. C-762/19.
CJUE, gde. ch., 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19.
CJUE, 5^e ch., 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle c. Chedech Get2Get*, aff. C-833/18.
CJUE, gde. ch., 19 déc. 2019, *Nederlands Uitgeversverbond et Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e.a.*, aff. C-263/18.
CJUE, 5^e ch., 18 déc. 2019, *IT Development SAS c. Free Mobile SAS*, aff. C-666/18.
CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuario SA c. G-Star Raw CV*, aff. C-683/17.
CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17.
CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17.
CJUE, gde. ch., 29 juil. 2019, *Spiegel Online*, aff. C-516/17.
CJUE, gde. ch., 13 nov. 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, aff. C-310/17.
CJUE, 7 août 2018, *Renckhoff*, aff. C-161/17.
CJUE, 2^e ch., 8 mars 2018, *Doceram c. CeramTec*, aff. C-395/16.
CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16.
CJUE, 4^e ch., 21 sept. 2017, *Easy Sanitary Solutions BV et EUIPO c. Group Nivelles NV*, aff. jtes C-361/15 P et C-405/15 P.
CJUE, 9^e ch., 18 janv. 2017, *New Wave CZ c. Alltoys*, aff. C-427/15.
CJUE, 3^e ch., 16 nov. 2016, *Soulier et Doke*, aff. C-301/15.
CJUE, 3^e ch., 12 oct. 2016, *Aleksandrs Ranka*, aff. C-166/15.
CJUE, 19 nov. 2015, *SBS Belgium NV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers*, aff. C-325/14.
CJUE, 4^e ch., 22 janv. 2015, *Art & Allposters International BV*, aff. C-419/13.
CJUE, 13 fév. 2014, *Grautsch*, aff. C-479/12.
CJUE, 4^e ch., 13 fév. 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12.
CJUE, 4^e ch., 23 janv. 2014, *Nintendo Co. Ltd e.a. c. PC Box Srl et 9Net Srl*, aff. C-355/12.
CJUE, 4^e ch., 27 juin 2013, *VG Vort*, aff. jtes C-457/11 et C-460/11.
CJUE, 4^e ch., 7 mars 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, aff. C-607/11.
CJUE, 6 déc. 2012, *AstraZeneca c. Commission*, aff. C-457/10 P.
CJUE, gde. ch., 3 juil. 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, aff. C-128/11.
CJUE, gde. ch., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, aff. C-406/10.
CJUE, 3^e ch., 15 mars 2012, *SCF c. Marco Del Corso*, aff. C-135/10.
CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, aff. C-604/10.
CJUE, 3^e ch., 1^{er} de c. 2011, *Eva Maria Painer*, aff. C-145/10.
CJUE, 13 oct. 2011, *Airfield NV, Canal Digitaal BV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) et Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA*, aff. jtes C-431/09 et C-432/09.
CJUE, gde. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League LTD c. QC Leisure et Karen Murphy c. Media Protection Services LTD*, aff. C-403/08.
CJUE, 12 juil. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.
CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc. c. Marks & Spencer plc.*, aff. C-323/09.
CJUE, 3^e ch., 22 déc. 2010, *BSA*, aff. C-393/09.
CJUE, gde. ch., 6 juil. 2010, *Monsanto*, aff. C-428/08.

CJUE, 4^e ch., 3 juin 2010, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH c. Simex Trading AG*, aff. C-127/09.
 CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, aff. jtes C-236/08, *Google France c. Viaticum et Luteciel*, C-237/08, *Google France c. CNRRH e. a*, C-238/08.
 CJUE, 1^{ère} ch., 21 janv. 2010, *Audi AG c. OHMI*, aff. C-398/08.
 CJCE, 4^e ch., 16 juil. 2009, *Infopaq A/S c. Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08.
 CJCE, 18 juin 2009, *L'Oréal SA c. Bellure NV*, aff. C-487/07.
 CJCE, 3^e ch., 25 janv. 2007, *Dyson Ltd c. Registrar of Trade Marks*, aff. C-321/03.
 CJCE, gde. ch., 12 sept. 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04.
 CJCE, gde. ch., 30 nov. 2004, *Peak Holding AB c. Axolin-Elinor AB*, aff. C-16/03.
 CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. OPAP*, aff. C-444/02.
 CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus AB*, aff. C-46/02.
 CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*, aff. C-338/02.
 CJCE, gde. ch., 9 nov. 2004, *British Horseracing Board (BHB) c. William Hill Organisation*, aff. C-203/02.
 CJCE, 16 sept. 2004, *SAT 1 c. OHMI*, aff. C-329/02.
 CJCE, 29 avr. 2004, *IMS Health*, aff. C-418/01.
 CJCE, 8 avr. 2003, *Van Doren*, aff. C-244/00.
 CJCE, cour plénière, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club*, aff. C-206/01.
 CJCE, 20 nov. 2001, *Davidoff*, aff. jtes C- 414/99, C-415/99 et C-416/99.
 CJCE, 4 oct. 2001, *Merz & Krell*, aff. C-517/99.
 CJCE, 5^e ch., 1^{er} juil. 1999, *Sebago et Maison Dubois*, aff. C-173/98.
 CJCE, 4 nov. 1997, *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c. Evora BV*, aff. C-337/95.
 CJCE, 6 avr. 1995, *RTE et ITP c. Commission*, aff. jtes C-241/91 P et C-242/91 P.
 CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins*, aff. jtes C-92/92 et C-326/92.
 CJCE, 9 juil. 1985, *Pharmon BV c. Hoechst AG*, aff. 19/84.
 CJCE, 6 oct. 1982, *Coditel II*, aff. C-262/81.
 CJCE, 14 sept. 1982, *Keurkoop BV c. Nancy Kean Gifts BV*, aff. C-144/81.
 CJCE, 2^e ch., 22 janv. 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, aff. C-58/80.
 CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I*, aff. C-62/79.
 CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76.
 CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin c. Terranova*, aff. C-119/75.
 CJCE, 20 fév. 1975, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-12/74.
 CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, aff. C-15/74.
 CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, aff. C-16/74.
 CJCE, 30 avr. 1974, *Sacchi*, aff. C-155/73.
 CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. C-78/70.

Tribunal

Trib. UE, 13 mai 2020, *View Inc. c. EUIPO*, aff. T-49/19.
 Trib. UE, 8^e ch., 10 déc. 2015, *Futbol Club Barcelona c. OHMI*, aff. T-615/14.
 Trib. UE, 8^e ch., 13 mai 2015, *Group Nivelles NV c. Easy Sanitary Solutions BV*, aff. T-15/13.
 Trib. UE, 6^e ch., 6 juin 2013, *Erich Kastenholz c. OHMI et Qwatchme A/S*, aff. T-68/11.
 Trib. UE, 5^e ch., 18 mars 2010, *Grupo Promer Mon Graphic SA c. OHMI*, aff. T-9/07.
 Trib. UE, 3^e ch., 2 mars 2010, *Arcelor*, aff. T-16/04.
 TPICE, gde. ch., 17 sept. 2007, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-201/04.
 TPICE, 4^e ch., 22 juin 2005, *Plus Warenhandels-gesellschaft mbH c. OHMI*, aff. T-34/04.
 TPICE, 9 oct. 2002, *Glaverbel c. OHMI*, aff. T-36/01.

TPICE, 4^e ch., 27 fév. 2002, *Rewe Zentral*, aff. T-79/00.
TPICE, 2^e ch., 10 juil. 1991, *Magill*, aff. T-69/89.

Conclusions

Avocat général Y. Bot, 1^{er} mars 2017, *Nintendo c. BigBen Interactive*, aff. jtes C-24/16 et C-25/16.

OEB

OEB, ch. rec., 21 déc. 2021, aff. J 0008/20.
OEB, 27 janv. 2020, n° 18 275 163.6 et n° 18 275 174.3.
OEB, gde. ch. rec., 12 mai 2010, aff. G 0003/08.
OEB, ch. rec., 21 avr. 2004, *Hitachi*, aff. T-258/03.
OEB ch. rec., 8 sept. 2000, aff. T-931/95.
OEB, ch. rec., 1^{er} juil. 1998, *IBM*, aff. T-1173/97.
OEB, div. opp., 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute*, JOOEB 1995, 388.
OEB, ch. rec., 3 oct. 1990, aff. T 19/90.
OEB, ch. rec., 15 juil. 1986, *Vicom*, aff. T-0208/84.

Jurisprudence et pratique décisionnelle françaises

Conseil constitutionnel

Conseil constit., 4 août 2017, n° 2017-649 QPC.
Conseil constit., 27 juil. 2006, n° 2006-540 DC.
Conseil constit., 15 janv. 1992, n° 91-303 DC.

Cour de cassation

Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450.
Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c. Pachot*, n° 83-10.477.

Cass. civ., 25 juin 1902, *Lecocq*.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2023, n° 22-23.266.
Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-16.307.
Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2022, n° 21-15.386.
Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2022, n° 21-10.250.
Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2022, *Rousseau c. Launic*, n° 20-19.034.
Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, n° 19-20.758.
Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2018, *Eric Clapton*, n° 17-18.237.
Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 15-28.352.
Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmes* \square *lites*, nos 15-28.467 et 16-11.759.
Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n° 16-13.427.
Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2016, n° 15-22.723.
Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 2015, n° 14-14.501.
Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2015, n° 14-22.207.
Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, *Alix Malka c. Peter Klasen*, n° 13-27.391.
Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 2015, n° 11-11.054.
Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, *Sté Orqual c. Sté Tridim et a.*, n° 13-23.566.
Cass. civ. 1^{ère}, 10 juil. 2014, n° 13-16.465.
Cass. civ. 1^{ère}, 22 janv. 2014, n° 11-24.273.
Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, *Thierry Berthelot c. Van Cleef & Arpels*, n° 12-26.409.
Cass. civ. 1^{ère}, 10 juil. 2013, n° 12-19.170.
Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 2013, n° 10-27.043.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2013, *Culture Press*, n° 12-18.032.
 Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 11-20.900.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-14.525.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-12.886.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, *ABC News c. Etcheverry, Peyrano et Moussus*, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510.
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n° 11-13.116.
 Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Société SFDA c. Charroy*, n° 11-10.132.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2011, *Société Anitsa c. Société Fashion B. Air*, n° 09-14.505.
 Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2010, *Société Edena c. Société PGM*, n° 09-66.160.
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Levinas*, n° 09-67.515.
 Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-11.112.
 Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, *Petruciani c. SA Francis Dreyfus Music*, n° 07-12.109.
 Cass. civ. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, n° 06-19.021.
 Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2008, *Assoc. Greenpeace France c. SA SPCEA Arena*, n° 07-11.251.
 Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2007, *PIBD 2007* n° 858, III p. 555.
 Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2007, *Les Misérables*, n° 04-15.543.
 Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-19.294.
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, n° 05-16.843.
 Cass. civ. 1^{ère}, 28 fév. 2006, n° 05-15.824.
 Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2005, n° 03-12.159.
 Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 2004, n° 02-16.057.
 Cass. civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, *Mme Nicolas c. Sté Cavaille Vins Fins*, n° 01-16.415.
 Cass. civ. 1^{ère}, 19 fév. 2002, n° 00-12.151.
 Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, n° 99-10.709.
 Cass. civ. 1^{ère}, 18 juil. 2000, n° 98-15.851.
 Cass. civ. 1^{ère}, 22 fév. 2000, n° 97-21.098.
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-12.620.
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, n° 95-16.267.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 juil. 1999, *Leclaire*, n° 90-43.749.
 Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, n° 97-10.963.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699.
 Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-14.201.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95.11-151.
 Cass. civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *Sté IFG c. Sté NCI*, n° 94-15.566.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995.
 Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n° 91-12.198.
 Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *SA Areo et A. c. Syndicat d'initiative de l'office du Tourisme de Villeneuve Loubet et A.*, n° 91-16.543.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Association la Fraternité blanche universelle c. Boizeau et a.*, n° 91-15.915.
 Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *Consorts Huston c. Société Turner entertainment CO*, n° 89-19.522 et n° 89-19.725.
 Cass. civ. 1^{ère}, 8 oct. 1990, n° 79-11.135.
 Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 1986, n° 84-12.008.
 Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 1976, n° 74-12.149.
 Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1971, n° 70-10.900.
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 janv. 1964, *Furtwängler*, n° 57-11.300.

 Cass. civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-24.145.
 Cass. civ. 2^e, 19 oct. 2006, *CNMRT c. Sté JT International GmbH et a.*, n° 05-13.489.
 Cass. civ. 2^e, 14 déc. 2004, n° 03-30.387.

Cass. civ. 2^e, 19 nov. 1986, n° 84-16.379.

Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304.
Cass. civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 03-15.392.

Cass. com., 31 janv. 2024, n° 22-20.409.
Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-10.759.
Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-25.110.
Cass. com., 5 avr. 2018, n° 13-21.001.
Cass. com., 29 mars 2017, *Impex c. Hervé et Philippe X Distribution*, n° 15-10.885.
Cass. com., 6 sept. 2016, *Tricotage des Vosges c. Phildar*, n° 14-15.286.
Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-16.806.
Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-14.572.
Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-14.549.
Cass. com., 23 juin 2015, n° 13-25.082.
Cass. com., 17 mars 2015, *Brötje Automation*, n° 13-15.862.
Cass. com., 10 fév. 2015, n° 13-27.225.
Cass. com. 10 fév. 2015, n° 12-26.023.
Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-12.067.
Cass. com., 20 mai 2014, *Féd. française de rugby c. Sté Auto Picardie et a.*, n° 13-12.102.
Cass. com., 8 avr. 2014, n° 13-10.689.
Cass. com., 25 mars 2014, *Lézard Graphique*, *PIBD* 2014, n° 1006, III, p. 411.
Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-24.022 et n° 13-10.227.
Cass. com., 10 déc. 2013, *SNC Lancôme Parfums et Beauté et cie c. Farque*, n° 11-19.872.
Cass. com., 8 oct. 2013, *SAS Maisons du Monde c. Sté Home Spirit*, n° 12-23.349.
Cass. com., 12 fév. 2013, n° 12-12.898.
Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011.
Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110.
Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.514.
Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-26.969.
Cass. com., 12 juil. 2011, n° 10-22.739.
Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-67.107.
Cass. com., 13 juil. 2010, n° 08-13.944, n° 06-20.230, n° 06-15.136 et n° 05-14.331.
Cass. com., 15 juin 2010, *SA Dubois Jardins c. Sté Sihpol Spolka Zoo*, n° 08-20.999.
Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-20.427.
Cass. com., 17 mars 2009, n° 07-21.517.
Cass. com., 23 sept 2008, n° 07-16.202.
Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961.
Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-22.013.
Cass. com., 25 avr. 2006, *Puech c. Saïed et a.*, n° 04-19.482.
Cass. com., 31 janv. 2006, *PIBD* 2006, n° 826, III, p. 214.
Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-13.934.
Cass. com., 18 fév. 2004, n° 02-17.421.
Cass. com., 28 janvier 2003, n° 00-10.657.
Cass. com., 14 janv. 2003, n° 00-10.656.
Cass. com., 4 déc. 2001, *PIBD* 2002 n° 748, III, p. 375.
Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-15.048.
Cass. com., 13 fév. 1996, n° 94-12.102.
Cass. com., 6 mars 1979, *PIBD* 1979, n° 240, III, p. 252.
Cass. com., 26 juin 1973, *Carel c. Carvel*, n° 72-10.900.
Cass. com., 27 nov. 1972, *Ann. propr. ind.* 1973, p. 1.

Cass. com., 31 mars 1954, *SA Française du Ferodo c. Marc*, *Ann. propr. ind.* 1954. 266.

Cass. crim., 27 fév. 2024, n° 23-81.563.

Cass. crim., 13 octobre 2015, n° 14-88.485.

Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156.

Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675.

Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954.

Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256.

Cass. crim., 3 août 1912, DP 1913. 1. 439.

Cass. soc. 3 avr. 2019, n° 17-15.568.

Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 10-16.063 et n° 10-30.676.

Cass. soc., 8 fév. 2006, n° 04-45.203.

Cass. soc., 10 fév. 1998, n° 95-43.310.

Cour d'appel

CA Bordeaux, 1^{ère} ch., 28 juin 2022, n° 19/05247.

CA Bordeaux, 1^{ère} ch., 15 fév. 1999, *PIBD* 1999, n° 684, III, p. 403.

CA Colmar, 11 sept. 2012, *A. Remonato c. A. Moos*, n° 08/01612.

CA Douai, 1^{ère} ch., 2^e sect., 22 sept. 2022, n° 21/06332.

CA Lyon, 17 déc. 1975, *PIBD* 1976, n° 170, III, p. 227.

CA Montpellier, 14 fév. 2011, n° 09/01763.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 déc. 2023, *Lundi Matin c. La Poste*, n° 21/19696.

CA Paris, 8 nov. 2023, n° 21/0416.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 21 oct. 2022, *Sté Valve c. UFC – Que Choisir*, n° 20/15768.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 1^{er} juil. 2022, n° 21/01976.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 20/05912.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 7 sept. 2021, n° 19/13325.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 29 juin 2021, n° 18/05368.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 23 fév. 2021, n° 19/20285.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 oct. 2020, n° 18/27357.

CA Paris, pôle 5, 7^e ch., 8 oct. 2020, n° 20/08071.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 22 sept. 2020, *Natkin Paris c. Massimo Dutti*, n° 18/10181.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 20 nov. 2018, n° 17/18198.

CA Paris, pôle 5-2, 5 octobre 2018, n° 18-03593, n° 18-03594 et n° 18-03595.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 15 mai 2018, n° 16/22483.

CA Paris, 13 janv. 2015, n° 13/12820.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 oct. 2014, n° 13/23231.

CA Paris, pôle 6, 5^e ch., 17 mars 2011, *Jean-Marc M. c. Sunset Productions*, n° 09/05882.

CA Paris, pôle 5, 15 déc. 2010, *Juris-Data* n° 2010-025065.

CA Paris, 17 déc. 2010, *YSLP*, n° 08/23955.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 25 sept. 2009, n° 08/04612.

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 4 mars 2009, n° 07/12226.

CA Paris, 4^e ch. 13 fév. 2009, *Les démons de minuit*, n° 07/2113.

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 10 sept. 2008, n° 07/5030.

CA Paris, 4^e ch., sect. B, 17 nov. 2006, *Assoc. Greenpeace France, assoc. Greenpeace New Zealand c. Sté des participations du commissariat à l'énergie atomique*, n° 04/18518.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 5 juil. 2006, n° 05/15123.
CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, *Hertia c. Fleury Michon*, n° 2004/18301.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 nov. 2005, *Sté Esso c. Assoc. Greenpeace France*, n° 04/12417.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 9 mars 2005, n° 04/04290.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 28 janv. 2004, n° 2003/00312.
CA Paris, 4^e ch., sect. B, 12 oct. 2003, n° 2002/06336.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 30 avr. 2003, n° 2001/14371.
CA Paris, 26 fév. 2003, deux arrêts.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 18 déc. 2002, n° 2001/18435.
CA Paris, 29 mars 2002, *PIBD 2002*, n° 749, III, p. 389.
CA Paris, 14^e ch., sect. A, 28 nov. 2001, n° 2001/12319.
CA Paris, 4^e ch., 14 mars 2001, *PIBD 2001*, n° 731, III, p. 605.
CA Paris, 9 juin 2000, *PIBD 2000* n° 706, III, p. 465.
CA Paris, 4^e ch., 7 juin 2000.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 2 juil. 1997, n° 95/004315.
CA Paris, 4^e ch., 15 janv. 1997, *PIBD 1997* n° 689, III, p. 517.
CA Paris, 4^e ch., 7 fév. 1996, *PIBD 1996* n° 613, III, p. 344.
CA Paris, 4^e ch. A, 12 déc. 1995.
CA Paris, 4^e ch., 10 mars 1995, *PIBD 1995*, n° 589, III p. 297.
CA Paris, 16 juin 1993.
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mars 1991, *Juris-Data* n° 1991-021951.
CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 juin 1990, n° 88/009742 et n° 88/010529.
CA Paris, 4^e ch., 31 oct. 1989, *PIBD 1990* n° 474, III, p. 195.
CA Paris, 4^e ch., 6 juil. 1989, *Huston*.
CA Paris, 4^e ch., sect. B, 29 fév. 1989, n° 86/008703.
CA Paris, 4^e ch., sect. B, 5 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-600068.
CA Paris, 19 déc. 1979, *PIBD 1980*, n° 256, III, p. 83.
CA Paris, 19 oct. 1979, *PIBD 1980*, n° 253, III, p. 570.
CA Paris, 6 mars 1931, *Carco et autres c. Camoin et syndicat de la propriété artistique*.
CA Paris, 21 juin 1922, *Ann. propr. ind.* 1922. 346.

CA Rennes, 1^{ère} ch., 10 janv. 2012, n° 10/08120.

CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, *SAS Rubie's France c. SARL Msat Éditions et al.* : *Juris-Data* n° 2003-221740.

CA Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754.

CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 16 mars 2018, n° 15/06029.

Tribunal judiciaire / Tribunal de grande instance

TJ Paris, ord. JDE, 3 fév. 2023, n° 21/14105.

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 18 déc. 2020, n° 18/08302.

TGI Paris, 15 sept. 2016, *Dyson Technology Limited et Dyson c. Mediclinics*, n° 14/10978.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 26 mai 2016, n° 15/00757.

TGI Paris, 3^e ch., sect. 4, 10 oct. 2013, *Piganiol Sas c. L'Oréal, Publicis Conseil, SA Art. Department Europe et a.* : *PIBD 2013*, n° 997, III, p. 40.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{ère} sect., 14 fév. 2012, n° 08/17882.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 27 janv. 2011, n° 2009/15874.
TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 15 nov. 2006, *Soule c. Hager-electro*, PIBD 2007, n° 846, III, p. 103.
TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 juil. 2004, *SA Sté des participations du commissariat à l'énergie atomique c. Assoc. Greenpeace France et al.*
TGI Paris, 3^e ch., sect. 2, 30 janv. 2004, *SA Esso c. Assoc. Greenpeace France et SA.*
TGI Paris, ord. réf., 8 juil. 2002, deux ordonnances, Juris-Data n° 2002-187495.
TGI Paris, 1^{ère} ch., 14 nov. 2001.
TGI Paris, ord. réf., 23 avr. 2001 et 14 mai 2001, *Danone.*
TGI Paris, 3^e ch., sect. 3, 21 mars 2000, *RATP c. Laurent M. et Valentin Lacambre.*
TGI Paris, ord. réf., 24 oct. 1991, *Reynolds Tobacco, Seita, Philip Morris c. Comité national contre les Maladies respiratoires et la Tuberculose et Comité national contre le Tabagisme.*
TGI Paris, 30 sept. 1976, PIBD 1977, n° 191, III, p. 190.
TGI Paris, 12 juil. 1975 : PIBD 1976, n° 170, III, p. 230.

TJ Nanterre, 1^{ère} ch., 28 juin 2024, n° 18/06332.

Conseil d'État

CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 15 nov. 2022, n° 454477.
CE, 13 avr. 2018, n° 397047.
CE, 10^e et 9^e ch., 8 nov. 2017, *Association spirituelle de l'Église de Scientologie Celebrity Centre*, n° 375704.
CE, 4^e et 5^e ss-sect., 22 fév. 2010, n° 320319.

Autorité de la concurrence

Aut. conc., 15 mars 2024, n° 24-D-03.
Aut. conc., 21 juin 2022, n° 22-D-13.
Aut. conc., 12 juil. 2021, n° 21-D-17.
Aut. conc., 9 avr. 2020, n° 20-MC-01.

CADA

CADA, séance du 17 mai 2018, avis n° 20180226.

Jurisprudences étrangères

Australie

Federal Court of Australia, 13 avr. 2022, *Thaler v. Commissioner of Patents*, 2022 FCAFC 62.
Federal Court of Australia, Justice Beach, 30 juil. 2021, *Thaler v. Commissioner of Patents*, FCA 879.

Chine

Beijing Internet Court, 27 nov. 2023, aff. (2023) Jing 0149 Min Chu n° 11279.

États-Unis

Cour d'appel

U.S. Court of Appeals for Fed. Circuit, 5 août 2022, *Thaler v. Vidal*, n° 21-2347.
U.S. Court of Appeals 9th District, 23 avr. 2018, *Naruto v. Slater*, n° 16-15469.

Cour de district

District Court for the Eastern District of Virginia, 2 sept. 2021, *Thaler v. Andrew Hirshfeld*.

United States Copyright Office

U.S. Copyright Office, 21 fév. 2023, *Zarya of the Dawn*.

U.S. Copyright Office, 14 fév. 2022, *Review Board*, aff. ID 1-3ZPC6C3.

United States Patent and Trademark Office

USPTO, 22 avr. 2020, n° 16/524, 350.

Royaume-Uni

Royal Courts of Justice, 21 sept. 2021, *Stephen Thaler v. Comptroller general of patents trade marks and designs*.

INDEX ALPHABETIQUE

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Action (civile) en contrefaçon :

- acte de contrefaçon : 277, 328, 374, 375, 412, **433 et s.**, **477 et s.**, 533, 550, 592, 638.
- droit d'information : 455, 456, **460 et s.**, 469, 473, 481, **489 et s.**, 638.
- dispositions transversales : v. ce mot.
- dualité de l'action : 608 et s., **611 et s.**, 626, 627 et s., 630, 631, 641.
- et degré(s) de protection : 445 et s.
- et secret d'affaires : v. ce mot.
- fonction de cessation de l'illicite : 611, 616, **617 et s.**
- fonction de réparation : 611, 616, **621 et s.**, **624 et s.**
- nature réelle : **608 et s.**
- saisie-contrefaçon : 455, 456, **457 et s.**, 469, 481, **482 et s.**, 638.
- sanctions civiles dissuasives : 450, **451 et s.**, 469, 475, **491 et s.**, 494, 613, 638.

Accords ADPIC : 35, 36, 123, 182, 367, 377, 423.

Approche transversale : v. transversalité.

B

Bases de données : v. droit *sui generis* du producteur de bases de données.

C

Choix : 268, 272, 274, **289**, 292, **293 et s.**, 304, 309, 310, 311.

Contrôle de proportionnalité : 380, 381, 383, 424, 507, 577.

Création (mode d'acquisition) : 522, **523 et s.**, **529**, 531, 544, 555.

Création informationnelle : v. information.

Création intellectuelle : 236 et s.

- définition : 239 et s.
- et activités immatérielles : 247.
- et bien intellectuel : 249.
- et bien meuble par destination de la loi : 251.
- et création immatérielle : 248.
- et technique : 262 et s.
- et travail : 253 et s.
- exigence de créativité : **268 et s.**, 281, **282 et s.**

Créations salariées : 212 et s.

Cumul de protections : 100, **104**, 105, 224, 227, 228, 229, 276, 300, **336**, **353 et s.**, 365, 395, 421, 523.

D

Dépôt (mode d'acquisition) : 510, 522, **523**, **525**, **530**, 531, 533, **537**, 538, 544, 545, **548**, 553, 555, 556, 592, 632.

Directives :

- directive *DAMUN* : 155, 158, 183, 199, 225, **231 et s.**, 334 et s., 365, 378.
- directive *IPRED* : 430, 432, 442, 450, **451 et s.**, **455 et s.**, 473, 476, 482, 494, 615, 621, 638.

Dispositions transversales :

- acte de contrefaçon : **478 et s.**
- droit d'information : **489 et s.**
- saisie-contrefaçon : **482 et s.**
- sanctions civiles dissuasives : **491 et s.**

Divulgateion : 190, 194, 199, 219, 220, 271, 296, 334, 396, **397 et s.**, 404, 405, 473, 528, 532, 537, 538, 544, **545 et s.**, 553, 554.

Doctrine des communs : **585.**

Domaine du vivant : 160 et s., **163 et s.**

Domaine public : 147, **365**, 425.

Droit contractuel d'auteur : **226 et s.**, 336.

Droit de la propriété intellectuelle : v. propriété intellectuelle.

Droit de propriété : v. propriété.

Droit des brevets :

- brevetabilité du vivant : **163 et s.**
- brevetabilité des méthodes commerciales : **145 et s.**
- intelligence artificielle : v. ce mot.
- inventeur salarié : 396, 407.

Droit des marques :

- création : 272 et s.
- fonction essentielle d'identité d'origine : 397, **400**, 405, 443.

Droits à rémunération : 329, 370, 586, **593 et s.**, 607, 632.

Droit d'auteur :

- conception personnaliste : 169, 191, 194, 196, 215, 217, 234, 265, **268**, **304**, 306, 402, 404, 420, 421, 423, 426, 427, 503, 603, 604.

- droit moral : v. ce mot.
- originalité : 53, 103, 108, 124, 157, 177, 179, 180, 181, 203, 205, 237, **259**, 265, **268**, 271, 273, 274, **276**, 279, 280, 284, 287, **289**, 293 et s., 297, **300**, **304**, 309, 402, 445, 530.

Droits fondamentaux : 310, 375, 380 et s., 383, 424, 460, 506, **513 et s.**, 515, 572 et s.

Droit moral : 224, **386 et s.**,

- droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre : 222, 391, 393.
- droit d'attribution : v. droit de paternité.
- droit de divulgation : **220**, 224, 334, 383, 391, 392, 406, 407, 408, 418.
- droit de paternité : 221, 391, 393, **394 et s.**
- droit de retrait et de repentir : 223, 391, 392.
- et droits de la personnalité : 199, **411.**
- et objet spécifique : 354, 415, **421 et s.**

Droit *sui generis* du producteur de bases de données : 48, 52, **151 et s.**, 172, 173 et s., 177 et s., 179, 200, 289, 316, 366, 452, 453, 458, 482, 484 et s., 592.

Droits voisins :

- artistes-interprètes : 52, **200**, 225, 229, **230 et s.**, 276, 388, 389.
- éditeurs de presse : 48, 150, **155 et s.**, 173, 177, 178, 183, **199 et s.**, 277, 366, 369, 383.
- producteurs de phonogrammes : 52, 177, 178, **199 et s.**, 206, **277**, 316, 329, 334, 360, 381, 594, **597.**
- producteurs de vidéogrammes : 52, 155, 177, 178, **199 et s.**, 277, 316, 360.

Durée des droits de propriété intellectuelle : **538 et s.**, **578 et s.**, 607, 631.

E

Épuisement : 337 et s.

- champ d'application : 349 et s.
- conditions : 340 et s.
- et objet spécifique : 350 et s.
- origine : 337-338.

Exceptions aux droits de propriété intellectuelle : 324-325, 328, 351, 360, **370 et s.**

- actes accomplis à des fins d'enseignement et de recherche : 372.
- actes accomplis à des fins expérimentales : 372.
- et notions voisines (limite, limitation) : 362.
- exception de parodie : 374 et s.
- principe d'exhaustivité : 377 et s.
- principe d'interprétation stricte : 382 et s.
- test en trois étapes (triple test) : 377 et s.
- usage privé : 372.

Exclusivité : 71, 81, 90, 314, **315 et s.**, 519, 553, 559, **583 et s.**, 609, 612, 615, 623, **624 et s.**

- et monopole et privilège : 590 et s.
- et obligation d'exploitation : v. ce mot.

Exploitant : v. investisseur.

Exploitation : 319 et s.

- définition : 321 et s.
- et notions voisines (usage commercial et utilisation) : 328 et s.

F

Forme : 92 et s.

- critère de la forme : 93 et s.
- forme abstraite : v. idée.
- forme externe : 109 et s.
- forme intelligible : 97, **107 et s.**
- forme interne : 109 et s., 116, 126, 129.
- forme sensible : 115 et s.

Fonction sociale : 47, 364, 370, 560.

- et droit de propriété : 564 et s.
- et droit de propriété intellectuelle : 575, **576 et s.**

Fondamentalisation : v. droits fondamentaux.

I

Idée : 128 et s.

Information : 128 et s.

Intelligence artificielle : 301 et s.

- et activité inventive : 303.
- et caractère propre : 303.
- et distinctivité : 303.
- et intervention humaine : v. ce mot.
- et originalité : 304.

Intervention humaine : **305 et s.**

Investissement : 168, **169 et s.**

- investissement objectif : 176 et s.
- investissement subjectif : 179 et s.
- investisseur : 168, 169, 176, 184, 189, 190, **191 et s.**, 211, 217, 234, **277**, 425, 596.

L

Licence imposée : v. droits à rémunération.

M

Monopole :

- et exclusivité : v. ce mot.
- monopole d'exploitation : 318, 321, 328, 330, 385, 496, 504, **590**, 592.

N

Nouveauté : 278 et s., **295 et s.**

- critère : 294, **295 et s.**
- et activité inventive : 298.
- et antériorités : 296 et s.
- et caractère propre : 299.
- et disponibilité du signe : 279, 296.
- et exigence de créativité : 278 et s.
- et originalité : 300.

O

Objet de propriété intellectuelle :

- immatérialité : 56, **57 et s.**, 66, 67, 72, 91, 92, 166, 311, 585, 627.
- ubiquité : **66 et s.**, 72, 91, 511, 513, 546, 548, 587, 592.
- valeur économique : v. ce mot.

Objet spécifique : 323, 349, **350 et s.**, 356, 385, 580.

Obligation d'exploitation : **331 et s.**

- exploitation (définition) : v. ce mot.
- obligation d'exploitation incombant à l'exploitant : 334.
- obligation d'exploitation incombant au titulaire : 333.
- qualités de l'obligation d'exploitation : 335.

Occupation : 272, 503, 510, 522, 527, **528 et s.**, 555, 556, 632.

Œuvres collectives : 192, **194 et s.**, 207, 209, 219, 221, 222, 223, 229, 403-404, 537, 545.

Œuvres olfactives : **121 et s.**

Œuvres gustatives : **121 et s.**

P

Parfums : v. œuvres olfactives.

Possession : 527, **535 et s.**

- dépôt : v. ce mot.
- divulgation : **545 et s.**
- fonction acquisitive : 536, **538 et s.**, **542 et s.**, 553.
- fonction probatoire : 536, **537, 545 et s.**, 553.
- possession personnelle antérieure : 538 et s., 542-543, 548.
- utilisation personnelle antérieure : v. possession personnelle antérieure.

Principes directeurs :

- principe de non-protection des idées et des informations : v. idée et information.
- principe de préservation de la partie faible au contrat : 190, 210, **211 et s.**
- principe de séparation des propriétés corporelle et incorporelle : **67 et s.**, 540, 633.
- règle d'épuisement du droit : 360.

Propriété :

- absoluité : 559, **560 et s.**
- exclusivité : 559, **583 et s.**
- fonction sociale : v. ce mot.
- perpétuité : 559, **578 et s.**

Propriété incorporelle : 68, 91, 267, 537, 550.

Propriété intellectuelle :

- codification : 31, 41, 49, 67, 247, 474, 402, 499.

- définition : 33 et s., **36**.
- droit commun : 29, 30, 43, 50, 637, 639.
- droit exclusif : v. exclusivité.
- fonction sociale : v. ce mot.
- histoire : 33 et s.
- impensé du droit : 38.
- justifications philosophiques : 503 et s.
- théorie générale : 40, 43, 48, 50, 319, 633, 643.

R

Rémunération :

- rémunération proportionnelle : 207, **230 et s.**, 334, 335.

S

Salariat :

- créations salariées : **212 et s.**
- inventeur salarié : 396, 407.
- salariés : 205, 211, **212 et s.**, 219 et s., 224, 235, 403, 404, 407.

Saveurs : v. œuvres gustatives.

Secret d'affaires : 90, 461.

T

Territorialité : 44, 363, **368 et s.**

Titularité du droit :

- présomptions légales de titularité : 193 et s., 534, 537, 542, 553.

- présomption prétorienne de titularité : 192, 537, 545, 549 et s., 553.
- titularité *ab initio* : 197 et s.

Transversalité :

- définition (approche) : 3, 4, 7 et s.,
- définition (concept) : 5 et s.
- transversalité *du* droit (transversalité externe) : 20, **21 et s.**, **22**.
- transversalité *en* droit (transversalité interne) : **19 et s.**, **23**.
- de l'action en contrefaçon : v. ce mot.
- et analogie : 10, 26, **28**, 46.
- et approche fonctionnelle : 27, 47.
- et libre recherche scientifique : 46, 397.
- et méthode des droits-modèles : 47.
- et hyperspécialisation : 13, **30**, **39**.
- et interdisciplinarité : 10, 12, 13.
- et métaphore : 26, **28**.
- et pluridisciplinarité : 12, 13.
- et transcendance : **17**, 29.
- et transdisciplinarité : 10, 12, 13.

V

Valeur économique : 56, 72, 73 et s., 92, 138, 166, 231, 232, 233, 311, 318, 321, 344, 360, 377, 385, 603, 634.

- appréhension juridique : 78 et s.
- et concurrence déloyale et parasitaire : 84 et s.
- et droit des biens : 79.
- et propriété intellectuelle : 80 et s.
- théories de la valeur : 75 et s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I. La transversalité.....	2
A. La transversalité entendue comme un concept.....	3
B. La transversalité entendue comme une approche.....	4
1. L'analyse transversale en pratique.....	5
2. Le choix d'une approche transversale.....	6
a. L'approche transversale et les notions voisines.....	7
b. Les finalités de l'approche transversale.....	8
c. Les qualités de l'approche transversale.....	9
II. La transversalité en droit.....	10
A. L'identification de l'approche transversale en droit.....	10
1. La transversalité en droit et la transversalité du droit.....	10
2. La transversalité en droit et les méthodes du droit.....	12
B. La justification de la transversalité en droit.....	15
III. La transversalité en droit de la propriété intellectuelle.....	17
A. Le domaine de l'étude.....	17
1. Présentation de la notion de propriété intellectuelle.....	17
2. Les objectifs de l'étude.....	22
3. La délimitation de l'étude.....	25
B. La démarche de l'étude.....	26
1. La méthode retenue.....	27
2. La thèse défendue.....	28
PREMIÈRE PARTIE	32
LES ÉLÉMENTS DE TRANSVERSALITÉ DANS L'OBJET DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	32
Titre I. La recherche d'une définition transversale de l'objet de propriété intellectuelle ..	36
Chapitre I. Les critères de définition élémentaires	37
Section 1. L'objet de propriété intellectuelle, un objet immatériel.....	37
§1. L'immatérialité révélée de l'objet de propriété intellectuelle.....	39
§2. L'immatérialité précisée de l'objet de propriété intellectuelle.....	41
A. L'ubiquité, spécificité de l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle.....	41
B. La séparation des propriétés corporelle et intellectuelle, particularité de l'immatérialité de l'objet de propriété intellectuelle.....	42
Section 2. L'objet de propriété intellectuelle, une valeur économique.....	46
§1. La présentation économique de la notion de valeur.....	47
§2. L'appréhension juridique contrastée de la notion de valeur économique.....	49
A. La valeur économique, nouveau paradigme du droit des biens ?.....	50
B. La valeur économique, critère de définition inopportun de l'objet de propriété intellectuelle.....	51
1. La valeur économique, un critère expansionniste.....	51
2. Les sources de protection auxiliaires et suffisantes de la valeur économique.....	54
a. La protection de la valeur économique par la concurrence déloyale et parasitaire.....	54
b. La protection de la valeur économique par le secret.....	57

Chapitre II. La forme, un critère de définition déterminant	59
Section 1. La forme, un critère de définition potentiel de l'objet de propriété intellectuelle.....	60
Section 2. L'appréhension positive de l'objet par le critère de la forme	63
§1. Le critère de la forme, source de rationalisation des objets de propriété intellectuelle	64
§2. Le critère de la forme envisagé par degrés d'intensité	70
A. L'appréhension théorique du critère de la forme intelligible.....	70
B. La difficulté d'appréhension de la forme intelligible par le droit positif	74
1. La mise en concurrence des formes sensible et intelligible par la loi	74
2. La mise en concurrence des formes sensible et intelligible par la jurisprudence...	76
Section 3. L'appréhension négative de l'objet de la protection par la forme	81
§1. L'exclusion des formes abstraites	82
A. Les manifestations de l'exclusion des formes abstraites	84
1. Le constat de l'exclusion	84
2. Les justifications de l'exclusion	88
B. Les résistances à l'exclusion des formes abstraites	88
1. Les résistances directes à l'exclusion des formes abstraites	89
a. La protection de l'art conceptuel en droit d'auteur	89
b. La protégeabilité des méthodes commerciales en droit des brevets	92
c. La présence des indications géographiques au sein du droit de la propriété intellectuelle	94
2. Les résistances indirectes à l'exclusion des formes abstraites : le cas des créations informationnelles.....	95
a. Le droit sui generis des bases de données.....	96
b. Les droits voisins des éditeurs de presse.....	99
§2. L'exclusion relative des formes naturelles	103
A. L'exclusion logique des découvertes.....	104
B. L'exclusion incertaine des formes vivantes.....	105
Titre II. La recherche d'une qualification transversale de l'objet de propriété intellectuelle	110
Chapitre I. L'inadéquation de la qualification d'investissement	112
Section 1. L'attraction des droits de propriété intellectuelle vers la qualification d'investissement	112
§1. Des manifestations désordonnées de l'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle.....	113
A. La dispersion du critère d'investissement dans le droit de la propriété intellectuelle 113	
1. Les manifestations dispersées de l'investissement.....	114
2. Le flou de la notion d'investissement au sein de la propriété intellectuelle	116
a. L'approche objective de l'investissement.....	116
b. L'approche subjective d'un investissement intellectuel.....	120
B. Le développement d'une logique d'investissement comme ratio legis de la propriété intellectuelle	122
§2. Les droits de propriété intellectuelle saisis par le droit international de l'investissement	125
Section 2. L'investissement, une qualification inopportune	127
§1. L'investisseur bénéficiaire du droit au détriment de l'initiateur de la valeur intellectuelle	129
A. L'investisseur présumé titulaire des droits de propriété intellectuelle.....	130

B.	La personne morale investisseuse, titulaire ab initio des droits de propriété intellectuelle	133
1.	La consécration progressive de droits voisins au bénéfice de l'investisseur.....	133
2.	L'investisseur créateur de l'objet de propriété intellectuelle ?.....	137
a.	L'éventuelle qualité d'auteur de la personne morale.....	137
b.	L'impossible qualité d'auteur de l'investisseur.....	141
§2.	Les prémices d'un principe directeur de préservation de la partie faible face à l'investisseur	142
A.	La protection nuancée des créateurs salariés contre le primat de l'investisseur	142
B.	Le droit moral, limite incertaine à l'exploitation de l'objet protégé par l'investisseur	146
1.	Le droit moral fonction de l'auteur	146
2.	Le droit moral fonction du droit de propriété intellectuelle	154
C.	L'extension délicate de règles protectrices au bénéfice de la partie faible au contrat	154
1.	L'extension du droit contractuel d'auteur au droit des dessins et modèles	155
2.	L'extension des règles de rémunération aux artistes-interprètes ou exécutants...158	
Chapitre II.	L'adaptation de la qualification de création intellectuelle	164
Section 1.	La création intellectuelle, une qualification imparfaite.....	164
§ 1.	L'intérêt du recours à la notion de « <i>création intellectuelle</i> »	165
A.	Ébauche de définition	165
B.	La fonction d'individualisation de la propriété intellectuelle de la qualification de création intellectuelle.....	167
1.	La création intellectuelle, facteur de spécification de la propriété intellectuelle au sein du droit des biens.....	167
a.	La reconnaissance de l'objet hors les qualifications concurrentes.....	167
b.	La reconnaissance de l'objet au sein de la classification des biens	169
2.	La distinction ténue avec la notion de travail.....	171
a.	L'approche historico-religieuse de la création et du travail	171
b.	L'approche psychologique de la création et du travail	174
§2.	L'inadaptation de la qualification de création intellectuelle avec les solutions du droit positif	176
A.	La création dépassée par la technique.....	176
B.	La création mise à mal par l'hétérogénéité des objets de propriété intellectuelle.....	179
1.	L'exigence de créativité éprouvée par les conditions de protection de fond	179
2.	L'exigence de créativité confrontée à la condition de nouveauté	189
Section 2.	La création intellectuelle, une qualification repensée	191
§1.	La relecture de l'exigence de créativité.....	192
§2.	Une relecture propice à une définition juridique de la création intellectuelle	197
A.	Le choix, un critère insuffisant	197
B.	La nouveauté, un critère potentiel.....	199
1.	Le critère de la nouveauté révélé par la prise en compte des antériorités.....	199
2.	Le critère de la nouveauté justifié par son utilité	202
C.	L'intervention humaine, un critère indispensable	205
1.	L'accueil théoriquement possible des créations générées par une intelligence artificielle au sein du droit de la propriété intellectuelle	205
2.	L'incompatibilité des créations générées par une intelligence artificielle avec l'économie générale du droit de la propriété intellectuelle	207
DEUXIÈME PARTIE.....	213

LES ÉLÉMENTS DE TRANSVERSALITÉ DANS LE RÉGIME DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 213

Titre I. Le contenu fluctuant du régime de propriété intellectuelle..... 214

Chapitre I. La dimension patrimoniale marquée par l'exclusivité relative du droit 215

Section 1. Un droit exclusif contrôlant l'exploitation économique de l'objet.....	217
§1. La notion d'exploitation.....	217
A. Les caractères de l'exploitation.....	218
B. Les notions voisines de l'exploitation.....	223
§2. Une obligation d'exploitation.....	227
§3. Une exclusivité bornée par l'épuisement des droits.....	233
A. La mise en œuvre commune de la règle d'épuisement.....	235
B. Le domaine d'application variable de la règle d'épuisement.....	240
1. Un épuisement fonction de l'objet spécifique de chaque droit.....	240
2. Un épuisement fonction des influences de la propriété industrielle sur la propriété littéraire et artistique.....	242
a. L'alignement sur l'épuisement le plus large en cas de cumul.....	242
b. L'épuisement du droit d'auteur dépassant le droit de distribution ?.....	243
Section 2. Un droit exclusif encadré.....	249
§1. L'exclusivité limitée.....	250
A. La limite temporelle, facteur de transversalité de la propriété intellectuelle.....	250
B. Le principe de territorialité, source paradoxale d'unité de la matière.....	253
§2. L'exclusivité évincée.....	255
A. Les principes sous-jacents communs aux exceptions.....	256
B. Les règles d'interprétation des exceptions.....	261
1. Les exceptions limitativement énumérées par la loi.....	262
2. La règle d'interprétation stricte des exceptions.....	268

Chapitre II. La dimension extra-patrimoniale éprouvée par l'approche transversale 271

Section 1. <i>De lege lata</i> , la transversalité partielle du droit moral.....	271
§1. Les manifestations discrètes du droit moral en propriété intellectuelle.....	272
A. Le droit moral reconnu aux acteurs de la création en propriété littéraire et artistique.....	272
1. La convergence des caractères du droit moral.....	272
2. La divergence du contenu du droit moral.....	273
B. Le droit moral clairsemé des droits de propriété industrielle.....	275
1. La présence d'un droit de paternité.....	275
2. L'absence d'autres formes de droit moral.....	276
C. La paternité, fondement transversal du droit moral.....	279
§2. L'examen mesuré des manifestations du droit moral.....	283
A. L'examen quantitatif des manifestations du droit moral.....	284
B. L'examen qualitatif des manifestations du droit moral.....	285
Section 2. <i>De lege ferenda</i> , la place réservée au droit moral.....	289
§1. Le rejet d'une transversalité fondée sur la prééminence du droit moral.....	289
A. La prééminence historique du droit moral en droit d'auteur français.....	290
B. L'universalité du droit moral.....	293
C. Le droit moral, objet spécifique du droit d'auteur pour la Cour de justice de l'Union européenne.....	294
§2. Le rejet de la transversalité par l'effacement progressif du droit moral.....	296
A. L'invisibilisation du droit moral par les instruments internationaux.....	296

B. L'avenir incertain du droit moral.....	297
Titre II. L'unité singulière de la sanction du droit de propriété intellectuelle	302
Chapitre I. L'unité manifeste du mécanisme de la contrefaçon	304
Section 1. L'unité substantielle de la contrefaçon empreinte de nuances.....	304
§1. L'appréhension transversale délicate de l'acte de contrefaçon.....	304
A. L'élément matériel de la contrefaçon.....	304
1. La dispersion de l'acte de contrefaçon selon le droit de propriété intellectuelle .	305
2. La tentative d'une mise en cohérence de l'acte de contrefaçon à travers son	
appréciation.....	307
a. La portée du principe d'appréciation de la contrefaçon au regard des	
ressemblances entre l'objet contrefaisant et l'objet contrefait	307
b. La contrefaçon, fonction du degré de protection ?	310
B. L'élément moral de la contrefaçon.....	312
§2. La dimension transversale et unitaire des sanctions civiles dissuasives.....	314
Section 2. L'unité procédurale aboutie de la contrefaçon.....	317
§1. L'harmonisation de certains modes de preuve de la contrefaçon.....	317
A. L'harmonisation de la saisie-contrefaçon.....	318
B. L'uniformisation du droit d'information.....	320
§2. L'harmonisation nuancée de la prescription de l'action en contrefaçon.....	322
A. La convergence du délai de prescription.....	322
B. La divergence du point de départ du délai de prescription	323
Chapitre II. Le potentiel unificateur de la contrefaçon.....	326
Section 1. <i>De lege lata</i> , les freins persistants à l'unification de la propriété intellectuelle par la	
contrefaçon.....	326
§1. L'exportation inopportune du régime de la contrefaçon dans le domaine du secret des	
affaires.....	326
§2. L'éclatement de la contrefaçon du point de vue de la légistique.....	328
Section 2. <i>De lege ferenda</i> , l'unification portée par un nouvel ordre des dispositions au sein du	
Code la propriété intellectuelle.....	330
§1. La proposition de dispositions communes sur la contrefaçon.....	330
A. La proposition d'une disposition transversale portant sur l'acte de contrefaçon.....	330
B. La proposition de dispositions transversales sur le régime de la contrefaçon.....	331
1. L'élaboration de dispositions transversales sur les modes de preuve de la	
contrefaçon	332
a. La disposition transversale portant sur la saisie-contrefaçon.....	332
b. La disposition transversale portant sur le droit d'information	337
2. L'élaboration d'une disposition transversale sur les sanctions de la contrefaçon	
.....	338
§2. L'articulation de la proposition de dispositions transversales avec les dispositions	
existantes.....	339
TROISIÈME PARTIE.....	342
LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	
RÉSULTANT DE L'APPROCHE TRANSVERSALE.....	342
Titre I. La qualification propriétaire, une qualification malaisée.....	343
Chapitre I. La qualification propriétaire consacrée par l'étude historique du droit de la	
propriété intellectuelle	344
Section 1. Les jalons posés par le droit antérieur	344

§1. La stabilité juridique apportée par les décrets-lois révolutionnaires	344
§2. L'instabilité instiguée par la période postrévolutionnaire.....	347
Section 2. La consécration progressive de la nature propriétaire.....	349
§1. En droit interne	349
A. Le retour du concept de propriété dans la législation nationale	349
B. La consécration de la nature propriétaire dans la jurisprudence constitutionnelle ..	352
§2. En droit supranational.....	353
Chapitre II. La qualification propriétaire rejetée par l'étude de l'objet de propriété intellectuelle	358
Section 1. La dissemblance de l'assiette du droit.....	358
§1. La différence de nature de l'objet de droit	358
§2. Le rapprochement limité par la valeur de l'objet.....	360
Section 2. La particularisation du mode d'acquisition du droit.....	361
§1. L'acquisition indiscutable du droit de propriété intellectuelle par des modes spécifiques	362
§2. L'acquisition impossible du droit de propriété intellectuelle par les modes traditionnels	365
A. Le mécanisme de l'occupation en propriété intellectuelle	366
B. Le mécanisme de la possession des meubles corporels en propriété intellectuelle ..	374
1. Les manifestations supposées de la possession en droit de la propriété intellectuelle.....	375
a. Les manifestations de la possession dans sa fonction probatoire	375
b. Les manifestations de la possession dans sa fonction acquisitive	377
2. Les manifestations illusoires de la possession en droit de la propriété intellectuelle ..	380
a. La possession, un fondement discuté en propriété intellectuelle	380
i. La possession, un fondement erroné pour l'acquisition du droit de propriété intellectuelle.....	381
ii. La possession, un fondement imparfait pour la preuve du droit de propriété intellectuelle.....	383
b. La possession, un fondement impossible en propriété intellectuelle.....	391
c. La possession, manifestation de l'articulation entre propriété corporelle et propriété intellectuelle	392
Titre II. La qualification propriétaire, une qualification à nuancer	395
Chapitre I. La nature réelle incertaine du régime de propriété intellectuelle	396
Section 1. La reconnaissance contrariée de la nature propriétaire dans les qualités du droit de la propriété intellectuelle	396
§1. L'absoluité et la relativité du droit	397
A. L'absoluité affirmée du droit de propriété	397
1. L'appréhension de l'absoluité.....	397
2. La réception limitée de la finalité sociale du droit de propriété par le droit civil.....	398
B. La relativité du droit de propriété intellectuelle.....	405
C. La réduction possible des oppositions à l'appui de la nature propriétaire de la propriété intellectuelle	407
§2. La temporalité du droit.....	409
§3. L'exclusivité du droit	413
A. L'appréhension de l'exclusivité par le droit commun des biens	414
B. L'appréhension de l'exclusivité en propriété intellectuelle	416

1. L'exclusivité « <i>fictive</i> » du droit de propriété intellectuelle.....	417
2. L'exclusivité aux confluent de la propriété et du monopole.....	418
3. L'exclusivité aux prises d'un droit à rémunération.....	421
Section 2. La reconnaissance malaisée de la nature propriétaire dans le contenu du droit de propriété intellectuelle.....	425
§1. L'absence de définition systémique des prérogatives.....	426
§2. La présence de prérogatives de nature extra-patrimoniale.....	427
Chapitre II. La nature réelle concevable de l'action en contrefaçon	431
Section 1. La dualité de l'action en contrefaçon accueillie par la qualification propriétaire.....	432
§1. Le détachement de l'action vis-à-vis du droit commun de la responsabilité civile.....	433
§2. La nature réelle des sanctions civiles	436
A. Le caractère réel évident de la fonction de cessation de l'illicite.....	437
B. Le caractère réel inattendu de la fonction de réparation.....	439
§3. La restitution de l'exclusivité du droit.....	441
Section 2. L'inopportunité de la négation de la dualité de l'action en contrefaçon	443
§1. Les propositions de régime unitaire de la contrefaçon.....	443
§2. Les dangers inhérents aux propositions.....	444
CONCLUSION GÉNÉRALE	447
BIBLIOGRAPHIE	453
INDEX ALPHABETIQUE	515
TABLE DES MATIÈRES.....	521