

JEAN-BAPTISTE VAROQUEAUX

UNIVERSITÉ PARIS-SUD

Faculté Jean Monnet – Droit, Économie, Gestion

« Incidences du Droit Moral dans  
l'exploitation des droits de propriété  
intellectuelle ».

Concours APRAM édition 2012-2013

## Abstract

Le droit moral, « essence du droit d'auteur », est une véritable barrière à l'exploitation puisque l'auteur ne peut s'en défaire et qu'il prime sur tous droits patrimoniaux. Bien qu'il soit pratiquement circonscrit au droit d'auteur et qu'il tende à être atténué en fonction du degré d'originalité, il reste une entrave qu'il faut pouvoir surmonter. S'il faudrait reconnaître et tirer toutes les conclusions du droit d'auteur à deux vitesses, c'est surtout l'abus de droit et la renonciation qui serviront au praticien.

## Introduction

1. – Le droit de la propriété intellectuelle confère une exclusivité<sup>1</sup> à la frontière du droit des personnes et du droit des biens, à l'instar du droit sur l'image des personnes. On se questionne sur la nature du droit d'auteur : un droit de clientèle pour certains<sup>2</sup>, ou un monopole d'exploitation tempéré par sa dimension consumériste et concurrentielle, de la concurrence déloyale ou des privilèges pour d'autres<sup>3</sup>, le droit de tirer les fruits de son travail dans les pays du copyright<sup>4</sup>, tandis qu'en droit d'auteur on retient la qualification de droit de la propriété intellectuelle tempéré par une servitude inaliénable au profit du créateur originel. Plus la création sera empreinte de personnalité, plus cette personnalité, indisponible, tempérera la propriété, disponible. L'auteur plus que tout autre créateur voudra défendre la part d'âme qu'il a inséré dans son œuvre, le droit moral, qui « est de l'essence du droit d'auteur »<sup>5</sup>, permettant de protéger l'œuvre originale en ce sens qu'elle « porte l'empreinte de la personnalité de son auteur »<sup>6</sup>. Pour les autres créations intellectuelles c'est surtout l'intelligence logique, voir la chance<sup>7</sup> et la rapidité<sup>8</sup>, qui vont jouer.

2. – La force du droit moral est donc proportionnelle à l'originalité de la création. Il intéresse davantage le droit d'auteur que les droits voisins ou que la propriété industrielle. Seuls les artistes-interprètes ont un droit moral comparable au droit d'auteur, bien qu'atténué en matière de divulgation<sup>9</sup>, les autres droits voisins ne bénéficiant pas même du seuil minimal qu'est le droit de paternité<sup>10</sup>, contrairement à l'inventeur<sup>11</sup>. Il paraît évasif d'admettre un droit

---

1 LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd., 2012, n° 19-21 : Le terme exclusif est celui employé dans le décret-loi révolutionnaire de 1793 et dans la convention de Berne et celle de Genève, il est le fruit de divisions doctrinales sur la nature du droit d'auteur et, en particulier, du droit moral.

2 ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTDciv.* 1935.252 et s.

3 La terminologie « propriété » n'aurait eu pour objectif que de cacher la véritable nature de ce droit à la révolution selon MANCINI (A.), *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa philosophie*, Buenos Books International, 2006, p. 85-98.

4 BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright, La découverte*. Repères, mars 2009, p. 5, reprenant les propos de LOCKE (J.), *Essay Concerning Human Understanding*, 1689.

5 DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978.

6 *Idem*.

7 À propos des signes distinctifs : BLANC-JOUVAN (G.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert. *Dyna'sup Droit*, septembre 2011.

8 À propos des noms de domaine : VIVANT (M.), « Le nom de domaine l'émergence d'un nouveau droit », *TV DMA* [vidéo en ligne], 2012, consulté le 29 janvier 2013.

<http://www.tvdma.org/rubriques/le-nom-de-domaine-lemergence-dun-nouveau-droit-vivant-michel>

9 Supériorité du droit de divulgation de l'auteur selon BLANC-JOUVAN (G.), *op. cit.*, n° 270.

10 Pour ce qui est des producteurs de phonogrammes : CA Paris, 5 octobre 2007, *RTDcom.* 2008.89 obs. POLLAUD-DULIAN (F.).

11 L. 611-9 du CPI.

moral en droit des marques, l'atteinte à l'image de marque étant limitée à la vie des affaires<sup>12</sup> et la revendication de la marque enregistrée en fraude des droits d'un tiers diffère du droit de paternité. Le droit moral réapparaît et prévaut lorsque la propriété industrielle ou le droit voisin se cumule avec un droit d'auteur ou appréhende un attribut de la personnalité. Les hypothèses touchent en particulier les signes distinctifs, les bases de donnée ou les modèles. Pour ce qui est des attributs de la personnalité, la protection est purement morale selon une partie de la doctrine<sup>13</sup>, bien que la patrimonialisation de ces attributs, en particulier le droit à l'image, ne fasse aucun doute en pratique<sup>14</sup>.

3. – Par ailleurs, le droit moral de l'auteur est le summum de l'ordre public de protection en droit de la propriété intellectuelle. C'est ici que les incidences du droit moral sont les plus fortes. Ainsi, il est opportun de centrer l'étude sur le droit de la propriété littéraire et artistique, tout particulièrement sur le droit d'auteur, le droit de la propriété industrielle n'ayant alors qu'un rôle comparatif.

Comment lutter contre le droit moral ?

4. – La puissance du droit moral que lui confère ses caractères incite à l'abus et crée de l'insécurité juridique, il faut donc rechercher des armes dans la responsabilité civile pour combattre les dérives (I). Mais les outils du praticien sont insuffisants, car c'est tout le régime du droit moral qu'il faut réviser. Le droit moral est indissociable de la notion d'originalité, la force de ses attributs devrait donc décroître en fonction du degré d'originalité (II).

## **I) Se prémunir contre l'insécurité et les abus de droit moral**

5. – La prémunition contre les abus du droit moral revête un double aspect, il faut agir en amont par la voie contractuelle ou en aval par la voie délictuelle. Certes, les caractères du droit moral le rendent supérieur, mais pas discrétionnaire (A), par ailleurs la voie contractuelle et le processus de création permettent de plus en plus l'abdication voir le transfert du droit moral (B).

### **A) La supériorité du droit moral de part ses caractères, tempérée par l'abus de droit**

6. – La jurisprudence puis le législateur ont créés un droit moral pratiquement inviolable de par ses caractères dans un souci de protection de l'auteur (1), ce qui ne lui autorise pas tous les abus, en particulier la tendance à la patrimonialisation du droit moral (2).

#### **1) Un droit moral inviolable protecteur de l'auteur**

7. – L'esprit du droit moral est de protéger l'auteur, réputé partie faible dans les contrats,

---

12 Cf. Civ. 1, 8 avril 2008, Areva : « En agissant conformément à son objet, dans un but d'intérêt général et de santé publique, Greenpeace n'a pas abusé de son droit de libre expression. »

13 Cf. notamment DREYER (E.), « L'image des personnes », JC. Communication, Fasc. 3750, 4 novembre 2008, n° 109-110 ; LEPAGE (A.), « Droits de la personnalité », Dalloz, Répertoire de Droit civil, septembre 2009, n° 144.

14 Certains auteurs revendiquent à l'image du droit d'auteur un droit patrimonial sur l'image des personnes en plus du droit moral à l'image, cf. notamment REVET (T.), obs. sous Civ. 1, 11 décembre 2008, n°07-19,494, RTD civ. 2009, p. 343.

en encadrant les cessions. Le droit moral permet à l'auteur de contrôler l'exploitation de l'œuvre, le moment de l'exploitation et les modes d'exploitation<sup>15</sup>. Loin des considérations économiques, le droit moral ne doit satisfaire que les convictions de l'auteur.

Bien qu'il ne faille pas confondre droit moral et droits de la personnalité<sup>16</sup>, c'est ce rapprochement qui permet les caractères du droit moral, de considérer qu'il est d'ordre public<sup>17</sup>, c'est-à-dire inaliénable et imprescriptible, mais il est aussi personnel à l'auteur et opposable *erga omnes* et enfin perpétuel<sup>18</sup>, contrairement aux droits patrimoniaux<sup>19</sup>. Il s'agissait, au cours du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle, d'empêcher que les œuvres non divulguées de l'auteur puissent être saisies<sup>20</sup>.

8. – Existe-t-il des exceptions au droit moral ? L'alinéa premier de l'article L. 122-5 du CPI exclus expressément le droit de divulgation du champ d'application de la liste des exceptions au droit d'auteur établie par l'article, mais est muet concernant les autres attributs du droit moral. Soit l'on considère que les exceptions ne valent qu'à l'égard du monopole d'exploitation, comme la majorité de la doctrine<sup>21</sup>, soit que « l'auteur ne [puisse] interdire » de manière générale, ce qui comprend le droit moral, car *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*<sup>22</sup>. Cependant le test des trois étapes vient tempérer l'analyse, puisqu'une exception ne saurait porter atteinte aux intérêts légitimes de l'auteur. Or, le droit moral n'est-il pas un intérêt légitime ?

Il reste que l'exception d'accessoire, ou théorie de l'arrière plan<sup>23</sup>, a permis d'excepter aux droits patrimoniaux, mais aussi au droit de paternité de l'auteur dans l'affaire Place des terreaux<sup>24</sup> et dans la seconde affaire Être et avoir<sup>25</sup>. Si dans le premier cas l'exploitation avait lieu hors des « limites externe au droit d'auteur », comme l'enseignait Desbois<sup>26</sup>, dans la deuxième affaire la Cour de cassation admettait que l'exception d'accessoire, fusionnée avec l'inclusion fortuite, soit une véritable exception interne au droit d'auteur au sens de l'article L. 112-5 du CPI<sup>27</sup>. Par l'ajout prétorien d'une exception au droit d'auteur et son extension au droit moral, cette jurisprudence serait *contra legem*.

Les circonstances de l'exploitation, notamment lorsqu'il s'agit de petite monnaie ou de logiciel, permettent aussi de justifier une limitation des attributs du droit moral<sup>28</sup>, mais peut-on s'opposer à l'exercice du droit moral lorsque l'on est dans son champ d'action ?

---

15 Cf. *infra*, n° 20-26.

16 LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 498.

17 Notamment du point de vue du droit international privé : Civ. 1, 28 mai 1991, *Huston*.

18 Contrairement aux droits patrimoniaux, mais aussi aux droits de la personnalité qui sont viagés.

19 Pour une étude comparée des caractères du droit moral et des droits patrimoniaux cf. VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur*, Dalloz. Précis, 1er éd., 2009, n° 374-402.

20 Cf. notamment l'arrêt fondateur du droit de divulgation : Civ. 14 mars 1900, *Whistler*.

21 Cf. notamment LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 339.

22 Expression latine : « là où la loi ne distingue pas, nous non plus ne devons pas distinguer ».

23 GAUTIER (P.-G.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., septembre 2012, n° 109.

24 Civ. 1, 15 mars 2005, CCE 2005, Communication 78, Note CARON (C.).

25 Civ. 1, 12 mai 2011, n° 08-20651, DS-P+B+R+I.

26 DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*

27 Cf. sur le sujet : BENSAMOUN (A.), « L'exception fondée sur l'accessoire : accessoirement non transposée... », *Lamy Droit de l'immatériel*, juin 2011, n° 72.

28 Cf. *infra*, n° 28-29.

## 2) La théorie de l'abus de droit face à la patrimonialisation du droit moral

9. – Le droit moral permet de s'opposer à l'exploitation, les conséquences économiques sont bien souvent extrêmement importantes. Or seul le droit de retrait et de repentir semble prendre en compte cette réalité en exigeant une indemnisation préalable du préjudice<sup>29</sup>. Même dans ce cas il peut être économiquement tentant pour l'auteur d'abuser de son droit moral afin d'exiger une meilleure rémunération<sup>30</sup>. Comme le dit très justement Guillaume Blanc-Jouvan : « on peut parfois soupçonner que l'auteur ou ses ayants droit, sous prétexte de prérogatives morales, soient mus par des considérations purement matérielles »<sup>31</sup>.

10. – Outre l'intérêt patrimonial du droit moral abusivement exercé, ce dernier a tendance à muter en droit patrimonial, en particulier la portée du droit de divulgation<sup>32</sup> dont l'étrange ressemblance avec le droit de destination, si tant est que ce dernier existe<sup>33</sup>, n'aura pas échappé à la doctrine<sup>34</sup>. Par ailleurs, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait »<sup>35</sup>, ou bien serait-ce le seul droit de distribution qui devrait être sujet à épuisement ? Le droit moral de divulgation opère pour la toute première distribution d'une œuvre sous une forme déterminée, le droit patrimonial de distribution opère pour chaque « réédition » conforme à la toute première, l'un comme l'autre s'épuise par le premier usage, sans dérogation contractuelle possible<sup>36</sup>. Le droit de divulgation est le pouvoir de dire « oui, non, quand et comment, mais pas combien »<sup>37</sup>, c'est pourtant ce qu'a été décidé dans l'arrêt Lévinas.

11. – En pratique, de la formule du Professeur Caron selon qui « le droit moral n'est pas un droit patrimonial bis »<sup>38</sup>, ne se vérifie pas. Le droit moral est, selon la formule de Josserand, détourné de sa fonction sociale<sup>39</sup>. Or il ne s'agit pas d'un droit discrétionnaire, la théorie de l'abus de droit a vocation à s'appliquer<sup>40</sup>. Nul doute lorsqu'il s'agit d'apprécier l'exercice que l'héritier fait du droit moral puisque l'abus est alors sanctionné par l'article L. 121-3 du CPI,

---

29 L. 121-4 du CPI.

30 Civ. 1, 14 mai 1991, *Chiavarino* ; JCP 1991 II 21760 note POLLAUD-DULIAN (F.) ; RTDcom 1991.592 obs FRANÇON (A.) ; RIDA 1992.272 note SIRINELLI (P.).

31 BLANC-JOUVAN (G.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert . Dyna'Sup Droit, Paris, septembre 2011, n° 110.

32 Cf. tout particulièrement SIRINELLI (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985, p. 26 ; mais aussi LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 518.

33 Il y a une hésitation concernant le droit de reproduction entre l'adoption d'un droit de destination et un droit de distribution sujet à épuisement, cf. LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 264-280.

34 *Ibidem.* n° 515.

35 FRANÇON (A.), « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », *GRUG Int.* 1973, n° 264-266.

36 Communiqué de presse n° 94/12 de la CJUE relatif à l'arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, [en ligne] : « Le droit exclusif de distribution d'une copie d'un programme d'ordinateur couverte par une telle licence, s'épuise à sa première vente ». <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-07/cp120094fr.pdf>

37 SIRINELLI (P.), « Propriété littéraire et artistique », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 2164, évoquant l'arrêt Civ. 1, 25 mars 2010, n° 09-67.515.

38 CARON (C.), « Le droit moral de la personne morale », *CCE* n°6, Juin 2012, *In fine*.

39 JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz . Bibliothèque Dalloz, 2006.

40 En ce sens : Civ., 14 mai 1945, *Canal* ; C.A. Paris, 19 décembre 2008, *Les misérables*.

il doit être conforme à la volonté de l'auteur<sup>41</sup>. Le doute subsiste dans les autres cas, quelques arrêts isolés admettant le caractère discrétionnaire du droit moral<sup>42</sup>, en particulier concernant le droit de divulgation<sup>43</sup>. À l'exception du Professeur Pollaud-DULIAN qui fait une analyse critiquée de l'arrêt de 1991<sup>44</sup>, la doctrine et la jurisprudence condamnent l'abus de droit moral<sup>45</sup>.

12. – L'abus de droit n'est qu'un tempérament à la supériorité du droit moral sur les droits d'exploitation, le plus intéressant serait de pouvoir le neutraliser contractuellement.

## **B) La translation et l'abdication du droit moral au profit de l'exploitant**

13. – Outre l'abus de droit, qui est purement délictuel, le droit moral être contractuellement écarté par le mécanisme de la renonciation (1), mais cela semble ne pas suffire aux exploitants qui parfois demandent, et exceptionnellement obtiennent, le transfert du droit moral (2).

### **1) L'admission de l'abdication circonstanciée**

14. – Dans certaines circonstances la renonciation au droit moral sera valable en dépit de son indisponibilité, car « renonciation n'est pas cession ! », bien que l'auteur qui renoncerait de manière générale soit tout autant dépouillé de son droit moral<sup>46</sup>. Si les renonciations *a posteriori* sont largement admises, car l'auteur a conscience de toute l'ampleur des faits, les renonciations *a priori* sont critiquées<sup>47</sup> et en principe prohibées<sup>48</sup>. Dans les cas où elles sont admises, elles sont strictement encadrées. D'abord, la clause de renonciation *a priori* ne doit pas apparaître potestative, au risque d'encourir la nullité<sup>49</sup>, et doit donc être claire et précise<sup>50</sup>. Ensuite la renonciation ne saurait être perpétuelle<sup>51</sup>, ce qui n'est qu'une application spéciale du principe civiliste de prohibition des engagements perpétuels se résolvant en une faculté de résiliation unilatérale, revers de la distinction entre renonciation anticipée au droit moral et cession de droit moral.

15. – L'abdication a vocation à jouer en particulier en matière de négritude littéraire, nécessairement limitée dans le temps<sup>52</sup>, ou révocable à tout instant comme l'est l'exercice négatif du droit de paternité<sup>53</sup>. Dans certains cas c'est la bonne foi contractuelle qui va

---

41 Civ. 1, 24 oct. 2000, *Antonin Artaud*, Bull. civ. I, n° 266, p. 172, D. 2001.918, obs. CARON (C.), RTDcom. 2001.94, obs. FRANÇON (A.).

42 Civ. 1, 14 mai 1991, *loc. cit.*

43 CA Paris, 13 mars 2009 ; le droit de divulgation serait le seul attribut discrétionnaire selon GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 200.

44 POLLAUD-DULIAN (F.), note sous Civ. 1, 14 mai 1991, JCP 1991 II 21760.

45 Critiquant la position de F. Pollaud-Dullian : GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, *loc. cit.* ; CARON (C.), *Abus de droit et droit d'auteur*, IRPI, 1998.

46 CARON (C.), « Droit moral ou droits moraux », *Petites affiches*, 6 décembre 2007, n° 244, p. 206.

47 SIRINELLI (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, *op. cit.*, p. 316-317.

48 Civ. 1, 28 janvier 2003, *Prop. Intelle.* 2003, n° 7, p. 165, obs. SIRINELLI (P.) ; RIDA 2003, n° 196, p. 415, obs. KÉRÉVER (A.) ; *Juris-Data* n° 2003-017443.

49 Art. 1174 du Code civil.

50 CA Paris, 28 juin 2000, CCE 2000, *Petites affiches*, 6 décembre 2007, n° 244.

51 Civ. 1, 13 février 2007, n° 05-12.016, F-P+B, RIDA avril 2007.275 ; CCE avril 2007, n° 53, obs. CARON (C.).

52 *Idem.*

53 « [Les conventions de nègres] peuvent s'épanouir dans un accord aux termes duquel le créateur met en avant sa volonté d'anonymat » selon VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *op. cit.*, n° 465.

permettre d'écarter le droit moral notamment en admettant une renonciation implicite déduite de la nature du contrat<sup>54</sup>. Par ailleurs la renonciation à la liberté de création, la commande d'une œuvre déterminée, n'est pas prohibée puisqu'il ne s'agit pas du droit moral<sup>55</sup>. Enfin, au delà de l'idée d'abdication, c'est le transfert du droit moral qui est parfois admis.

## 2) Le transfert exceptionnel au profit de l'exploitant

16. – La gestion collective est en passe de devenir le mode normal d'exploitation des œuvres vouées à la consommation<sup>56</sup>, par opposition aux œuvres utilisées à des fins professionnelles. Il est admis que les sociétés de gestion collective puissent agir pour défendre le droit moral de l'auteur<sup>57</sup>, mais l'auteur conserve la possibilité d'agir<sup>58</sup>, sauf stipulation contraire du contrat d'adhésion<sup>59</sup>. Auquel cas il ne peut agir qu'en cas de carence de la part de la société de gestion<sup>60</sup> ou en cas d'utilisation de l'œuvre dans des conditions non prévues au contrat d'adhésion<sup>61</sup>. Ne s'agirait-il pas d'un transfert de droit moral ?

17. – La solution la plus audacieuse et la plus critiquable est celle rendue dans l'arrêt S DFA contre Charroy<sup>62</sup> qui a admis qu'une personne morale puisse être titulaire d'un droit moral, confortant ainsi la jurisprudence antérieure<sup>63</sup>. C'est au visa de l'article L. 113-5 du CPI relatif aux œuvres collectives que la Cour admet qu'une personne morale puisse être non seulement titulaire ab initio des droits patrimoniaux, mais aussi des droits moraux. Rappelons que c'est au visa du même article que la jurisprudence issue de l'arrêt Aréo<sup>64</sup> a créée la présomption de titularité de l'exploitant. Or, il n'est pas impossible que, par ce biais, l'exceptionnel transfert du droit moral s'étende.

Cette jurisprudence S DFA contre Charroy peut être interprétée comme transférant le droit moral de chaque auteur, ou comme créant un nouveau droit moral sur la tête de l'initiateur de l'œuvre collective<sup>65</sup>, ou les deux à la foi. La seconde interprétation est confortée par la reconnaissance d'un préjudice moral à la personne morale<sup>66</sup> et leur responsabilité pénale qui

---

54 Civ. 1, 22 novembre 1966, Dialogue des carmélites, Dalloz 1967, p. 485, note DESBOIS (H.) ; Gazette du Palais 1967, 1, p. 175 ; JCP 1968, II, 15331, note PLAISANT (R.) ; en l'espèce un contrat d'adaptation cinématographique.

55 Civ. 1, 7 avril 1987, Dalloz 1988, Jurisprudence 97, 2e espèce, note EDELMAN (B.) ; YACOUB (O.), « L'aménagement contractuel de la création », Gazette du Palais, 9 décembre 2003, n° 343, p. 9.

56 La gestion collective obligatoire est prévue pour le droit de location et de prêt public et la copie privée, et la gestion collective automatique pour les livres indisponibles et les livres orphelins depuis la loi du 1<sup>er</sup> mars 2012.

57 CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 31 mars 2004, JurisData n° 2004-237441 ; D. 2004, p. 2028, note EDELMAN (B.) ; CCE 2004, comm. 50, obs. CARON (C.) ; Propr. intell. 2004, p. 768, obs. LUCAS (A.) ; RIDA 2004, p. 292, note POLLAUD-DULIAN (F.).

58 Civ. 1, 24 février 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 75 ; RIDA juill. 1998, p. 211, note KÉRÉVER (A.) ; D. 1998, jurispr. p. 471, note FRANÇON (A.).

59 CA Paris, 4e ch., 10 oct. 2008, Propr. Intell. 2009, p. 180, obs. LUCAS (A.).

60 CA Paris, 14e ch., 27 mars 2009, JurisData n° 2009-003796.

61 KEREVER (A.), « Chronique de jurisprudence », RIDA, juillet 1998, p. 254.

62 Civ. 1, 22 mars 2012, n° 11-10.132, P+B+I, SA S DFA c/ Charroy, commenté par CARON (C.), « Le droit moral de la personne morale », *op. cit.*

63 Civ. 1, 8 décembre 1994, RIDA 1994, n° 161, p. 303.

64 Civ. 1, 24 mars 1993, n° 91-16.543 ; POLLAUD-DULLIAN (F.), « La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon ». « La jurisprudence Aréo à l'épreuve du temps », RTDcom 2011 p. 45.

65 Dans le cas contraire aucun droit moral ne serait attaché à l'œuvre collective en tant que tel selon CARON (C.), « Le droit moral de la personne morale », *op. cit.*, §3.

66 Crim., 24 octobre 2012.

laissent entendre qu'une personne morale soit mue par une volonté propre, indépendante de ses dirigeants et de ses composantes. À ce stade nous ne sommes pas loin de la personne morale auteur de l'œuvre de l'esprit, ce qui a été admis à propos de jardinières qui porteraient « l'empreinte de la société »<sup>67</sup>.

18. – Le droit d'auteur est donc en crise même du point de vue moral, le juge cherchant à le tempérer, alors que c'est toute la logique du droit moral qu'il faut réviser.

## **II) Revoir la puissance crescendo du droit moral selon le degré d'originalité**

19. – Le droit moral, de par ses attributs, est une force de contrôle de l'auteur dont les incidences sur l'exploitation sont majeures (A), mais étant lié à l'empreinte de la personnalité il est logique qu'il décroisse proportionnellement au manque d'originalité (B).

### **A) Le contrôle de l'exploitation par les attributs du droit moral**

20. – Les attributs du droit moral permettent un contrôle préalable à toute exploitation par le droit de divulgation et le droit de retrait et de repentir (1) puis un encadrement de l'exploitation par la mutation du droit de divulgation et l'intervention du droit au respect de l'œuvre et à la paternité (2).

#### **1) Une volonté préalable à l'exploitation**

21. – Nul ne saurait exploiter une œuvre que l'auteur a désiré ne pas livrer au public, soit qu'il ne l'ait jamais divulgué ou bien qu'il l'ait divulgué mais ensuite retiré, sauf à enfreindre le droit moral. Le droit de divulgation « commande l'exercice des droits patrimoniaux »<sup>68</sup>, il est un préalable indispensable à toute exploitation, même 70 ans après la mort de l'auteur<sup>69</sup>, et les héritiers qui en sont titulaires l'exercent selon la volonté de celui-ci<sup>70</sup>, et dans l'intérêt du public<sup>71</sup> voir du patrimoine culturel<sup>72</sup>. À défaut d'héritier ou de société collective<sup>73</sup> soucieux de l'œuvre de l'auteur, le droit moral est-il transféré à l'État du fait de la déshérence, tombe-t-il dans le domaine public ou disparaît-il simplement ? Bien que ce ne soit pas de droit positif, la protection des intérêts commanderait une meilleure protection du droit moral, qui est ordre public<sup>74</sup> et supposément perpétuel, notamment en le détachant des héritiers<sup>75</sup>.

22. – Le droit de divulgation requière une démarche volontaire<sup>76</sup> de l'auteur qui peut procéder d'actes juridiques ou de faits, « peu importe le contexte dans lequel elle se produira,

67 Com., 15 juin 2010.

68 DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978.

69 Contrairement au droit Allemand selon POLLAUD-DULLIAN (F.), « Qui peut faire respecter le droit moral », extraits de la publication des actes du forum « Droit moral » du 22 novembre 2004 de la SGDL [en ligne], consulté le 30 janvier 2013. <http://www.sgd.org/la-documentation/les-dossiers/204>

70 Cf. *supra*, n° 10.

71 En ce sens : CA Paris, 10 décembre 1850 ; TGI Reims, 9 janvier 1969 ; CA Paris, 13 mars 2009 ; CA Paris, 4 décembre 2009 : le droit de divulgation doit s'exercer au service des et de leur promotion.

72 Dans l'affaire des Misérables, avant d'être cassé par la Civ. 1, 30 janvier 2007, la CA de Paris avait admis de protéger moralement l'œuvre, car elle constituait un monument du patrimoine culturel.

73 Solution parfois retenu en matière d'œuvre orpheline.

74 Cf. en ce sens : VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur*, op. cit., n° 403 dont note n° 4.

75 Pour approfondir cf. GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 435.

76 VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur*, op. cit., n° 438.



direct ou indirect, gratuit ou onéreux, ce qui compte est qu'elle soit publique »<sup>77</sup>. Par ailleurs, si le transfert de propriété du support matériel ne vaut pas systématiquement divulgation<sup>78</sup>, mais que le droit de divulgation peut être opposé pour empêcher ce transfert<sup>79</sup>, c'est sans doute qu'il doit y avoir deux degrés de divulgation en matière d'œuvre d'art. Un premier degré pour le transfert du support et un second pour porter l'œuvre à la « connaissance du public »<sup>80</sup>.

23. – Le droit d'auteur français est original puisqu'il admet que l'auteur puisse revenir sur sa divulgation<sup>81</sup>, il dispose d'un droit de retrait et de repentir opposable, au seul exploitant<sup>82</sup>. Cependant le droit de retrait du créateur d'une œuvre première devrait céder face au droit de divulgation d'une œuvre dérivée<sup>83</sup> autorisée par lui. Ce droit pourrait poser un problème majeur aux déposants de signes distinctifs s'il n'était pas strictement conditionné mais aussi judiciairement contrôlé à l'instar du droit de divulgation<sup>84</sup>. Non seulement ce sont des intérêts véritablement moraux qui devront être invoqués, mais il faudra que l'exploitant soit justement et préalablement indemnisé par l'auteur des pertes subies et des gains manqués, au regard notamment du chiffre d'affaires, ce que ses capacités économiques permettent rarement<sup>85</sup>. Enfin, il ne pourra « recommercialiser » l'œuvre sans la proposer à l'exploitant en priorité et dans les mêmes conditions qu'antérieurement. Ce « droit théorique »<sup>86</sup> ne serait donc qu'« "une fantaisie de théoriciens" »<sup>87</sup>.

Mais l'artiste a parfois l'intention de réviser son œuvre, de la modifier<sup>88</sup>, voir de l'augmenter substantiellement. Si tant est que l'auteur en ait le droit. Alors le droit de préemption dans les conditions antérieures dont jouit l'exploitant évincé semble trop sévère, non seulement parce que le temps s'est écoulé<sup>89</sup>, mais aussi car une œuvre différente est proposée<sup>90</sup>. Le Professeur Sirinelli suit Desbois dans son analyse, le droit de préemption serait réservé à l'exploitation d'une œuvre à l'identique<sup>91</sup>, tandis que les Lucas se contenteraient d'une similitude, il suffirait qu'il s'agisse de la même œuvre<sup>92</sup>. Cette seconde interprétation a notre préférence, cependant s'il-y-a dérivation c'est qu'il-y-a reproduction de l'œuvre première, à l'égard de laquelle

---

77 GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 191.

78 Notamment si l'œuvre est inachevée selon CA Paris, 17 février 1988, *Pons* ; CA Paris, 10 septembre 2001, CCE 2002, comm. 95 note CARON (C.).

79 Cf. l'arrêt fondateur : Civ., 14 mars 1900, Whistler. DP 1900. 1. 497 ; et excluant la saisie-vente : SIRINELLI (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, op. cit., p. 45.

80 TGI Paris, 12 septembre 2007, *Les Boréades* ; Popr. Intell. 2008, p. 222, obs. LUCAS (A.).

81 Le droit de retrait prend « le relais du droit de divulgation » selon LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 524.

82 Et non au propriétaire du support matériel, *Ibidem.*, n° 527.

83 *Ibidem.*, n° 533

84 LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 533.

85 GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 195.

86 *Idem.*

87 VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur*, op. cit., n° 447.

88 Cet attribut faisant exception au droit commun il doit être interprété strictement, et n'a pas pour vocation d'ouvrir un droit de modification de l'œuvre selon GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 207.

89 L'auteur pourra alors faire application de la théorie de l'imprévision selon VIVANT (M.) et BRUGIÈRE (J.-M.), *Droit d'auteur*, op. cit., n° 454.

90 Il pourra être question d'une œuvre nouvelle dérivée de la première ou d'une toute autre œuvre incorporant la première.

91 SIRINELLI (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, op. cit., p. 635.

92 LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 532.

l'exploitant évincé bénéficie d'un droit de préemption dans les conditions antérieures à la rétractation. Ce droit devrait alors jouer pour la partie ancienne de l'œuvre seconde<sup>93</sup>.

24. – La divulgation et le retrait peuvent ne jouer que pour un type d'exploitation déterminé, les autres exploitations se poursuivant sous le contrôle du droit moral.

25. – À noter que des actions complémentaires vont pouvoir défendre l'image de marque<sup>94</sup>, ou le droit extra-patrimonial des personnes tel que l'image des personnes<sup>95</sup>, la notoriété de l'artiste<sup>96</sup>, et la fausse attribution d'une œuvre en complément du droit de paternité. Mais ces droits s'éteignent à la mort de l'auteur<sup>97</sup> contrairement au droit moral. Les droits moraux permettent donc un contrôle supérieur de l'exploitation, déséquilibre qui devrait être proportionnel à la véritable empreinte de la personnalité.

## 2) Un encadrement de l'exploitation

26. – L'œuvre doit être exploitée pour l'usage prévu. La reconnaissance de l'originalité d'un modèle ou d'un signe peut donc être une barrière pour l'exploitant, « le salarié créateur pourra [...] toujours arguer que le dépôt du signe créé porte atteinte à ses droits moraux »<sup>98</sup>. L'encadrement de l'exploitation passe par le droit de divulgation et le droit au respect de l'œuvre, de son intégrité et de la paternité de l'auteur.

Le droit de divulgation a tendance à encadrer très sévèrement le type d'exploitation consenti<sup>99</sup>, et nous l'avons distingué du droit de destination<sup>100</sup>. Selon Pierre-Yves Gautier, il ferait double emploi avec l'exigence de spécialité des cessions de droit<sup>101</sup>, à vrai dire il prendrait tout son sens s'il était fait exception à l'article L. 131-3 du CPI<sup>102</sup>.

Dans ce cas et si l'on a une vision restrictive du droit de divulgation, seul l'usage irrespectueux de l'intégrité ou de l'esprit de l'œuvre sera sanctionné. Il faut un usage ou une transformation dénaturant l'œuvre<sup>103</sup> ou portant atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, en démontrant un risque de confusion dans l'esprit du public, ou même

---

93 En conséquence l'œuvre pourrait appartenir à la foi à l'exploitant, s'il préempte l'œuvre d'origine, et à l'auteur pour la partie nouvelle, les deux parties seront alors amenées à négocier sur la base de ces arguments.

94 L'image de marque doit être protégée indépendamment du risque de confusion dans l'esprit du public selon Civ. 1, 15 novembre 2011.

95 Atteinte à la notoriété ou à la réputation sanctionnée indépendamment de la reproduction de l'image sans autorisation, ou d'une utilisation détournée ou d'une atteinte à la vie privée, les différents préjudices se cumulent selon BATTISTI (M.), *Des clics et des droits*, ADBS éditions, *L'essentiel sur...*, 2009, p. 54.

96 SIRINELLI (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, op. cit., p. 361.

97 En ce sens : Civ 1ère 20 févr 2001, JCP 2001, 10533 ; Dans le sens contraire : Civ 1, 15 juin 2000, *Erignac*, Dalloz 2001, 885, note GRIDEL ; Civ. 2, 4 novembre 2004.

98 DREYFUS (N.), « Le dépôt par l'employeur d'une marque créée par un salarié », CCE n° 2, février 2011, étude 4, n° 8.

99 L'auteur contrôle par ce biais l'exploitation de l'œuvre « de la manière et dans les conditions qu'il juge convenables » selon CA Paris, 6 mars 1931, Camoin, DP 1931, 2, p. 88, note NAST (M.).

100 Cf. *supra* n° 10.

101 GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, loc. cit.

102 Dans un cas que l'on doit espérer être d'espèce il a été admis que l'application de l'article L. 131-3 du CPI se limitait aux contrats énoncés par l'article L. 131-2 : Civ. 1, 21 novembre 2006.

103 TGI Paris, 11 mai 1998, *Tintin*.

d'assimilation<sup>104</sup>. Toute modification n'est pas prohibée, peu importe qu'elle soit minime<sup>105</sup> ou substantielle<sup>106</sup>, toute la difficulté étant différencier les modifications permises. Furent notamment sanctionnées le défaut d'entretien de l'œuvre, ou le recadrage d'une photo<sup>107</sup>, ou encore la reproduction de l'œuvre dans des matériaux différents<sup>108</sup>. Dans le doute mieux vaut obtenir l'accord exprès et précise de l'auteur, en particulier lorsqu'il y aura un caractère publicitaire, même indirectement<sup>109</sup>.

Enfin c'est le droit à la paternité qui, exercé positivement, permet à l'auteur, ou à l'inventeur, d'exiger qu'il soit mentionné en cette qualité directement sur l'œuvre et quelle que soit la catégorie d'œuvre<sup>110</sup>. Négativement, il dispose d'un droit à l'anonymat ou au pseudonymat<sup>111</sup>, ce qui lui permettrait, selon nous, à ce que son nom ne figure pas sur les œuvres qui lui seraient faussement attribuées<sup>112</sup>, car alors il peut feinter être l'auteur et ainsi disposer d'un droit à l'anonymat sur elles.

## **B) La limitation aux œuvres marquées de l'empreinte de la personnalité**

27. – Comme incite à le penser la victoire de la conception personnaliste du droit d'auteur devant la Cour de Justice de l'Union Européenne<sup>113</sup>, il n'est pas question d'abandonner le droit moral, mais d'en réserver l'usage. On pourrait se contenter de remarquer le développement légal et prétorien d'un droit d'auteur à deux vitesses (1), cependant il faut aussi critiquer positivement ce mouvement ainsi que critiquer négativement les critères stéréotypés de démarcation entre originalité subjective et originalité objective (2).

### **1) Développement d'un droit d'auteur à deux vitesses**

28. – Le créateur donne « plus qu'il ne possède »<sup>114</sup>, cette part de personnalité s'amenuise dans une logique économique, parallèlement à la force du droit moral<sup>115</sup>.

29. – Le malaise ne vient ni vraiment de la théorie de l'unité de l'art, ni des conditions indifférentes à la protection des œuvres, ni même de la protection des œuvres purement

---

104 Rapprocher deux œuvres l'une de l'autre peut être sanctionné, notamment des musiques par compilation selon Soc., 8 février 2006, Jean Ferrat ; Bull. Civ. V, n° 64 ; CCE 2006, comm. 57, note CARON (C.) ; en sens contraire : Civ. 1, 7 novembre 2006 Pierre Perret ; JCP G 2007, II, 10000, note AZZI ; reprenant l'attendu de la chambre Civ. 1 : CA Paris, 14 novembre 2007, Henri Salvador ; RIDA 2/2008, p. 375, obs. SIRINELLI (P.).

105 Ayant sanctionné l'incrustation d'un logo dans un film : CA Paris, 25 octobre 1989, Dalloz 1990. Somm. 54, obs. COLOMBET (C.) ; au contraire ne sanctionnant pas une modification minime : CA Versailles, 16 juin 1988 ; RIDA 4/1989, p. 341.

106 N'ayant pas sanctionné l'écriture de la suite des misérables : Civ. 1, 30 janvier 2007.

107 CA Paris, 11 juin 1990, *Lucie Saint-Clair* ; RIDA, octobre 1990. 293.

108 Civ. 1, 4 mai 2012, *La vague de Camille Claudel*.

109 CA Caen, 6 mai 1997, JCP 1998. IV. 2928 ; Juris-Data n° 1997-049489.

110 Plan d'une œuvre architecturale : CA Paris, 15 novembre 1985 ; œuvre de collaboration : TGI Paris, 28 juin 1983 ; œuvre collective : Civ. 1, 15 avril 1986.

111 L'éditeur étant tenu au secret : CA Paris, 5 juillet 1979, Dalloz 1980. 580, ccl. Lévy ; Dalloz 1981. IR. 84, obs. COLOMBET (C.).

112 La doctrine écrit le contraire, il y aurait cependant atteinte au respect de l'ensemble des autres œuvres selon GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 193.

113 CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Painer* ; CJUE 1<sup>er</sup> mars 2012, *Dataco*.

114 VALÉRIE (P.), *Cahier*, Gallimard, éd. Bibliothèque de la Pléiade, 1974.

115 LUCAS (A.), Lucas (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 533.

utilitaires comme les logiciels, les bases de données et la petite monnaie. Le droit d'auteur est en crise, car le juge devient laxiste quant-à la condition d'originalité. L'originalité est peu à peu devenue objective, se confondant parfois avec la nouveauté. En particulier pour les œuvres utilitaires<sup>116</sup>, mais aussi parfois pour les œuvres d'art<sup>117</sup>. Le droit d'auteur à deux vitesses semble se développer en dépit de quelques décisions exigeant une véritable empreinte de la personnalité<sup>118</sup>. Ce peut être un avantage concurrentiel pour les sociétés, ou une entrave, car l'œuvre appartient au salarié.

## 2) Concentrer le droit moral dans les œuvres originales

30. – Pour compenser ce laxisme, le juge donne alors des solutions légitime mais *contra legem* en amoindrissant le droit moral, dans ses caractères<sup>119</sup> et chacun de ses attributs<sup>120</sup>. Le législateur lui donne peu à peu raison, en multipliant les régimes dont le droit moral est réduit<sup>121</sup>.

31. – Réserver le droit moral aux œuvres originales est une justice permettant de reconnaître les œuvres à faible originalité, bien que contraire à la jurisprudence européenne<sup>122</sup>, tout en respectant la logique du droit d'auteur personnaliste. La dévolution des œuvres et l'amoindrissement du droit moral ne devraient dépendre que du degré d'originalité et non de leur classement a priori, ce que devient le droit positif, à l'image du copyright américain. Le droit d'auteur français se morcelle pour répondre aux exigences économiques sans abandonner sa philosophie, mais son unité permet aux aménagements d'atteindre les œuvres artistiques<sup>123</sup>. Le cumul avec les dessins et modèles semble d'ailleurs superflus. Il faudrait reconnaître formellement une protection minimale à l'originalité limitée et une protection maximale à l'empreinte de la personnalité. Cependant cette proposition ne sera pas sans poser de difficulté d'appréciation, elle n'a vocation qu'à ouvrir la réflexion.

## Conclusion

32. – Le droit moral est une mine de richesse pour l'auteur et une mine meurtrière pour l'exploitant. Une réforme sur la globalité des œuvres salariales ou pour reconnaître un droit d'auteur à deux vitesses offrirait peut-être une meilleure visibilité, dans le flou des régimes spéciaux qui divisent les œuvres complexes et les exploitations. Cela chasserait surtout l'aléa judiciaire en matière de droit moral. En tout état de cause, l'exploitant est invité à se prémunir contre les actions en contrefaçon de l'auteur, de préférence en amont par un contrat précis, détaillé et non ambiguë, afin que l'interprétation ne soit pas favorable à l'auteur. Il convient de prévoir non pas le transfert du droit moral, mais la renonciation à des hypothèses détaillées afin que la sécurité juridique soit maximale. Quant-à l'auteur il est invité à en faire un usage raisonné au risque de tomber dans l'abus de droit ou dans une limite externe au droit d'auteur.

33. – La plus grande difficulté sera toujours d'arbitrer dans les conflits entre droits moraux.

116 Civ. 1, 7 mars 1986, *Pachot*.

117 Civ. 1, 13 novembre 2008, *Paradis*.

118 Civ. 1, 7 novembre 2006 ; CARON (C.), « Derrière l'originalité, la nouveauté ! », CCE n° 1, janvier 2007, comm. 4 ; CJUE, 1er mars 2012, *Dataco*.

119 Cf. *supra*, n° 8-18.

120 Exemples récents : l'atteinte à l'intégrité des œuvres architecturales : Civ. 1, 17 novembre 2012 ; dessins et modèles : KAHN (A.-E.), « Un an de droit de la mode », CCE n° 9, septembre 2008, chronique 8, n° 8.

121 Notamment les logiciels, œuvres plurales et audiovisuelles, agents publics.

122 La jurisprudence *Painer* et *Dataco*, précit., exige l'originalité personnaliste pour toute œuvre.

123 Notamment la théorie des facilités essentielles depuis Ordonnance référé TGI Paris, 5 septembre 2011.