

Le droit moral en France

Nicolas Binctin*

1. LA NATURE DU DROIT MORAL	312
1.1 Le droit moral : un élément du droit de propriété	314
1.1.1 Qualification du droit moral au regard des mécanismes du droit des biens	314
1.1.2 Puissance du droit moral puisée dans le droit de propriété.	319
1.2 La dévolution du droit moral	323
1.2.1 Une dévolution initiale identique à celle des éléments patrimoniaux du droit de propriété	323
1.2.2 Les limites de la dévolution unitaire du droit de propriété	329
1.3 Le droit moral et la protection du bien intellectuel	334
1.3.1 L'absence de monopole du droit moral pour la protection des usages du bien intellectuel	334

© Nicolas Binctin, 2013.

* Professeur agrégé des Facultés de Droit Université de Poitiers – CECOJI.

1.3.2	La caricature du droit moral	336
2.	LE RÉGIME DU DROIT MORAL	337
2.1	Un régime non unifié	337
2.1.1	L'œuvre collective	338
2.1.2	L'œuvre audiovisuelle	340
2.1.3	Le logiciel	343
2.1.4	Le journaliste	345
2.1.5	Les agents publics	346
2.2	Un exercice non discrétionnaire	348
2.2.1	Le contrôle du titulaire initial	349
2.2.2	Le contrôle de ses ayants droit	352
2.3	Des usages dénaturants	354
2.3.1	Patrimonialisation du droit moral	354
2.3.2	Confusion entre préjudice moral et droit moral	357
2.3.3	Confusion entre liberté de création et droit moral	359

Le droit d'auteur présente une particularité en droit des biens : des attributs intellectuels, suivant les termes de la loi, désignés droit moral, sont attachés à la personne bénéficiant de la première dévolution du droit de propriété, créant un lien assimilable à un lien personnel intégré au lien réel existant entre un bien et son premier propriétaire. Ces attributs moraux influencent l'analyse de la matière et contribuent depuis 150 ans à nourrir, parfois de façon passionnée¹, la doctrine du droit d'auteur en France.

L'histoire du droit d'auteur n'est pourtant pas celle du droit moral, ce dernier n'est consacré par le législateur que très tardivement, en même temps que la notion d'œuvre collective, à l'occasion de la loi de 1957² codifiée à droit constant au sein du Code de la propriété intellectuelle (CPI). Les premiers temps du droit d'auteur sont donc ceux d'un strict droit de propriété sur un bien immatériel. Les envolées lyriques de la période révolutionnaire ont même fait de cette propriété la plus sacrée grâce à Lakanal et Le Chapelier. Le législateur consacre en 1791 et 1793 les éléments structurants du droit d'auteur : le droit de représentation, le droit de reproduction, la durée limitée de la propriété, et les outils de défense de celle-ci. Aucun germe d'un droit moral n'est présent. Le droit d'auteur moderne naît en France sans cette composante. La construction du droit moral est l'œuvre lente de la jurisprudence tout au long du XIX^e siècle comme la décrit Strömholm³, à partir de cas précis, telle la divulgation d'un manuscrit saisi ou la défense de l'intégrité de l'œuvre. La doctrine reste assez silencieuse pendant l'essentiel de cette période, sous réserve des positions adoptées, et assez opposées, par Renouard⁴ puis Blanc⁵. Le législateur, lors des réformes de la

1. André LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, Dalloz 2010, p. 71.
2. Voir Ysolde GENDREAU, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », (1988) 13 *Revue de la recherche scientifique – Droit prospectif* 42.
3. Stig STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français, et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale – Étude de droit comparé*, Stockholm, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1966, t. 1, p. 117 et sq. ; Louis VAUNOIS, « L'évolution du droit moral », *Mélanges Plaisant*, Paris, Sirey 1960, p. 301.
4. Augustin-Charles RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, J. Renouard, t. I, 1838 et t. II, 1839.
5. Étienne BLANC, *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, 4^e éd., Paris, Plon-Cosse, 1855.

matière tout au long de ce siècle, ne fait que modifier et adapter les lois de la période révolutionnaire. S'il n'utilise pas explicitement le terme propriété, il ne le supprime pas, et ne consacre à aucune des occasions qui lui sont présentées le droit moral. Le droit d'auteur français vit ainsi un siècle majeur pour son patrimoine culturel sans un droit moral dominant. Ce n'est qu'après 1880 que la doctrine prend conscience de cet élément du droit d'auteur et va le cristalliser. Sous l'influence de la doctrine allemande et de la philosophie de Kant⁶, quelques auteurs français évoquent un caractère particulier du droit d'auteur en raison du lien de l'œuvre avec son auteur. Émerge ainsi une vision personnaliste du droit d'auteur dont l'un des premiers promoteurs fut Morillot⁷. La doctrine et la jurisprudence deviennent plus actives⁸, les questions se formant à partir d'un contentieux annexe du droit d'auteur, celui du régime matrimonial de l'auteur. Ainsi, du contentieux du partage de l'actif commun des époux émerge le droit moral qui devient une question centrale du droit d'auteur pour permettre la qualification de ce dernier selon une approche moniste personnaliste ou une approche dualiste, distributrice des qualifications en fonction des prérogatives envisagées, intellectuelles ou patrimoniales. La Cour de cassation contribue activement à ces débats au travers des arrêts *Masson*⁹ et *Lecoq*¹⁰. L'affaire *Canal*¹¹, l'affaire *Bonnard*¹², et enfin l'affaire *Picabia*¹³ contribueront aussi à soutenir une doctrine française du droit

6. Sur l'influence de Kant dans la construction d'une approche personnaliste du droit d'auteur, STRÖMHOLM, *op. cit.*, n° 31 et sq. ; Paul OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1934, p. 40.
7. André MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, Paris et Berlin, Cotillon : Puttkammer & Mühlbrecht, 1878.
8. Par exemple, Edouard SILZ, « La notion juridique de droit moral de l'auteur », *RTD civ.* 1933.331 ; André PERRAUD-CHARPENTIER, « De l'exercice du droit moral de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre d'après la jurisprudence française », (1937) *Revue critique de législation et de jurisprudence* 43.
9. Cass. req., 16 août 1880, S. 1881, 1, p. 25, note Charles LYON-CAEN.
10. CA Paris, 1^{er} févr. 1900, S. 1900, 2, p. 121 note Raymond SALEILLES ; Cass. civ., 25 juin 1902 : *DP* 1903, 1, p. 5, notes Ambroise COLIN et Charles LYON-CAEN, et concl. Manuel BAUDOIN.
11. Cass. civ., 14 mai 1945, *D.* 1945, j. 285, note Henri DESBOIS ; S. 1945, 1, p. 101, note Henri BATIFFOL.
12. CA 19 janv. 1953 : *D.* 1953, j. 405, note Henri DESBOIS ; Cass. civ. I, 4 déc. 1956 : *JCP G* 1959, II, 11141, note Alexandre WEILL ; [1957] *Revue trimestrielle de droit civil* 324, obs. Henri DESBOIS et p. 390, obs. Roger NERSON ; CA Orléans, 18 févr. 1959 : *D.* 1959, j. 440, note Henri DESBOIS ; Henri MAZEAUD, « Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence », *D.* 1959, chron. p. 133.
13. CA Paris, 24 mai 1969, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 240 ; [1970] *Revue trimestrielle de droit civil* 564, obs. Roger NERSON ; Cass. civ. I, 4 juin 1971 : *D.* 1971, j. 585, concl. Raymond LINDON ; *JCP G* 1972, II, 17164, note Jean PATARIN ; (1972)

moral, portée par la vision de Desbois. Dualiste ou moniste¹⁴, les auteurs se partagent sur la qualification du droit d'auteur. Les monistes personnalistes retiennent que seul un droit moral relevant de la personne de l'auteur doit être pris en considération, excluant le droit d'auteur du droit des biens¹⁵. Les partisans du dualisme défendent une dichotomie de la matière en distinguant les prérogatives patrimoniales qui relèveraient du droit des biens ou d'une sorte de réservation, et les prérogatives morales qui relèveraient du droit de la personne ou des droits de la personnalité¹⁶, voire un droit de la personnalité spéciale¹⁷. Cette approche permettait de retenir que le droit d'auteur n'était pas un droit sur un bien mais un droit de l'auteur personne physique, conduisant même à caricaturer l'opposition entre le système des États-Unis, purement capitaliste et sans considération pour les auteurs, et le système français du droit d'auteur, protecteur de l'auteur.

Desbois résume la situation du droit d'auteur en France avant la réforme de 1957 en quelques mots dans son ouvrage introductif¹⁸ en parlant de « la complexité des droits d'auteur ». Il avance que la conception moniste personnaliste est fondée en France sur la jurisprudence *Canal* qui exclut les droits patrimoniaux de l'auteur de la masse commune. Cette conception lui semble dangereuse pour l'auteur car elle lui dénie toute valeur patrimoniale, et fait la part trop large au droit moral. « La suprématie qu'il convient de lui reconnaître n'a pas pour conséquence l'impossibilité d'inclure, sous la forme de monopole, les droits exclusifs de reproduction ou d'exécution publique dans le patrimoine. Car, tout à la fois, le système unitaire repose sur une pure pétition de principe et appelle condamnation par les abus auxquels il conduit ». Il s'écarte ainsi de l'analyse

Revue trimestrielle de droit civil 121, obs. Roger NERSON ; [1972] *Revue trimestrielle de droit commercial* 90, obs. Henri DESBOIS ; Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « De l'existence du droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté » *D.* 1971, chron. p. 37 ; Raymond SARRAUTE, « Que reste-t-il du droit moral de l'artiste ? », *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 542.

14. Sur ce débat, André et Henri-Jacques LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, LexisNexis 2012, n° 33.
15. Pour une présentation de cette doctrine, Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, Paris, Economica 2005, n° 54.
16. Voir Paul OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, Paris, LGDJ 1934, t. 1, p. 35 sq. qui assimile le droit d'auteur aux prérogatives de l'article 1166 du C. civ. ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droit de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 553.
17. Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Litec 2009, n° 248.
18. Henri DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, Armand Colin, 1953, p. 56.
19. Marcel NAST, note sous Trib. Seine, 1^{er} avril 1936, *D. P.* 1936, 2, 65.

de Nast, supporteur de la conception moniste personnaliste¹⁹. Pour Desbois, « la protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêts de caractère patrimonial représentent deux objets, que l'analyse et l'observation des faits permettent de dissocier ». La prééminence du droit moral dans le droit d'auteur, à l'époque sans aucune consécration légale, s'explique pour Desbois par le fait que « les créations de forme, dues à un effort original de l'esprit, sont d'une autre nature que les produits de l'activité artisanale ou industrielle »²⁰. Suivant son analyse, « les droits d'auteur comptent au nombre des droits de clientèle, car il tendent, grâce au monopole, à l'exclusivité qui en constitue l'apanage, à recruter et à retenir des clients », mais se distinguent des autres droits de clientèle²¹ par « le dualisme, qui les caractérise, et la prééminence du droit moral, justifiée par l'acte de création intellectuelle, interdisent de les maintenir dans le rang, à côté d'autres prérogatives, avec lesquelles ils offrent autant de points de divergence que de ressemblance »²². Pour Desbois, le droit moral « domine les facteurs patrimoniaux : il les précède, les accompagne et leur survit »²³.

Au regard de l'évolution de la doctrine, il semble que, dès 1950, Desbois aie pris le pas sur la doctrine de Pouillet qui retenait une analyse essentiellement moniste propriétaire du droit d'auteur, à l'occasion de la première édition de son traité. L'œuvre de Pouillet n'est plus désormais analysée que comme une contribution pratique et la doctrine de Desbois va dominer durablement le droit d'auteur en France²⁴. Nous émettrons de nombreuses réserves à l'analyse défendue par Desbois, mais il faut, avant, reconnaître l'exceptionnelle vitalité de sa doctrine et son inscription dans le temps. Les générations suivantes de magistrats et d'auteurs, formées sur ces ouvrages, ont soutenu l'analyse dualiste ainsi prônée. En France, comme à l'étranger, le Traité de Desbois dans son édition de 1978 reste une référence²⁵, même si plus de trente ans se sont écoulés depuis sa parution. Les reprises de l'approche de Desbois par Françon²⁶ puis par les principaux auteurs contemporains dans leurs

20. Henri DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 59.

21. Sur cette notion, voir, Paul ROUBIER, « Droits intellectuels ou droit de clientèle », (1935) *Revue trimestrielle de droit civil* 252.

22. Henri DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 61.

23. Henri DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 97.

24. On note la résistance historique de Pierre RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, LGDJ 1969.

25. Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz 1978, n° 380 sq. à propos du droit moral.

26. André FRANÇON, *Cours de la propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours du droit – Cujas, Paris, Cujas, 1999, p. 206.

travaux, qui y font indéniablement référence, notamment par H.-J. et A. Lucas²⁷, Colombet²⁸, P.-Y. Gautier²⁹, P. Sirinelli³⁰, M. Vivant³¹, ou encore F. Pollaud-Dulian³² marquent l'impressionnante force de cette doctrine. Elle a contribué à véhiculer une idée du droit d'auteur à la française toute en la façonnant, mais éloignant parfois l'analyse doctrinale de la réalité juridique et judiciaire. Cette puissance doctrinale permit même de laisser penser que, par nature, dans le système français, le droit moral était au cœur du droit d'auteur, en était la substance principale. Une histoire du droit revisitée qui permit de se dégager au fur et à mesure de la conception clairement retenue par le législateur révolutionnaire, tout comme le législateur des 150 années suivantes³³. Cette défense doctrinale ardente du droit moral et plus largement d'un droit à la française³⁴ trouva certainement l'une de ses plus belles consécutions judiciaires dans l'arrêt *Huston*³⁵. La colorisation de l'œuvre, acceptée ou subie aux États-Unis, et écartée en France sur le fondement du droit moral érigé en loi de police marquerait l'opposition des deux systèmes.

On peut même se demander si, dans le mouvement de défense du droit moral à la française, il n'y aurait pas, dans quelques cas, une approche anti-atlantiste³⁶. Le droit moral deviendrait alors un élé-

-
27. Henri-Jacques et André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité, op. cit.*, n° 33 *in fine*.
28. Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 21.
29. Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2012, 14 et sq.
30. Pierre SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2004 p. 54 et sq.
31. Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Paris, Dalloz 2009, n° 24.
32. Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, n° 47 et sq., 542 et sq.
33. Laurent PFISTER, *L'auteur propriétaire de son œuvre, La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse, Strasbourg III, 1999, p. 504 et sq.
34. Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Une apologie du droit d'auteur "à la française" », dans *Mélanges J. Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1133.
35. Cass. Civ. 1, 28 mai 1991, *JCP E* 1991, 220 note Jane GINSBURG et Pierre SIRINELLI ; *JCP G* 1991, II 21731 note André FRANÇON ; (1991) 150 *Revue internationale du droit d'auteur* 3, note Jane GINSBURG et Pierre SIRINELLI ; (1991) 149 *Revue internationale du droit d'auteur* 161, obs. André KEREVER ; (1991) *Revue critique de droit international privé* 752, note Pierre-Yves GAUTIER ; (1992) *Journal du droit international Clunet* 133, note Bernard EDELMAN ; *D.* 1993, p. 197 note Jacques RAYNARD.
36. Voir Bernard EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Paris, Maspero, 1973 ; Philippe GAUDRAT, « Le droit moral dans la création liée », Dossier Droit moral, Paris, SGDL 2004, <<http://www.sgdl.org/la-documentation/les-dossiers/206>>.

ment d'idéologie politique ou de dogme³⁷ et non plus l'élément d'un régime juridique. En effet, le droit moral fut longtemps le fondement d'une opposition entre le système du *copyright* et le système continental du droit d'auteur. Cette opposition n'est plus guère fondée aujourd'hui : le droit moral existe aux États-Unis comme au Canada, ces pays sont membres de la Convention de Berne (par essence d'inspiration continentale), et les différences qui demeurent sont des différences relevant plus d'un écart de régime que d'une opposition frontale. L'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne a eu pour effet de gommer les quelques distinctions existant entre ces deux systèmes : le dépôt n'est plus une formalité nécessaire, l'auteur est titulaire des droits sur son œuvre dès sa création (art. 201 a) *US Copyright Act*), la durée d'appropriation est la même voire, dans un certain nombre de cas, sensiblement plus longue qu'en Europe (voir les dispositions du *Millenium Act*)³⁸. Et si l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne fut effectuée avec une réserve visant le droit moral, on trouve néanmoins plusieurs dispositions abordant ce point. Des textes spéciaux de plusieurs États organisent un droit moral tel le *California Art Preservation Act*, ou le *Artists Authorship Rights Act* de New York. Surtout, ces dispositions furent largement reprises par un texte fédéral, le *Visual Artists Rights Act* (VARA). Ce texte constitue une part du titre 17 du *US Copyright Code* et attribue aux auteurs, notamment, le droit de revendiquer leur qualité d'auteur, le droit d'interdire l'affectation d'une œuvre à une personne qui ne l'a pas créée, le droit d'interdire toute destruction, mutilation ou modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Enfin, les auteurs disposent d'un droit de contrôle des adaptations de leurs créations en application du § 106 du *Copyright Act*. De plus, élément inconnu en France, les correctifs collectifs de l'exercice du droit d'auteur, assurés par l'appartenance des auteurs aux puissantes *Guildes*³⁹, renforcent les droits des auteurs qui, notamment, jouissent d'un droit à figurer au crédit des œuvres, leur assurant un parfait respect de leur droit de paternité. Le droit comparé n'est pas l'objet de la présente analyse et l'on n'étudiera pas plus en avant ces inflexions, mais l'opposition si

37. Sur l'idée de dogme, Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 402 ; Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Litec 2009, n° 256.

38. *The Digital Millenium Copyright Act*, 1998, <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>.

39. Voir « Protection des auteurs et artistes par les conventions collectives conclues par des associations ou syndicats d'auteurs et d'artistes », *ALAI – Congrès de Montebello 1997*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 839 sq., spéc. la pratique dans les pays de *Common Law*, p. 965 sq.

longtemps affirmée n'est plus d'actualité juridique, elle ne peut plus être que dogmatique.

Le droit moral révèle, dans la présentation classique de ce dernier, le lien particulier établi entre un créateur et son œuvre, lien indéfectible quel que soit le devenir de l'œuvre, et qui impose au propriétaire de l'œuvre certains comportements ; « *le commerce ne peut jamais arracher l'œuvre à l'artiste* »⁴⁰ suivant l'expression de Savatier. Le droit moral offrirait une protection à la personne de l'auteur et non à l'œuvre en tant que telle. Cette approche du droit moral ne nous convainc pas. L'approche dualiste, si elle rend compte du caractère indisponible du droit moral du vivant de l'auteur, écarte le recours constant du droit moral aux mécanismes de la propriété pour sa mise en œuvre et son respect, elle minore la lettre de l'article L.111-1 CPI⁴¹. Elle fait du droit moral un droit de la personne alors que ce droit ne naît pas avec l'auteur, ne s'éteint pas non plus avec ce dernier, il est perpétuel.

Le droit d'auteur est une branche du droit des biens et non du droit des personnes. Le droit moral est un élément du droit de propriété, il bénéficie notamment des moyens de protection de la propriété. C'est une composante de celui-ci et non un élément autonome et parallèle. Un arrêt de la Cour de cassation⁴² apporte une contribution majeure à l'analyse de la nature du droit moral et donc du droit d'auteur, et retient, avec raison, une approche moniste du droit d'auteur, faisant des prérogatives diverses qui le composent des éléments d'un seul et même droit de propriété⁴³. Dès lors, l'attribution du droit de propriété emporte attribution de l'ensemble des prérogatives juridiques attachées à ce droit de propriété. Sous le visa de l'article L. 113-5 CPI, la Cour déclare 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 distingue nettement les conditions de dévolution du droit de propriété et le contenu de ce dernier, affirmant ainsi l'unité

40. René SAVATIER, *Le droit de l'art et des lettres – Les travaux des muses dans les balances de la justice*, Paris, LGDJ 1953, n° 42.

41. Ce que relèvent notamment Henri-Jacques LUCAS, André LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, n° 33.

42. Cass. civ. 1, 22 mars 2012, *PIBD* 2012, n° 962, III-364 ; *D.* 2012, p. 1246, Arnaud LATIL, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », (2012) *Revue des sociétés* 496, note Nicolas BINCTIN.

43. En ce sens, Jacques RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois – essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris, Litec, 1990 ; Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Paris, LGDJ 2012, coll. Manuel, n° 25, 118 et sq., et 130.

du droit d'auteur. Il en découle qu'une personne morale est apte à jouir d'un droit moral sur une œuvre. Il s'ensuit que le droit moral n'est pas le propre des personnes physiques mais un élément du droit de propriété. La personne morale est dotée d'une personnalité juridique assimilable à celle des personnes physiques, elle doit à ce titre pouvoir jouir des mêmes prérogatives juridiques. Appliquée au droit moral, cette assimilation s'exerce sans difficulté. Le droit moral est constitué de quatre éléments pouvant être exercés aussi bien par une personne morale qu'une personne physique, sans qu'il y ait de raison que cela fasse peur⁴⁴ ! Le droit d'auteur n'est donc pas un droit attaché à la personne de l'auteur mais un régime spécial de droit des biens dont jouit l'auteur ou toute autre personne désignée par la loi, dès la création d'un bien intellectuel original. Olagnier, qui retenait « l'hérésie juridique que constitue la notion de propriété appliquée au droit d'auteur », se trouve isolé⁴⁵, mais l'analyse avancée par Pouillet⁴⁶ puis Bry⁴⁷ retrouve sa force.

Le droit d'auteur n'est pas le droit de l'auteur mais un droit de propriété portant sur un bien particulier. Le droit moral, dont il ne s'agit de discuter ni la nécessité, ni la légitimité qui sont acquises, est un élément de cette propriété. Il n'y a pas deux catégories de prérogatives autonomes, mais deux catégories de prérogatives composant un seul et même droit de propriété, dans une approche moniste propriétaire. Il est alors nécessaire de revenir sur la nature du droit moral avant de confronter cette analyse au régime du droit moral.

1. LA NATURE DU DROIT MORAL

La doctrine française a essentiellement construit son analyse du droit moral à partir du contentieux des régimes matrimoniaux et d'une idée romantique de l'œuvre et de l'auteur. Toutefois, au regard de l'absence de cadre légal pour le droit moral jusqu'en 1957, il est possible d'avancer que ces analyses ne sont pas en parfaite adéquation avec la lettre de la loi.

44. Georges KOUMANTOS, « Faut-il avoir peur du droit moral ? », (1999) 180 *Revue internationale du droit d'auteur* 5.

45. Paul OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, op. cit., t. 1, p. 27.

46. Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie, 1879, n° 9, n° 171.

47. Georges BRY, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Sirey 1914, n° 739.

La nature du droit moral, élément du droit de propriété pleinement intégré à ce régime, s'impose par la lecture combinée des deux premiers alinéas de l'article L 111-1 CPI. Le législateur de 1957 n'a pas coupé les ponts avec la ferveur propriétaire de l'époque révolutionnaire. Si à la différence des réformes du XIX^e siècle, il ne s'agit plus d'une modification marginale mais d'une refonte générale du droit d'auteur en 1957, l'idée que le droit d'auteur est uniquement un droit de propriété semble indéniablement présente.

L'article L. 111-1 CPI dispose dans son premier alinéa 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 ». L'alinéa 2 précise que « ce droit se compose des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». Sans qu'il soit nécessaire d'élaborer une glose complexe, il ressort directement de ces éléments qu'il y a un seul droit de propriété composé de plusieurs attributs, cette composition ne modifie pas la nature du droit de propriété, elle en adapte simplement le régime⁴⁸.

Ce premier aperçu textuel ne peut être que renforcé par la lecture de l'article L. 121-1 CPI qui expose les éléments de base du régime des attributs intellectuels du droit d'auteur. L'article dispose que « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires »⁴⁹. Dans une construction similaire à celle de l'article L. 111-1 al. 1 CPI, le législateur avance les premiers éléments du régime des attributs intellectuels du droit de propriété et ne crée pas un régime autonome. Le régime du droit d'auteur est le produit de l'articulation de l'ensemble des dispositions du Livre I du CPI et non une lecture autonome de chacun des chapitres du Titre II du Livre I de ce code. Le législateur de 1957 n'a retenu pour le droit moral qu'une construction éparse et parcellaire qui n'augure pas plus de l'intention d'en faire le pilier de cette matière⁵⁰.

48. *Contra*, Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 58. Cette analyse opposée a pourtant un objectif similaire de soutenir le droit moral en l'appuyant sur les principes juridiques forts. L'analyse opposée n'est pas la traduction d'objectifs opposés, mais de voies différentes.

49. Voir Cass. com., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-786 qui vise ces qualités particulières du droit moral.

50. Voir René SAVATIER, « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP* 1957, I-1398 ; Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 383.

Ainsi, le droit moral est un élément du droit de propriété dont la dévolution n'est pas attachée à la personne de l'auteur mais au premier propriétaire du bien intellectuel créé et qui ne constitue que l'un des moyens de protection du bien intellectuel.

1.1 Le droit moral : un élément du droit de propriété

Ainsi que le suggère la loi, le droit moral est un élément du droit de propriété. La présence d'attributs de cette nature n'est pas une déformation de la propriété mais une utilisation de la plasticité de cette dernière (1). Surtout, on verra que le droit moral n'a de force, d'efficacité, dans le cadre du droit d'auteur que par cette intégration dans le droit de propriété, en tant qu'élément de ce dernier (2). Il bénéficie ainsi des mécanismes clefs de la défense de la propriété. Le droit moral constitue l'un des attributs du droit de propriété et non un élément exogène de ce dernier.

1.1.1 Qualification du droit moral au regard des mécanismes du droit des biens

Élément du droit de propriété, le droit moral connaît quelques réserves d'application, comme nombre d'éléments du droit de propriété en général et du droit d'auteur en particulier.

Le droit moral est opposable *erga omnes*⁵¹, mais l'article L. 121-1 CPI ajoute que le droit moral est attaché à la personne de l'auteur (comprendre le premier propriétaire du bien intellectuel, voir *infra*). Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Le bien intellectuel approprié par un droit d'auteur peut circuler entre différents propriétaires, être cédé librement, mais le premier propriétaire de ce bien conserve sur ce dernier une série de prérogatives que les propriétaires subséquents doivent supporter. Le droit de propriété englobe le droit moral, ce qui permet de l'imposer efficacement aux différents propriétaires et utilisateurs du bien intellectuel.

La nature du droit moral ne soulève pas de difficulté tant que le premier propriétaire du bien intellectuel conserve la pleine propriété, il réunit entre ses mains l'ensemble des attributs de la propriété, il peut alors être parfaitement un élément du droit de propriété. La circulation du bien intellectuel révèle la nature des attributs intellectuels attachés au droit d'auteur. Le contentieux

51. En ce sens, Christophe CARON, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 254.

matrimonial du droit d'auteur en fut le révélateur. L'enjeu de la qualification émerge une fois le bien intellectuel cédé. La nature du droit moral se dégage dans le rapport entre le premier propriétaire du bien intellectuel et les propriétaires subséquents ; le droit moral constitue alors une charge, une servitude, un élément du régime de propriété, pleinement incorporé à celle-ci, sans en modifier la nature juridique.

La recherche d'une qualification du droit moral dans les mécanismes du droit des biens permet de parcourir les outils de ce dernier. Instinctivement, les notions de servitude ou d'obligation *propter rem* (ou charge réelle) sont celles qui semblent le mieux adaptées à cette qualification, mais en retenir plus particulièrement une parmi celles-ci reste une gageure. La servitude est attachée au bien grevé, comme le droit moral au bien intellectuel, mais elle se caractérise par un rapport de service entre deux éléments (traditionnellement, un fonds servant et un fonds dominant). Ce rapport n'existe pas pour le droit d'auteur, il n'y a pas un rapport entre deux biens mais un rapport réel entre un bien et une personne (le premier propriétaire du bien intellectuel, qui peut être aussi bien une personne physique que morale).

La charge réelle semble plus adaptée à répondre aux spécificités du droit moral. Il s'agit de charges qui ne pèsent sur une personne qu'en raison de sa qualité de propriétaire d'une chose⁵². La charge réelle pèse sur les propriétaires successifs de la chose et pour se soustraire de celle-ci, il suffit de perdre la qualité de propriétaire⁵³. Les discussions doctrinales sur l'existence et la nature de ces obligations réelles sont intenses⁵⁴, il ne s'agit pas ici de revenir sur celles-ci, d'autant qu'il est possible de retenir que « les obligations résultant d'une servitude sont des obligations réelles »⁵⁵, ce qui contribue à les assimiler à des charges réelles. Cette charge réelle n'est pas sans parenté avec les servitudes d'utilité publique. Ces dernières ne comptent pas de véritable fonds dominant et présentent des particularités quant à leur objet qui tend essentiellement à imposer des obligations au propriétaire du bien (destruction d'une construction établie dans un périmètre de protection, telle la servitude engendrée

52. Voir Julien SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

53. Cf. Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 9^e éd., Paris, Litec 2007.

54. Voir Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Les biens*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n^o 379, Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, PUF, 2008, n^{os} 292 et 298.

55. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *op. cit.*, n^o 1167.

par la présence d'un monument historique, le droit de l'urbanisme connaît de très nombreux autres exemples, tout comme le droit de la copropriété immobilière). Ces deux particularités sont très voisines des caractéristiques du droit moral. Elles sont attachées, comme toute servitude, à la propriété d'un bien, mais elles dérogent substantiellement aux régimes des servitudes de droit civil, et apparaissent alors comme des charges réelles attachées à la propriété d'un bien particulier⁵⁶. De plus, l'intérêt public n'est pas totalement ignoré dans l'élaboration du droit moral, ce qui renforce l'analogie. On le constate, l'existence d'une propriété avec charge est une situation courante du droit des biens, la charge n'écarte pas l'existence d'un droit de propriété ni la circulation de celle-ci. Simplement, les différents propriétaires sont tenus par cette charge réelle.

L'application au droit moral de cette qualification de charge réelle semble parfaitement adaptée. Pour ce qui est de l'affirmation de l'attachement du droit moral au premier propriétaire du bien intellectuel, il s'agit de l'identification du bénéficiaire de la charge réelle. Cette affirmation du législateur soutient la thèse personnaliste du droit d'auteur. L'attachement du droit moral à la personne de l'auteur vient renforcer l'analyse des autres caractéristiques du droit moral, en particulier son caractère inaliénable et insaisissable ; l'auteur ne peut se défaire de ces prérogatives en raison de contraintes légales qui régissent la charge réelle dont il est le bénéficiaire. L'attachement à l'auteur fait du droit moral une charge de la propriété, le transfert de la propriété du bien intellectuel imposant aux acquéreurs successifs de respecter cette charge réelle. L'attachement à la personne du droit moral n'interdit pas à l'auteur d'en déléguer l'exercice à un tiers, au moyen d'un contrat de mandat par exemple. C'est une prérogative de la propriété dont il ne peut se défaire. La charge réelle est attachée au bien et non à une catégorie de personne, ce qui permet d'en faire bénéficier toutes les personnes recevant dans leur patrimoine la dévolution initiale d'un droit d'auteur.

La perpétuité du droit moral n'est pas plus en contradiction avec la qualification de charge réelle, elle est même en parfaite adéquation avec celle-ci. La perpétuité du droit moral inscrit le droit d'auteur dans le temps, bien au-delà de la durée des droits patrimoniaux, faisant écho à la traditionnelle perpétuité du droit de pro-

56. François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil – Les biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010, n° 346 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *op. cit.*, n° 1190 et sq.

priété⁵⁷, tout comme à la perpétuité des charges réelles et servitudes (sous réserve des aménagements légaux et de la notion d'aggravation de la servitude).

L'inaliénabilité du droit moral écarte toute tentative de renoncer à ces prérogatives et assure que l'objectif assigné par le législateur au droit moral, en tant que charge réelle, peut être atteint. C'est une garantie de l'effectivité du droit moral et un moyen de contrer toutes stipulations contractuelles inverses. Cette solution fut reprise par le législateur de 1957 d'une jurisprudence antérieure. Cette prohibition légale est claire et n'appelle aucune interprétation, une jurisprudence constante condamne les clauses qui contreviendraient à cet impératif. Dans un arrêt du 28 janvier 2003, la Cour de cassation a affirmé que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusions, adaptations, retraits, adjonctions et changements auxquels il plairait à ce dernier de procéder »⁵⁸. Des aménagements contractuels ponctuels et précis sont possibles, justifiant en particulier les aménagements du droit de paternité ou du droit au respect. L'inaliénabilité ne vise qu'une renonciation générale à l'exercice du droit moral. La sanction d'une atteinte à ce caractère est la nullité de la clause, la volonté contractuelle étant impuissante à modifier ces dispositions. L'inaliénabilité et l'analyse d'ordre public qui lui est attachée renforcent l'assimilation entre le droit moral et la servitude d'utilité publique⁵⁹ et contribue à établir la qualification de charge réelle.

Enfin, l'imprescriptibilité semble, au premier abord, constituer une spécificité du droit d'auteur⁶⁰ qui l'écarte de la servitude de droit commun, éventuellement pour la rapprocher de la servitude d'utilité publique, et de la charge réelle. La servitude de droit commun s'éteint par un non-usage trentenaire. Toutefois, cette prescription s'applique difficilement en présence d'une servitude continue qui

57. Sur cette question, Catherine POURQUIER, *Propriété et perpétuité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, qui met en avant le lien entre la durée de la propriété et la durée de l'objet.

58. Cass. com., 28 janv. 2003, *CCE* 2003, comm. 21, note Christophe CARON, (2003) *Propriétés intellectuelles*, n° 7, 165, note Pierre SIRINELLI ; dans le même sens, Cass. crim., 2 sept. 2009, *CCE* 2010, comm. 13, note Christophe CARON.

59. Voir François TERRÉ et Philippe SIMLER, *op. cit.*, n° 347.

60. Pour les attributs intellectuels comme patrimoniaux, en ce sens, Henri-Jacques et André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité*, *op. cit.*, n° 510, 562 et 1100.

n'impose pas un acte positif de son bénéficiaire. L'imprescriptibilité du droit moral n'est alors plus totalement anachronique, la prégnance du droit moral sur un bien intellectuel approprié par un droit d'auteur étant continue. Surtout, la question de la prescription est double et ne connaît pas la même réponse sous les deux angles de son étude. Il faut distinguer la prescription du droit moral et la prescription de l'action fondée sur un droit moral. Pour la première, l'article L. 121-1 CPI impose que le droit moral ne s'éteigne pas par inaction de son titulaire, le non-usage n'ayant aucune influence sur la permanence de la prérogative. En ce sens, cette affirmation renforce le caractère perpétuel du droit moral. En revanche, la prescription de l'action en justice fondée sur un droit moral est soumise au droit commun, comme l'a confirmé la cour d'appel de Paris⁶¹. La prescription d'une action personnelle ou mobilière, suivant l'article 2224 C. civ., est de cinq ans, à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action.

Il faut noter, sans plus aller en avant, que ces trois caractéristiques légales du droit moral ne plaident pas pour sa qualification de droit personnel ou droit de la personnalité. Cette catégorie est par nature non perpétuelle, l'inaliénabilité est amplement affaiblie par le mouvement de patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux, et est soumis, à des mécanismes de prescription.

Une autre approche de l'intégration du droit moral dans le droit de propriété est proposée par M. Dross, retenant que le droit moral est conçu non pas de manière positive, comme on le propose, mais de manière négative, « comme une limitation des droits du propriétaire de l'œuvre »⁶². Ainsi, le pouvoir souverain de ce dernier serait alors limité par le respect de l'intérêt général et le respect de la personne de l'auteur. Dans cet esprit, le droit moral ne constitue pas des prérogatives mais une limite aux pouvoirs du cessionnaire du bien intellectuel. Cette analyse originale soutient la possibilité d'une intégration du droit moral dans le droit de propriété sans remettre en cause la présence de ces prérogatives pour l'auteur.

61. CA Paris, 16 mai 2008, (2008) *Revue trimestrielle de droit commercial* 553, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; (2008) *Propriétés intellectuelles*, n° 27, 434, obs. André LUCAS.

62. William DROSS, *Droit civil – Les choses*, Paris, LGDJ 2012, n° 460-3.

1.1.2 Puissance du droit moral puisée dans le droit de propriété

Non seulement le droit moral est un élément du droit de propriété et s'inscrit pleinement dans ce dernier, mais surtout, il n'est puissant et efficient que par cette intégration dans le droit de propriété⁶³. Faire du droit moral l'élément phare du droit d'auteur ne peut se réaliser qu'en intégrant pleinement ce dernier dans le droit de propriété afin qu'il bénéficie de l'arsenal juridique le plus complet du droit qu'est le droit de propriété. La protection du droit moral bénéficie alors de l'ensemble des outils de protection constitutionnels et conventionnels de la propriété, sans qu'il soit nécessaire de prévoir une spécification pour ces derniers. Tout traitement spécifique du droit d'auteur, en dehors des cadres ordinaires de la propriété dans les conventions internationales et les textes fondamentaux protégeant la propriété le fragilise. En ce sens, la proposition de l'Association Capitant pour une réforme du droit des biens⁶⁴ n'écarte pas le droit d'auteur, et donc le droit moral, du droit des biens, il ne fait qu'éviter l'application du droit commun des biens aux biens intellectuels alors que le recours à ce droit commun est nécessaire pour les biens intellectuels, pour le droit d'auteur qui y puise notamment son régime de l'indivision. L'article 517 nouveau établi par le groupe de travail, qui ouvre le Livre II Des Biens, est ainsi formulé : « les dispositions du présent Livre ne préjudicient pas aux dispositions spéciales régissant des biens particuliers et notamment celles du Code de la propriété intellectuelle ».

La possibilité pour le bénéficiaire du droit moral de l'opposer à tout tiers vient de la possibilité d'opposer au tiers le droit de propriété ou les obligations réelles attachées au régime de propriété. L'opposabilité *erga omnes*, force du droit moral, est tirée de son intégration dans le droit de propriété⁶⁵.

Plus encore, le droit moral répond, comme élément du droit de propriété, à la caractéristique majeure du droit de propriété, le pou-

63. En ce sens, d'un point de vue historique, Laurent PFISTER, « La propriété intellectuelle est-elle une propriété ? Controverse sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », (2005) 205 *Revue internationale du droit d'auteur* 116 et sq.

64. *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Paris, Litec 2009, voir spéc. p. 16 et sq. la contribution de Frédéric POLLAUD-DULIAN.

65. Voir Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica 2007, n° 178 et sq. sur la notion d'opposabilité substantielle.

voir d'exclure les tiers de certains usages du bien⁶⁶. Ce pouvoir d'exclusion est défini par la loi, il en va notamment des usages sans la référence à la paternité. Il en va aussi de tout usage qui porterait atteinte au respect ou à l'intégrité de l'œuvre. Le droit moral connaît l'ensemble des éléments caractéristiques de la propriété, une titularité (le premier bénéficiaire du droit de propriété), une assiette (les prérogatives visées par la loi portant sur le bien intellectuel) et un usage (exclusif par nature pour le droit moral). Cette capacité d'exclusivité confère au titulaire du droit moral un pouvoir unique sur une chose, le bien intellectuel créé. Le pouvoir d'exclusivité permet d'écarter toute appropriation illégitime par un tiers de la qualité d'auteur d'un bien intellectuel, ou encore de réserver à une seule personne le pouvoir de divulguer le bien intellectuel. La propriété offre à son bénéficiaire le pouvoir de jouir seul des avantages qu'il détient sur le bien, ce qui est précisément la situation du titulaire du droit moral qui se trouve sans concurrence pour l'exercice des attributs qui lui sont reconnus par la loi.

Suivant cette logique d'intégration et de soutien du droit moral grâce au droit de propriété, la Cour de Justice de l'Union européenne a assuré la préservation du droit moral en le traitant dans le cadre de la propriété. Si l'harmonisation du droit d'auteur reste à accomplir⁶⁷, la CJUE a intégré le droit moral dans le périmètre de l'objet spécifique du droit d'auteur⁶⁸. Ainsi, dans la mise en œuvre des règles de marché en général et plus particulièrement de l'épuisement du droit d'auteur, le droit moral constitue un élément essentiel du droit de propriété dont les atteintes permettent l'exercice du droit de propriété même après la première mise en circulation volontaire du bien sur le marché de l'Union⁶⁹. Dans cette démarche, rien ne concourt à voir dans le droit moral un droit de la personnalité ou un droit de la personne. C'est l'attribut spécifique du droit de propriété qui est visé et pris en considération par les juges.

La puissance du droit moral, élément du droit de propriété, s'appuie aussi sur l'élévation de la propriété au sein des droits

66. Christian ATIAS, *op. cit.*, n° 118 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *op. cit.*, n° 456 ; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *op. cit.*, n° 193 et sq.

67. Voir Carine DOUTRELEPONT, *Le droit moral et le droit communautaire*, Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997, étude qui n'est guère remise en cause avec quinze années supplémentaires.

68. CJCE, 20 oct. 1993, aff. C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins, Rec.*, I- 5145 ; (1995) *Revue trimestrielle de droit européen* 845, obs. Georges BONET.

69. Voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 1108.

fondamentaux⁷⁰. La jurisprudence de la CEDH reconnaissant que la propriété intellectuelle est un droit de propriété⁷¹ au sens du 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme⁷² s'applique tant au droit moral qu'aux attributs patrimoniaux du droit d'auteur, la CEDH ne distinguant pas parmi ces composants d'un seul et même régime de propriété. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les autres traités de l'Union⁷³. L'article 17 alinéa 2 de la Charte dispose que « la propriété intellectuelle est protégée », dans une approche parfaitement unitaire, mettant l'ensemble des régimes de propriété intellectuelle au même rang et l'intégrant dans la propriété en général. Là encore, le droit moral reste un élément de la propriété et y puise sa force et son efficacité. Enfin, en droit interne, le Conseil constitutionnel propose une analyse rigoureusement similaire, intégrant la propriété intellectuelle au domaine de la propriété en la rattachant à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789⁷⁴. Le droit de la propriété intellectuelle bénéficie d'une confirmation de premier ordre, sur la base des droits fondamentaux, qui rayonne notamment sur le droit moral du droit d'auteur. Les attri-

70. Sur ce thème, Arnaud LATIL, *Créations et Droits fondamentaux*, thèse Lyon III, 18 nov. 2011 ; Nicolas BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007 ; Christophe GEIGER, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », dans *Droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum Georges BONET*, Paris, Litec, 2010, coll. IRPI, t. 36, p. 249 ; Adolf DIETZ, « La place du droit d'auteur dans la hiérarchie des normes : la question constitutionnelle. Formules constitutionnelles et quasi-constitutionnelles de légitimation du droit d'auteur – du passé à l'avenir », dans *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Paris, ALAI, 2005, p. 43.

71. Rémy LIECHABER, « La propriété, droit fondamental », *Libertés et droits fondamentaux*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 689 ; Philippe REMY, « La propriété privée considérée comme un droit de l'homme », *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque organisé à Varsovie des 9 au 15 mai 1992, Paris, PUF, 1993, p. 123 ; Anne-Françoise ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Paris, LGDJ, 2001.

72. CEDH, 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, Req. n° 73049/01, § 72 ; cf. Arnaud LATIL, *op. cit.*, n° 437 et s.

73. Voir Etienne TREPPOZ, « Les apports institutionnels : la propriété intellectuelle après le Traité de Lisbonne », (2010) *Revue trimestrielle de droit européen* 939.

74. Notamment, Cons. const., déc. n° 90-283, 8 janv. 1991, *JORF* 10 janv. 1991, p. 524 ; Cons. const., 10 juin 2009, déc. n° 2009-580 DC, cons. 13 ; voir l'étude synthétique de Jean-Michel BRUGUIÈRE et Frédéric DUMONT, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *CCE* 2010, Étude 10 ; Blandine MALLET-BRICOUT, « Questions prioritaires de constitutionnalité : un nouveau rapport de force en droit des biens ? », *D.* 2011, p. 2298.

but moral de l'auteur peuvent être défendus et protégés comme tout droit de propriété⁷⁵.

Dernier terrain marquant de cet appui nécessaire et naturel du droit moral sur le droit de propriété, confortant le fait que le droit moral est un élément du droit de propriété, une charge réelle, il s'agit de la défense du droit moral. L'intégration du droit moral dans le droit de propriété et le traitement du droit moral comme une charge pour les cessionnaires successifs du droit d'auteur trouvent une résonance particulière dans les mécanismes de défense du droit d'auteur. L'utilisation de l'action en contrefaçon comme moyen de protection du droit moral, d'une part, et la prise en considération des chaînes de contrats pour apprécier l'identité du propriétaire du bien intellectuel supportant la charge du droit moral concourent à confirmer que le droit moral est un élément du droit de propriété, s'inscrivant pleinement dans le régime de la propriété.

La jurisprudence retient que la seule atteinte au droit moral suffit pour engager une action pour atteinte au droit de propriété, action civile⁷⁶ ou action pénale⁷⁷, et que l'action pouvant être engagée est une action en contrefaçon, c'est-à-dire la voie de droit *ad hoc* pour défendre le droit de propriété⁷⁸. Cette intégration de la défense du droit moral dans l'action en contrefaçon n'est pas due à la prééminence du droit moral dans le droit d'auteur, mais, au contraire, à l'intégration du droit moral dans le droit de propriété qu'est le droit d'auteur. Comme les articles L. 331-1 et sq., L. 332-1, les articles L.335-1 et suivants CPI ne distinguent pas selon les prérogatives du droit de propriété, avec raison, c'est toujours le droit d'auteur qui est visé, incluant nécessairement l'ensemble de ses attributs au sens de l'article L. 111-1 CPI. En visant le droit d'auteur, le législateur marque l'unité de régime de tous les attributs, hors les éléments spécifiques identifiés explicitement par la loi. Dès lors qu'il ne distingue pas selon certains éléments spécifiques, alors la règle s'applique pour tous les attributs du droit de propriété annoncés à l'article L.111-1 CPI. La logique de la décision de 2012 pour les œuvres collectives doit être appliquée à l'action en contrefaçon.

75. Cons. const., déc. 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *JORF* 3 août 2006, p. 11541 ; voir Thierry REVET, (2006) *Revue trimestrielle de droit civil* 791.

76. André FRANÇON, « La jurisprudence française récente et le droit moral », dans *Mélanges J. Voyame*, Lausanne, Payot 1989, p. 109.

77. André FRANÇON, « Les sanctions pénales du droit moral », *Mélanges Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 171.

78. Voir Christophe CARON, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 507 ; Henri-Jacques et André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité*, op. cit., n° 1076.

Quant à la chaîne de contrats, un arrêt de la Cour de cassation est venu rappeler que le débiteur de l'obligation réelle est le propriétaire effectif du démembrement du droit d'auteur en cause et non le premier cessionnaire⁷⁹. Ainsi, le premier cédant du droit d'auteur ne peut pas être tenu pour responsable (contrefacteur) d'une atteinte aux attributs intellectuels du bien intellectuel réalisée par l'utilisation qu'en a faite un sous-cessionnaire. Seul ce dernier doit assurer pour le propriétaire initial le respect de la charge réelle. La Cour de cassation semble ainsi faire sienne la distinction entre l'obligation *propter rem* qui engage le propriétaire du bien et lui seul, et l'obligation *scripta in rem* qui engage également le propriétaire du bien en tant que tel, mais laisse aussi subsister une obligation sur les différents membres de la chaîne lors des transferts de propriété⁸⁰.

Le droit moral est un élément du droit de propriété constitué par le droit d'auteur, qui suit de façon ordinaire le régime du droit de propriété, sauf pour les éléments spécifiques prévus explicitement par le législateur. Élément original du droit de propriété, le droit moral né entre les mains du premier propriétaire et constitue ensuite, lors de la circulation du bien, une charge réelle (proche d'une servitude d'intérêt public) pour les propriétaires successifs du bien intellectuel. Dès lors, le droit moral ne serait pas attaché à la personne du créateur mais à celle recueillant *ab initio* le droit de propriété dans son patrimoine.

1.2 La dévolution du droit moral

La dévolution du droit moral constitue le second domaine où la nature du droit moral doit être étudiée. Historiquement, c'est par ce biais que les analyses moniste personnaliste puis dualiste furent élaborées. Il semble nécessaire de reprendre cette question pour scruter le sort du droit moral. Deux situations sont observées, d'une part, une dévolution initiale identique aux éléments patrimoniaux et, d'autre part, une dévolution secondaire pouvant être dérogoire.

1.2.1 Une dévolution initiale identique à celle des éléments patrimoniaux du droit de propriété

Dans un travail de qualification cherchant à déterminer la nature d'un droit, il est nécessaire de faire la part entre la règle générale et l'exception afin de permettre une qualification recouvrant la

79. Cass. com. 4 nov. 2011, *Bull. civ. I*, à paraître, n° 10-13410.

80. Voir Christian ATIAS, *op. cit.*, n° 78.

première tout en mettant en évidence la seconde. L'inverse dénature autant la qualification que son objet.

La vocation au droit moral concourt naturellement à analyser sa nature, et ce, d'autant plus que le législateur identifie comme celui qui a vocation au droit moral de l'auteur du bien intellectuel tout en prévoyant d'autres situations. En multipliant les cas où la dévolution *ab initio* du droit d'auteur, dont le droit moral, ne se fait pas au bénéfice de l'auteur, on constate que l'attribution du droit de propriété ne dépend pas que de la qualité d'auteur. Si le droit moral était strictement attaché à la personne de l'auteur, et prenait ainsi la forme d'un droit personnel de l'auteur, les différents modes de dévolution du droit d'auteur ne pourraient pas porter atteinte à cette attribution du droit moral à la personne physique qui a effectivement créé. Un tel constat ne pourrait que soutenir la thèse dualiste. Or, la mise en œuvre de la dévolution du droit moral ne suit pas une telle approche. On constate que les attributs intellectuels du droit d'auteur sont dévolus suivant les mêmes règles que les attributs patrimoniaux, ce qui renforce l'unité du droit d'auteur et l'analyse moniste propriétaire de ce droit, sans pour autant affaiblir le droit moral.

Le critère classique du rattachement à la personne de l'auteur conduit à douter de l'existence d'un droit moral sur les œuvres collectives. Celles-ci sont la propriété de la personne qui a pris l'initiative de la création et non des personnes qui ont effectivement créé. À lire rigoureusement l'article L. 121-1 CPI, on constate que le propriétaire du droit d'auteur ne serait pas titulaire du droit moral, ce qui serait en contradiction avec l'article L. 111-1 du même code. Deux interprétations sont envisageables : soit en faveur des contributeurs qui retient que ceux-ci conservent les droits moraux sur leur contribution respective et qu'il n'y a pas de droit moral sur l'œuvre achevée, mais la solution est en contradiction avec l'article L. 111-1 CPI. Soit en faveur du régime de l'œuvre collective. En effet, l'article L. 113-5 al. 2 CPI affirme que l'initiateur de l'œuvre collective est investi des droits de l'auteur, sans opérer de distinction, or le droit d'auteur est composé notamment du droit moral. Cette fiction doit être conduite à son terme ; le droit moral sur la création issue de la réunion de l'ensemble des contributions est accordé à la personne qui a pris l'initiative de la création, même s'il s'agit d'une personne morale. L'arrêt du 22 mars 2012⁸¹ propose une interprétation majeure de l'article L.111-1 CPI par le sens qu'il donne au mécanisme de l'article L.113-5

81. Cass. civ. 1, 22 mars 2012, *op. cit.*

CPI, et confirme une solution qui avait été esquissée vingt années plus tôt⁸². La dévolution du droit d'auteur sur une œuvre emporte l'attribution au bénéficiaire, « notamment, des prérogatives du droit moral » rappelle la Cour de cassation. Cela signifie que le droit d'auteur ne se subdivise pas dans sa dévolution et que l'emploi de l'expression « droit d'auteur » par le législateur, sauf réserve explicite, porte nécessairement sur l'ensemble des prérogatives attachées à ce titre de propriété. Suivant l'adage classique, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁸³. L'article L. 113-5 CPI dispose dans son premier alinéa que « l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée », et précise dans le second que « cette personne est investie des droits de l'auteur ». Cette dernière disposition trouve tout son sens dans l'arrêt du 22 mars 2012 : la loi investit une personne autre que l'auteur des droits de l'auteur, c'est-à-dire, du droit de propriété incorporelle désigné à l'article L. 111-1 alinéa 1 du CPI. L'alinéa 2 de ce même article ne crée pas une division au sein du droit d'auteur ou n'engendre pas plusieurs droits autonomes, il indique uniquement le contenu du droit de propriété, composé d'attributs d'ordre intellectuel et moral et d'attributs d'ordre patrimonial. Dès lors, la personne physique ou morale qui se voit attribuer le droit d'auteur *ab initio* est nécessairement bénéficiaire de l'ensemble de ces attributs.

Une personne morale est apte à jouir d'un droit moral sur une œuvre ; le droit moral n'est pas le propre du créateur. La personne morale est dotée d'une personnalité juridique assimilable à celle des personnes physiques, elle doit à ce titre pouvoir jouir des mêmes prérogatives juridiques. Cette assimilation se met en œuvre sans difficulté. Le droit moral est constitué de quatre éléments⁸⁴ pouvant être exercés aussi bien par une personne morale qu'une personne physique. Cette solution est d'autant plus certaine qu'à la mort d'une personne physique auteur, il est parfaitement admis qu'une personne morale soit désignée titulaire des prérogatives morales⁸⁵. L'exercice du droit de divulgation ne soulève aucune difficulté puis-

82. Cass. civ. 1, 8 déc. 1993, *Polygram*, *Bull. civ.* I, n° 361, p. 251, *RIDA* n° 161, juill. 1994, p. 303. Dans le même sens, CA Versailles, 24 mars 2004 et TGI Nanterre, 15 mars 2004, *Légipresse* n° 212, juin 2004, III-101, note Christophe ALLEAUME. Voir Nicolas BINCTIN, *Le capital intellectuel*, Paris, Litec 2007, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, T. 75, n° 628.

83. Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer.

84. Voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 119 et sq.

85. Nicolas BINCTIN, *Le capital intellectuel*, *op. cit.*, n° 351 et sq.

que le régime de l'œuvre collective l'attribue explicitement à la personne qui a pris l'initiative de la création, dont une personne morale. Il en va de même pour le droit au nom, le droit au respect, et le droit de retrait et de repentir. La solution de la Cour de cassation est d'autant plus intéressante qu'elle propose une harmonisation heureuse de deux mécanismes du droit d'auteur ayant trouvé leurs origines dans la jurisprudence antérieure à la loi de 1957 et qui furent concomitamment consacrés par cette loi. La solution relève de la plus haute cohérence.

La Cour de cassation n'a pas fait du droit moral un élément attaché à l'auteur mais un élément attaché à la personne qui, la première, reçoit la dévolution du droit d'auteur. Si la personne physique est naturellement concernée, et reste la première bénéficiaire de la dévolution du droit d'auteur au regard du CPI, la personne morale n'en est en rien exclue dès lors qu'elle bénéficie de cette dévolution. Le droit moral n'est pas un droit attaché à l'auteur mais attaché au bien intellectuel, un élément de son régime d'appropriation. Le droit d'auteur n'est pas un droit attaché à la personne de l'auteur mais un régime spécial de droit des biens dont jouit l'auteur ou toute autre personne désignée par la loi, dès la création, sur des biens intellectuels originaux. Cette solution est d'autant plus importante que la pratique de la création actuelle conduit à observer une très forte proportion d'œuvres collectives dans l'ensemble des biens intellectuels appropriés par le droit d'auteur en France. Pour autant, la solution de la Cour de cassation ne fait pas de la personne morale un auteur, elle confirme simplement que le droit d'auteur peut être dévolu *ab initio* non seulement à un auteur mais aussi à un tiers. La personne morale ne crée pas, elle est uniquement propriétaire *ab initio* de la création et jouit de toutes les prérogatives du droit de propriété.

L'absence de mutation entre l'auteur et la personne morale renforce la position de cette dernière qui bénéficie naturellement et nécessairement de toutes les prérogatives attachées au droit de propriété, dont le droit moral, sans que l'auteur puisse en revendiquer un quelconque exercice. La dévolution *ab initio* du droit de propriété se distingue alors nettement d'une cession automatique ou obligatoire par un élément majeur : le sort du droit moral. En cas de dévolution, le droit moral suit les attributs patrimoniaux, en cas de cession automatique ou obligatoire, le droit moral reste dans le patrimoine de la personne ayant bénéficié de la dévolution initiale du droit de propriété. Ces prérogatives du droit de propriété profitent à celui auquel le droit d'auteur est dévolu initialement, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. Seule la dévolu-

tion du droit d'auteur permet l'accès au droit moral (dévolution initiale ou dévolution successorale). Les prérogatives morales du droit d'auteur étant ensuite inaliénables, une personne physique ou morale ne peut les acquérir ordinairement par contrat.

Cette dévolution du droit d'auteur à une personne autre que l'auteur, dont une personne morale, compte plusieurs hypothèses dans le CPI. Si la solution est fermement acquise pour les logiciels créés par des salariés en application de l'article L. 113-9 CPI, un flottement existe pour les agents publics. Pour ces derniers, la réforme de 2006 modifiant le statut de l'agent public auteur n'a fait l'objet d'aucun décret d'application, il s'en suit que seule la solution antérieure reste applicable, ce qui impose une dévolution du droit d'auteur au bénéfice de la tutelle de l'agent. Dans ce cas, la tutelle de l'agent reçoit l'ensemble des attributs du droit d'auteur, dont le droit moral. Le Conseil d'Etat semble d'ailleurs avoir soutenu une telle analyse⁸⁶. Si les dispositions de 2006 deviennent un jour applicables, il sera alors nécessaire de distinguer dévolution et cession pour en tirer les conséquences nécessaires quant à la titularité du droit moral. Enfin, la solution d'une dévolution *ab initio* à une personne autre que l'auteur n'est pas mise en œuvre pour les œuvres des journalistes. Pour ces derniers, l'article L. 132-36 CPI prévoit que le contrat de travail d'un journaliste emporte une cession du droit d'auteur du journaliste au bénéfice de son employeur. Le modèle retenu est donc différent, une mutation est en œuvre, la dévolution est au bénéfice du journaliste.

Ce mécanisme de dévolution du droit moral avec les attributs patrimoniaux relève d'une solution nécessaire et heureuse, il ne remet pas en cause d'exercice des prérogatives morales. L'article L. 121-2 CPI. dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre [...]. Il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci », il faut comprendre que ce n'est pas l'auteur personne physique mais le premier bénéficiaire du droit de propriété qui dispose de ces prérogatives. Le droit de divulgation⁸⁷ est un élément crucial du droit d'auteur, l'acte par lequel l'auteur se défait de son bien intellectuel qui passe alors de la sphère intime à la cité. La divulgation est l'acte absolu du droit d'auteur, mais ne conditionne pas l'existence du droit de propriété qui naît dès la création et du seul fait de celle-ci. Pour autant, le CPI prévoit explicitement qu'en pré-

86. Voir Catherine BLAIZONT-HAZARD, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, Paris, LGDJ 1991, spéc. p. 32 et sq.

87. Olivier LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, Paris, LGDJ, 1983.

sence d'une œuvre collective, ce droit de divulgation revient à la personne qui a pris l'initiative de la création, il en est de même pour le logiciel en cas de création de salarié. Le droit de divulgation est exercé par le premier bénéficiaire du droit d'auteur et non pas nécessairement par l'auteur. En revanche, le régime de la divulgation doit être le même quelle que soit la personne qui l'exerce⁸⁸, avec le même souci de protection du bénéficiaire du droit de divulgation.

Le droit de paternité⁸⁹ ne se trouve pas plus perturbé par ces solutions de dévolution du droit moral car le législateur a pris soin d'aménager ce droit toutes les fois où la dévolution du droit d'auteur s'effectuait au bénéfice d'une autre personne que l'auteur. De plus, une présomption de paternité est avancée à l'article L. 113-3 CPI au bénéfice de la personne qui divulgue le bien intellectuel, qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique.

Le droit au respect de l'œuvre, élément le plus souvent invoqué du droit moral, peut répondre autant à l'intention d'une personne physique que d'une personne morale. Si la démarche des deux n'est pas nécessairement identique, il est parfaitement possible que certaines formes d'usage ou d'exploitation d'un bien intellectuel portent atteinte au respect de l'œuvre, même pour une personne morale⁹⁰. La dévolution du droit au respect à une personne morale ne semble pas en contradiction avec les mécanismes du droit d'auteur. En revanche, cette solution va à l'encontre de l'analyse suivant laquelle le droit au respect couvre non seulement le respect de l'œuvre mais aussi le respect de la personne de l'auteur⁹¹. On constate une fois encore que le droit d'auteur n'est pas le droit de l'auteur mais le droit de propriété sur un bien. Si une atteinte est portée à la personne de l'auteur, la réparation de cette atteinte ne passe pas par l'exercice du droit moral de ce dernier mais l'exercice de ses droits de la personnalité qui lui permettent de combattre toute atteinte à sa personne, sa probité, ou encore sa réputation. Si l'œuvre est bien une production de l'activité intellectuelle de l'auteur, elle se détache de ce dernier pour bénéficier d'une intégration juridique à part entière, elle n'est pas une émanation sous empire du droit de la personne de l'auteur.

88. Sur le régime du droit de divulgation, voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 121.

89. Sur le régime du droit de paternité, voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 123.

90. Sur le régime du droit au respect, voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 127.

91. Dans le même sens, Christophe CARON, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 246 ; voir *infra*, §2.3.

La dévolution du droit d'auteur *ab initio*, qu'elle se fasse au bénéfice de l'auteur ou d'un tiers, impose l'attribution de l'ensemble des attributs de ce droit de propriété. La dévolution du droit moral suit parfaitement la dévolution du droit patrimonial, et marque l'unité de ce droit de propriété. Toute personne bénéficiant de la dévolution *ab initio* du droit d'auteur jouit des attributs intellectuels du droit d'auteur, détachant ainsi nettement les attributs intellectuels du droit d'auteur de la personne de l'auteur. Cette solution de principe connaît quelques limites pour les dévolutions successorales.

1.2.2 Les limites de la dévolution unitaire du droit de propriété

Attaché à la personne bénéficiant de la dévolution *ab initio* du droit d'auteur, le transfert général et définitif du droit moral ne peut avoir lieu qu'à cause de mort, et plus précisément lors d'un transfert universel de patrimoine. En effet, si la loi vise le cas des personnes physiques organisant le sort du droit moral au décès de l'auteur, il est nécessaire aussi d'envisager le sort du droit moral dès lors qu'il est dévolu à une autre personne que l'auteur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale. Dans toutes ces hypothèses, le droit moral subsiste à la disparition de son titulaire initial. Que l'on retienne une analyse moniste personnaliste ou une analyse dualiste, cette survie du droit moral concourt elle aussi à écarter l'analyse du droit moral comme un droit de personnalité, car ce dernier est structurellement viager⁹².

Pour ce qui est de l'influence des régimes matrimoniaux sur la qualification du droit moral, il faut écarter les analyses fondées sur la jurisprudence *Lecocq*, celle-ci n'ayant plus aucun fondement légal. L'article L. 121-9 CPI dispose que

les produits pécuniaires provenant de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ou de la cession totale ou partielle du droit d'exploitation sont soumis au droit commun des régimes matrimoniaux, uniquement lorsqu'ils ont été acquis pendant le mariage ; il en est de même des économies réalisées de ces chefs.

Il ressort de cet article que le bien intellectuel créé durant le mariage est un propre de l'époux⁹³, ce qui confirme l'unité de la dévolution du droit de propriété intellectuelle. Quant à la liquidation du

92. Gérard CORNU, *Droit civil – Introduction au droit*, 13^e éd., 2007, n° 67 ; Philippe MALINVAUX, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., Paris, Litec, 2006, n° 326.

93. Voir Nicolas BINCTIN, « Le régime matrimonial de l'auteur », (2012) 232 *Revue internationale du droit d'auteur* 45.

régime matrimonial, elle ne remet pas en cause l'appropriation par l'auteur, elle vise uniquement le sort des recettes perçues à l'occasion de l'exploitation ou la cession des biens intellectuels.

La succession connaît une situation différente car le législateur s'empare du droit moral pour organiser une dévolution spécifique et morcelée de ce dernier⁹⁴. La succession est une question sensible et nécessaire pour que la perpétuité soit efficiente, que le droit moral soit porté bien après la mort de l'auteur et l'extinction des attributs patrimoniaux de la propriété. Cette situation est exceptionnelle, et la perpétuité apparaît très théorique. Les actions fondées sur le droit moral une fois l'appropriation *post mortem* éteinte sont rares⁹⁵ mais elles peuvent connaître un succès certain si l'auteur a organisé sa succession pour s'inscrire dans cette durée⁹⁶. Toutefois, il est indéniable que le temps affaiblit ce caractère, il est difficile de rechercher la volonté d'un auteur quelques siècles après sa mort ; en ce sens, il y a une « exagération » de la perpétuité du droit moral⁹⁷. Le choix français d'un droit moral perpétuel n'est pas généralement partagé, notamment par les pays de droit continental. La Suisse et l'Allemagne, par exemple, retiennent une durée identique pour les droits patrimoniaux et les droits moraux, d'autres pays mettent en place une survie temporaire du droit moral au droit patrimonial.

Le droit à la paternité n'est pas influencé par la mort de l'auteur, il reste parfaitement intact et doit être respecté avec autant de rigueur. Le droit de divulgation conserve aussi son entière vigueur, mais la recherche de la volonté réelle de l'auteur débouche sur un

94. Nicolas BINCTIN, « Droit d'auteur et droit des successions », (2012) 234 *Revue internationale du droit d'auteur* 3.

95. Cf. l'aff. *Les Misérables* : TGI Paris, 12 sept. 2001, (2001), 186 *Légipresse*, III.201 ; *JCP G* II 10636, note Christophe CARON ; même auteur, « L'auteur et ses héritiers : à propos de l'affaire Hugo » *CCE* 2001, chron. 29 ; (2002) *Revue trimestrielle de droit commercial* 475, André FRANÇON, n° 2 ; (2002) 191 *Revue internationale du droit d'auteur* 321, obs. André KEREVEVER ; (2002) *Propriétés intellectuelles*, n° 3, 57, obs. André LUCAS. CA Paris, 31 mars 2004, *CCE* 2004, comm. 50 p. 24, note Christophe CARON ; *D.* 2004, j. 2028, note Bernard EDELMAN ; (2004) *Propriétés intellectuelles*, n° 12, 768, note André LUCAS ; (2004) *Revue trimestrielle de droit commercial* 474, n° 3, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; même auteur, (2004) 202 *Revue internationale du droit d'auteur* 292 ; Xavier DAVERAT, « Vie et mort des personnages de fiction », (17 janvier 2005) *Les petites affiches* 5. Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, *JCP G* 2007, II 10025, note Christophe CARON ; *LPA* n° 182, 12 sept. 2006, p. 3, Nicolas BINCTIN. CA Paris, 19 déc. 2008, *CCE* 2009 comm. 22, obs. Christophe CARON. Voir aussi sur la difficile mise en œuvre de la perpétuité, Agnès LUCAS-SCHLOTTER, « Cosette ou le temps des désillusions : de la prétendue perpétuité du droit moral en droit français », *Dr. famille* 2002, chron. 6.

96. Voir Nicolas BINCTIN, *Le capital intellectuel*, *op. cit.*, n° 351 sq.

97. En ce sens, Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 407.

travail hypothétique lorsque l'auteur n'a pas divulgué de son vivant. Les contentieux sont nourris, renforcés par les dispositions de l'article L. 121-3 CPI qui sanctionne l'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé. La loi donne compétence au juge pour contrôler l'exercice de ce droit et ordonner toute mesure appropriée. Cette solution est étendue par la loi aux conflits entre représentants pour l'exercice du droit de divulgation, ou en cas d'absence d'ayant droit, de vacance ou de déshérence. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que le droit de divulgation *post mortem* doit s'exercer au service de l'œuvre⁹⁸ et s'accorder avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant⁹⁹. Il appartient au juge d'apprécier les circonstances de la divulgation à la lumière des comportements de l'auteur de son vivant. Dans le cadre du contrôle de l'abus, le tribunal peut notamment être saisi par le ministre chargé de la culture. En marge de la divulgation se situe la question de l'authentification des œuvres. Celle-ci n'est pas nécessairement du ressort des titulaires du droit moral, même si une tendance importante émerge pour leur reconnaître une compétence particulière dans ce domaine. Pour des œuvres du domaine public, la Cour de cassation a retenu une compétence particulière au titulaire du droit moral pour tirer le bon grain de l'ivraie. À propos de surmoulage d'une œuvre de Camille Claudel, la Cour retient que

seules constituent des exemplaires originaux les épreuves en bronze à tirage limité coulées à partir du modèle en plâtre ou en terre cuite réalisé par le sculpteur personnellement, de telle sorte que, dans leur exécution même, ces supports matériels de l'œuvre portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur et se distinguent par là d'une simple reproduction,¹⁰⁰

analyse rendue sous le visa de l'article L. 121-1.

98. Voir Cass. civ. 1, 9 juin 2011 ; *D.* 2011, p. 2099, note Françoise FABIANI et Rodolphe PERRIER ; *CCE* 2011, comm. 75, obs. Christophe CARON.

99. Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, *Bull. Civ. I*, n° 266, *D.* 2001, j. 918, note Christophe CARON ; *RTD com.* 2001.94, obs. André FRANÇON ; Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, *Bull. civ. I*, n° 247 ; *D.* 2004, AJ 3223, obs. Philippe ALLAEYS ; (2005) *Revue trimestrielle de droit commercial* 86, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 229 ; *CCE* 2005, comm. 108, obs. Christophe CARON ; (2006) 207 *Revue internationale du droit d'auteur* 289, note André KEREVER.

100. Cass. civ. 1, 4 mai 2012, *Bull. civ. I*, à paraître ; n° 11-10763.

En revanche, et de façon heureuse, le droit de repentir et de retrait disparaît ; il ne pourra jamais être invoqué par les successeurs du créateur.

Enfin, le droit au respect n'est pas affecté par le décès de l'auteur, mais son exercice doit se conformer à la volonté présumée du défunt, tout en rendant service à l'intérêt général qui est que les œuvres soient présentées au public sans dénaturation¹⁰¹. La Cour de cassation est venue préciser à l'occasion de l'affaire *Les Misérables*¹⁰², au visa des articles L. 121-1 et L. 123-1 CPI et de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que

la suite d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié.

Le droit au respect de l'œuvre ne saurait fonder une action pour s'opposer à une telle suite.

Si le contenu du droit moral est peu perturbé pour l'essentiel par la disparition de l'auteur, la dévolution de ces attributs recèle quelques difficultés. L'article L. 121-2 CPI expose une règle de transfert du droit de divulgation entre les exécuteurs testamentaires et les autres successeurs de l'auteur : le droit de divulgation sur les œuvres posthumes est exercé, leur vie durant, par le ou les exécuteurs testamentaires de l'auteur. À défaut d'exécuteur testamentaire, ou à la mort de ces derniers, le droit de divulgation est dévolu dans l'ordre suivant : les descendants, le conjoint non divorcé et non remarié, les héritiers autres que les descendants, les légataires universels ou, enfin, les donataires de l'universalité des biens à venir. La Cour de cassation¹⁰³ fait une application rigoureuse de cette disposition :

101. Voir Caroline CARREAU, « Droit d'auteur et esprit de l'œuvre », (2004) 201 *Revue internationale du droit d'auteur* 5 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, « L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », (2008) 215 *Revue internationale du droit d'auteur* 102.

102. Cass. civ.1^{re}, 30 janv. 2007, préc.

103. Voir Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 75 ; CCE 2010, comm. 59 notes Christophe CARON ; [2010] *Revue trimestrielle de droit civil* 348, note Thierry REVET ; *D.* 2010.888, obs. Jeanne DALEAU, 1599, note Bernard EDELMAN, et 1603, note Philippe ALLAEYS ; *AJ fam.* 2010. 235, obs.

attendu que le droit de divulguer une œuvre, attribut du droit moral de l'auteur, emporte, par application des dispositions de l'article L. 121-2 C. propr. intell., le droit de déterminer le procédé de divulgation et celui de fixer les conditions de celle-ci ; que la cour d'appel a relevé, sans encourir le grief de dénatura-tion, que par dispositions testamentaires Emmanuel X... avait confié l'exercice de ce droit exclusivement à son fils Michaël, ce dont il résultait que ce dernier était seul habilité à décider de la communication au public des œuvres posthumes de son père, du choix de l'éditeur et des conditions de cette édition.

Il est nécessaire de ne pas confondre dans ce cadre, d'une part, l'exercice du droit moral de divulgation et, d'autre part, l'exercice du droit de reproduction et plus généralement du droit de communication au public. L'exercice de l'un n'emporte pas le droit d'exercer seul et librement l'autre.

La doctrine a milité pour une interprétation extensive de cette solution pour l'ensemble des prérogatives du droit moral. La Cour de cassation a toutefois cantonné les dispositions de l'article L. 121-2 au seul droit de divulgation, pour les autres prérogatives du droit moral, il convient d'appliquer le droit commun de la succession¹⁰⁴. Ainsi, le droit de paternité et le droit au respect suivent le droit commun des successions et peuvent notamment être dévolus avec les attributs patrimoniaux du droit d'auteur, marquant l'unité de la propriété. En revanche, le droit de divulgation, suivant un régime d'ex-ception, ne relève pas de la liberté de disposer du *de cuius*.

L'impact de ces éléments sur l'unité du droit de propriété semble devoir être limité, et on peut lire le sort du droit de divul-gation forme une exception là où les autres éléments composant le droit moral suivent la dévolution successorale des attributs patrimoniaux. Cet aménagement légal ne remet pas en cause l'analyse moniste pro-priétaire du droit d'auteur et la présentation du droit moral comme un élément du régime de propriété¹⁰⁵. De plus, la circulation du droit d'auteur lors de la mort de l'auteur n'est qu'une hypothèse de dévolu-tion du droit de propriété, les dispositions du CPI ne s'appliquent pas toutes les fois où la dévolution initiale a profité à une personne

Christophe VERNIÈRES ; (2010) *Revue trimestrielle de droit commercial* 303, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; *D.* 2011, p. 2170, obs. Pierre SIRINELLI.

104. Cass. civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, *JCP G* 1989, II, 21378, note Bernard EDELMAN ; Cass. civ. 1^{re}, 15 févr. 2005, *CCE* 2005, comm. 62, note Christophe CARON.

105. Nicolas BINCTIN, *Droit d'auteur et droit des successions*, *op. cit.*, p. 45 et s. dis-tiguant la titularité et l'exercice du droit de divulgation dans la succession.

morale, voire à une autre personne physique que l'auteur. Dans cette hypothèse, il y a une unité parfaite de la dévolution du droit d'auteur, dans toutes ses composantes, dans le cadre du transfert universel de patrimoine, renforçant l'analyse ici défendue. Il en va de même pour les dévolutions successorales subséquentes.

1.3 Le droit moral et la protection du bien intellectuel

Le droit moral est conçu comme un outil de protection de l'auteur¹⁰⁶, il est présenté comme tel, et il agit dans bien des cas ainsi. Cette fonction de protection est historiquement à l'origine de la construction prétorienne du droit moral¹⁰⁷. Cette fonction pourrait contribuer à supporter l'analyse dualiste du droit d'auteur, dégageant la protection de la personne de la circulation du bien. Toutefois, lorsque le droit d'auteur est dévolu à une personne morale, le rôle de protection de l'auteur du droit moral s'évapore dans celui de protection du propriétaire initial du bien intellectuel, la logique de protection demeure mais plus au regard d'une catégorie de personne spécifique. Surtout, la protection de la personne de l'auteur ne relève pas du droit d'auteur (voir *infra* II C).

Le droit moral n'est pas isolé dans cette fonction de protection du bien intellectuel au regard des usages qu'il en est fait, toute la loi de 1957 est organisée pour assurer une protection de la personne physique auteur. Dès lors, le droit moral n'a pas le monopole de la protection de l'auteur, et semble parfois confiner à la caricature dans cette fonction.

1.3.1 L'absence de monopole du droit moral pour la protection des usages du bien intellectuel

La philosophie habituellement avancée pour présenter la loi de 1957 est l'émergence d'un droit protecteur de l'auteur. Le droit moral remplirait une fonction de protection, mais pas seulement lui, toutes les dispositions relatives aux contrats, par exemple, sont tout autant développées par le législateur pour protéger l'auteur¹⁰⁸. C'est la conjugaison de ces dispositions qui permet d'atteindre l'objectif fixé. On en conclut que cette combinaison nécessaire renforce une analyse

106. Christophe CARON, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 245 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 553.

107. Voir Stig STRÖMHOLM, t. 1, *op. cit.*, p. 118 et sq.

108. Voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 929 et sq. ; Silke VON LEWINSKI, « La protection des auteurs et artistes par contrats » ; *ALAI 1997 – Congrès Montebello*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 17.

unitaire du droit d'auteur plutôt qu'une analyse dualiste ; le législateur utilise différents attributs pour protéger l'auteur et les créations au travers de son droit de propriété.

Dans le même esprit, les mécanismes d'interprétation de la norme¹⁰⁹, l'interprétation *in favorem actoris*, ne sont pas réservés au droit moral, ils s'appliquent à l'ensemble des dispositions du CPI dès lors que l'auteur est partie au contrat ou voit son intérêt en jeu dans l'interprétation proposée. On retrouve là un outil unitaire du droit d'auteur ne militant pas pour une approche dualiste de la qualification de celui-ci.

Il est certain que les seuls mécanismes contractuels ne seraient pas suffisants pour assurer une protection de l'auteur, d'où la nécessité des attributs intellectuels du droit d'auteur. Leur nécessité ne fait pas de doute, en revanche, leur traitement en dehors du mécanisme du droit de propriété n'est pas justifié ni fondé.

Il y a un recentrage opportun du droit d'auteur sur le bien intellectuel, de la protection de l'auteur vers la protection du droit d'auteur. L'évolution du droit d'auteur dans la société contemporaine, la puissance économique de ce dernier, substrat fondamental de l'économie du savoir, marque le passage d'une création romantique à une création industrielle et explique cette évolution¹¹⁰ ; mais elle se réalise sans adaptation des textes car, bien que sa lecture en fût tout autre, la loi vise le bien intellectuel avant toute autre chose.

La protection de l'auteur en tant que personne passe par d'autres mécanismes, complémentaires du droit d'auteur. Outre la liberté d'expression sur laquelle on reviendra dans la seconde partie de cette étude, deux types de mécanismes semblent présenter une réelle efficacité pour proposer une protection effective des auteurs et leur permettre de poursuivre leur activité créatrice, nécessaire au développement de tous. En premier lieu, il s'agit de la protection sociale dont bénéficie l'auteur¹¹¹. Bien loin du droit d'auteur, bien que financée par l'exploitation de ce dernier, la protection sociale assure à l'auteur la possibilité d'avoir un cadre de vie protecteur.

109. Voir Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 929 ; Pierre-Yves GAUTIER, *op. cit.*, n° 23.

110. Voir T. Paris, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, Paris, PUF, 2002 ; Maurice LEVY et Jean-Pierre JOUYET, *L'économie de l'immatériel – La croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 2006.

111. Voir Nicolas BINCTIN, « Le statut social de l'auteur en France », (2011) 228 *Revue internationale du droit d'auteur* 5 sq.

C'est un véritable témoignage de la solidarité collective et de l'intérêt général représenté par la création. En second lieu, la protection de l'auteur passe par des mécanismes collectifs de défense de ses intérêts. Ce mouvement est peu efficace en France, mais connaît, on l'a déjà signalé, un succès évident aux États-Unis où les intérêts moraux des auteurs sont promus et défendus par les *Guildes*, dans le cadre d'accords de branche avec les différents exploitants des biens intellectuels.

1.3.2 La caricature du droit moral

Parfois présenté comme la traduction de la puissance de l'auteur¹¹², caractéristique de la puissance de ce dernier dans le système français du droit d'auteur, le droit de retrait et de repentir semble plus proche d'une vision caricaturale du droit d'auteur en France, « *une fantaisie de théoricien* »¹¹³, que d'un outil protecteur de l'auteur.

L'article L. 121-4 CPI dispose que « nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire ». Le droit de retrait et de repentir réserve à l'auteur un pouvoir unilatéral de sortir de ses engagements contractuels et mettre fin à toute exploitation de son bien intellectuel. L'exercice de ce droit suppose que le bien intellectuel fasse l'objet d'une exploitation. L'auteur est assuré, grâce à cette prérogative, de pouvoir retirer ou remanier son œuvre suivant sa volonté et ne pas avoir à supporter la circulation d'une œuvre qui ne répondrait pas ou plus à ses exigences créatives. La mise en œuvre de ce droit doit respecter les intérêts de ses cocontractants (et des éventuels propriétaires de corpus dans le cas d'œuvres d'arts plastiques). L'article L. 121-4 CPI conditionne son exercice à l'obligation pour l'auteur d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice subi par l'exercice de cette prérogative¹¹⁴, appliquant ainsi au droit d'auteur les dispositions de l'article 545 du Code civil, ce qui conforte l'idée qu'il s'agit bien d'une propriété, et que le droit de retrait et de repentir serait une forme d'expropriation pour intérêt privé. La jurisprudence constate davantage une utilisation à contresens de ce droit¹¹⁵ qu'une juste revendication de celui-ci.

112. Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 656.

113. Pierre RECHT, *op. cit.*, p. 145 ; Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 447.

114. CA Paris, 6 juin 2000, (2011) *Propriétés intellectuelles* 61, obs. LUCAS.

115. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Chiavarino c/ Société Parisienne d'Édition (SPE)*, D. 1992.15, obs. Claude COLOMBET, *JCP G* 1991. II.21760, note Frédéric

Cet élément symbolique du droit moral fait l'objet de très rares applications, son coût de mise en application le rend parfaitement inapplicable, et on pourrait songer à le supprimer afin d'éviter l'effet de caricature du droit moral qu'il engendre¹¹⁶.

2. LE RÉGIME DU DROIT MORAL

Ainsi que cela vient d'être présenté, le droit moral est un élément du droit de propriété, il en suit la nature, circule avec le bien intellectuel en s'imposant comme une charge réelle aux propriétaires successifs du bien dont le bénéficiaire ne peut se départir, sauf transfert universel de son patrimoine. La nature ainsi précisée du droit moral, il est nécessaire, suivant une modèle classique d'analyse juridique, de se pencher sur son régime.

Les attributs intellectuels du droit d'auteur connaissent, dans le cadre du droit de propriété, des éléments de régime spécifiques. Cela n'est pas propre à ces attributs moraux du droit d'auteur, par exemple, le droit de reproduction ne connaît pas non plus le même régime que le droit de représentation. Non seulement le droit d'auteur compte des attributs multiples, mais le régime du droit moral est lui-même morcelé. On l'a déjà évoqué pour la succession de l'auteur, on souhaite l'exposer maintenant pour toute une série de catégories de qualification des biens intellectuels. Le droit moral ne connaît pas un régime unifié en droit français, il est adapté par le législateur au cas par cas (A). L'étude du régime du droit moral conduit aussi à envisager la façon dont il peut être invoqué par son titulaire¹¹⁷. Un débat vif existe en doctrine sur ce point afin de déterminer le caractère discrétionnaire ou non de l'invocation du droit moral par son propriétaire (B). Enfin, le droit moral dans ses usages connaît des dénaturations qu'il faut identifier et écarter afin de le préserver (C).

POLLAUD-DULIAN ; (1991) *Revue trimestrielle de droit commercial* 592, André FRANÇON.

116. Dans le même sens, Guillaume BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Vuibert 2011, p. 241.

117. Pour le cas particulier de l'art contemporain, voir Nadia WALRAVENS, « La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », (2003) 197 *Revue internationale du droit d'auteur* 2, qui souligne à la fois le décalage entre l'intention du plasticien contemporain et le droit moral et la difficulté de mise en œuvre du droit moral par l'auteur.

2.1 Un régime non unifié

Le régime du droit moral est exposé aux articles L. 121-1 et suivants du CPI. Ce premier article avance l'essentiel des éléments (droit au nom, droit au respect, perpétuité, inaliénabilité¹¹⁸, imprescriptibilité, transmission à cause de mort). Le droit de divulgation est traité à part, aux articles L. 121-2 et L. 121-3, ce dernier ouvrant un espace de contrôle dans l'exercice de ce droit, on y reviendra. Le droit de repentir est encadré par l'article L. 121-4. Les articles suivants, de L. 121-5 à L. 121-7-1 CPI, viennent intégrer des réserves dans le régime du droit moral, et ces réserves sont liées à la nature de la création (sans exhaustivité, arts appliqués¹¹⁹, œuvres audiovisuelles, œuvres architecturales¹²⁰, ou logiciels)¹²¹, à la qualité de l'auteur (agent public notamment). D'autres exceptions sont pourtant présentes dans le CPI, pour les œuvres collectives, ou les journalistes, sans qu'elles soient reprises dans ce chapitre du CPI. En revanche, les articles L. 121-8 et L. 121-9 qui achèvent ce chapitre du CPI consacré au régime du droit moral ne relèvent pas du régime du droit moral. L'article L. 121-8 ne vise que des actes d'exploitation et devrait trouver place dans le chapitre suivant. L'article L. 121-9 CPI aborde la question délicate du régime matrimonial de l'auteur, ce qui n'est pas non plus strictement une question liée au régime du droit moral.

Ces adaptations sont nécessaires et utiles, mais elles sont aussi le signe d'un droit pratique et non d'un pouvoir absolu fondé sur cette prérogative. Ces aménagements ne marquent pas une prédominance du droit moral mais plutôt une intégration du droit moral dans le droit de propriété. Le droit moral est ainsi un attribut du droit d'auteur qui connaît de nombreuses variantes dans sa mise en œuvre sur lesquelles il s'agit maintenant de revenir.

118. Cf. cependant René SAVATIER, *Les muses*, *op. cit.*, n° 125 : « l'inaliénabilité du droit moral n'a jamais existé que dans les nuages », et n° 156.

119. Par exemple, une jurisprudence fournie refuse l'apposition du nom de l'auteur sur un nombre important de créations couvertes par le droit d'auteur, en contradiction avec le droit de paternité, pour une carrosserie de voiture, pour un logo, pour une pendule, ou encore une œuvre publicitaire. Il en va de même pour le droit au respect lors de la modification d'une étiquette, d'un emballage, ou d'un vêtement.

120. En ce sens, CA Rennes, 8 mars 2001, n° 09/01222. Voir aussi, Emmanuèle PIERROUX, *La propriété des œuvres d'art corporelles*, Aix-en-Provence, PUAM 2003.

121. Voir Christophe CARON, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 283 et sq.

2.1.1 L'œuvre collective

L'œuvre collective a cela d'intéressant qu'elle est parfaitement contemporaine du droit moral dans la loi française, elle est comme lui le fruit d'une construction prétorienne consolidée par la loi de 1957. Cette qualification du droit d'auteur emporte une modification de la règle de dévolution *ab initio* du droit de propriété et de la durée des attributs patrimoniaux. Aucune adaptation du droit moral n'est prévue par le législateur pour cette catégorie, dès lors, celui qui est titulaire du droit d'auteur jouit du droit moral¹²².

L'arrêt du 22 mars 2012¹²³ présente sur ce terrain un intérêt particulier. En effet, en confirmant la dévolution du droit moral à une personne morale, avec raison, c'est naturellement le régime du droit moral qu'il faut confronter à ce mécanisme. Le droit moral est perpétuel, inaliénable et imprescriptible, l'enjeu est de déterminer si ces règles s'appliquent uniquement en présence d'une personne physique ou pour tout titulaire du droit moral. La Cour de cassation prend le parti d'appliquer le régime du droit moral sans distinguer la nature de la personne à laquelle il est dévolu. En effet, alors qu'elle écarte l'action en contrefaçon des attributs patrimoniaux en raison des incertitudes probatoires liées aux cessions antérieures, elle n'évoque à aucun moment l'effet de ces cessions sur le bénéfice du droit moral. On en déduit que la personne morale est soumise au même régime que la personne physique pour l'exercice du droit moral, les conventions qu'elle a pu conclure sur ses biens intellectuels ne peuvent pas inclure le droit moral, inaliénable. Cet attribut demeure entre ses mains et rend son action en contrefaçon sur ce chef recevable, ce qui justifie la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, sans pour autant que la Cour anticipe sur l'effectivité de l'atteinte.

Par analogie, on présume que la solution est la même pour l'imprescriptibilité et la perpétuité, tout comme la possibilité pour la personne morale d'invoquer son droit de paternité, son droit au respect, son droit de divulgation et son droit de retrait. Pour autant, il y aura certainement des difficultés attachées à l'exclusion du commerce juridique du droit moral ; des opérateurs pouvant souhaiter transmettre l'ensemble des attributs juridiques par contrat, notamment en cas de développement de biens intellectuels pour le compte

122. Par exemple, pour le droit de paternité, Cass. civ. 1^{re}, 15 avril 1986, *Bull. civ. I*, n° 89 ; (1986) 130 *Revue internationale du droit d'auteur* 143.

123. Cass. civ. 1, 22 mars 2012, préc.

de tiers. Pouvoir céder tous les attributs à la personne qui a commandé la création pourrait relever d'une rationalité économique, la convention dite « de nègre » va connaître un nouveau jour appliquée aux personnes morales¹²⁴. La perpétuité de l'attribut moral pourrait prendre un jour nouveau entre les mains d'une personne morale car cette dernière, si elle est limitée dans le temps, peut être prorogée et devenir ainsi quasi perpétuelle. L'exercice du droit moral en est renforcé en l'absence de difficulté à identifier son titulaire, ce dernier exprimant tout au long de son existence son intérêt. On retrouve les questions du droit des sociétés sur l'appréciation dans le temps de l'intérêt social¹²⁵. On pourrait aussi craindre que cette implacable inscription dans le temps du titulaire du droit moral conduise à un renforcement de la défense de ce dernier une fois les attributs patrimoniaux dans le domaine public, au risque d'un mouvement de patrimonialisation du droit moral¹²⁶. L'interprétation stricte du droit moral forme alors le meilleur rempart à ces déviations. Au regard de l'analyse générale du droit d'auteur, on comprend que le droit moral étant un élément du droit de propriété, le terme des attributs patrimoniaux n'est pas le terme de la propriété, celle-ci confirmant sa potentielle perpétuité au travers du droit moral, se rapprochant plus encore des canons classiques de la propriété corporelle.

2.1.2 L'œuvre audiovisuelle

Le régime de l'œuvre audiovisuelle est essentiellement celui de l'œuvre de collaboration qu'il n'y a pas lieu d'aborder ici. Toutefois, la loi aménage assez substantiellement la matière. Ainsi que le relève M^{me} Bernault, « le droit moral apparaît réduit lors de la conception de l'œuvre »¹²⁷. Le rôle du réalisateur est au centre du processus créatif¹²⁸ en équilibre avec celui du producteur, compromis traduit par l'article L. 121-5 CPI qui retient que « la version définitive de l'œuvre est établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur, ou éventuellement les coauteurs, et, d'autre part, le produc-

124. Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 124.

125. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., Litec 2010, n° 372 et sq. ; Stéphane ROUSSEAU et Ivan TCHOTOURIAN, « L'« intérêt social » en droit des sociétés : Regards transatlantiques », <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/3072/1/InteretSocialCanadaROUSSEAUTCHOTOURIAN.pdf>>.

126. Voir *infra*, II C.

127. Carine BERNAULT, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuelle*, Paris, LGDJ 2003, coll. Bibl. de droit privé, t. 396, n° 409.

128. Voir CJUE, 9 fév. 2012, aff. C-277/10, *Martin Luksan*, CCE 2012, comm. 37, obs. Christophe CARON, qui affirme que le producteur ne peut pas bénéficier d'une dévolution *ab initio* du droit d'auteur.

teur »¹²⁹. Pour autant, l'œuvre audiovisuelle peut compter bien d'autres coauteurs que le seul réalisateur, leurs prérogatives sont anéanties. M^{me} Bernault distingue deux séries de limites aux attributs moraux des auteurs d'œuvres audiovisuelles, des limites liées à la nature de l'œuvre qui sont la conséquence de la complexité du processus de création, et des limites relevant de l'environnement législatif de l'œuvre audiovisuelle, c'est-à-dire propres au secteur économique en cause.

Pour ce qui est de la première catégorie, on peut notamment évoquer la suspension du droit moral des auteurs dans la phase de création pour ménager les intérêts de la production. L'auteur ne peut en revendiquer l'exercice avant le « *final cut* », dont le droit de divulgation¹³⁰. On peut aussi évoquer l'absence de citation du nom des auteurs des œuvres audiovisuelles utilisée pour des publicités, usage du secteur en cause, indéniablement *contra legem*. Dans le même esprit, l'article L. 121-6 retient que

si l'un des auteurs refuse d'achever sa contribution à l'œuvre audiovisuelle ou se trouve dans l'impossibilité d'achever cette contribution par suite de force majeure, il ne pourra s'opposer à l'utilisation, en vue de l'achèvement de l'œuvre, de la partie de cette contribution déjà réalisée.¹³¹

Simplement, l'article précise qu'il aura, pour cette contribution, la qualité d'auteur et bénéficiera des droits qui découlent de celle-ci. Cette solution est en contradiction avec les règles du droit moral de l'auteur. Le principe de l'unanimité pour les œuvres de col-

129. Sur la mise en œuvre de cette disposition, Carine BERNAULT, *op. cit.*, n° 461 et sq., et 483 et sq.

130. Sur cette notion, voir Henri-Jacques et André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité, op. cit.*, n° 213, et son application à l'œuvre audiovisuelle : Cass. civ. 1, 24 sept. 2009, *Bull. civ. I*, n° 183 ; (2010) *Propriétés intellectuelles*, n° 34, 617, obs. André LUCAS ; (2009) 222 *Revue internationale du droit d'auteur* 401, obs. Pierre SIRINELLI ; (2010) *Revue trimestrielle de droit commercial* 109, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN : « selon l'article L. 121 5 du code de la propriété intellectuelle, l'œuvre audiovisuelle est réputée achevée lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur, que n'étant pas contesté que tel n'était pas le cas en l'espèce, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que les auteurs n'étaient pas fondés à se prévaloir d'une privation de leur droit de divulgation dès lors que celui-ci ne pouvait être exercé par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée ».

131. Sur la mise en œuvre de cette disposition, Carine BERNAULT, *op. cit.*, n° 470 et sq.

laboration¹³² est écarté au bénéfice de l'achèvement de l'œuvre. Ces aménagements du droit moral, en décalage avec l'analyse dualiste du droit moral en France, préservent l'intérêt collectif des intervenants, M^{me} Bernault qualifie l'ensemble de ces adaptations de « droit moral spécial »¹³³.

Les adaptations du droit moral des auteurs dans la phase de création de l'œuvre audiovisuelle sont complétées par des adaptations au stade de l'exploitation de l'œuvre, avec une adaptation du droit au respect de l'image diffusée, pour la continuité de l'œuvre, comme au travers de l'environnement de diffusion de cette dernière¹³⁴. Pour ne retenir qu'un seul exemple de ces modifications substantielles du droit moral, on abordera le cas de la continuité de l'œuvre. L'atteinte à la continuité de l'œuvre résulte historiquement de leur exploitation télévisuelle intégrant des interruptions publicitaires. Ces coupures multiples des œuvres dépassent aujourd'hui les seules œuvres audiovisuelles et la télédiffusion, on la retrouve notamment pour la diffusion de la musique et des films en ligne. Si l'article 73 de la loi 86-1067 était tourné de telle façon qu'il laissait entendre que l'auteur pouvait s'opposer à la coupure publicitaire, la pratique était tout autre et les auteurs n'exerçaient pas cette prérogative, aussi vaine et symbolique que le droit de retrait. Dans sa version issue de la loi du 5 mars 2009¹³⁵, le cadre légal de la coupure publicitaire est le suivant :

Sans préjudice des dispositions du code de la propriété intellectuelle, la diffusion par un service de télévision d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus de deux interruptions publicitaires. En outre, les œuvres cinématographiques, les œuvres audiovisuelles qui ne sont ni des séries ni des feuilletons ni des documentaires et les programmes destinés à la jeunesse ne peuvent faire l'objet que d'autant d'interruptions qu'elles comportent de tranches programmées de trente minutes. Le message publicitaire doit être clairement identifiable comme tel.

La réserve ouvrant l'article est non sans humour car l'atteinte au droit moral est évidente et porte naturellement préjudice aux dis-

132. Sur ce principe, Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 102.

133. Carine BERNAULT, *op. cit.*, n° 457 sq.

134. Carine BERNAULT, *op. cit.*, n° 648 sq.

135. Loi 2009-258, 5 mars 2009, relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *JORF* 7 mars 2009, p. 4321, art. 70.

positions du CPI. Les réserves de la formule de 1986 ont disparu, aucune opposition de l'auteur n'est ouverte. Le législateur crée des sous-catégories d'œuvres audiovisuelles pour adapter à chacune le nombre de coupures. Le droit moral est plus que relégué au second plan, au point de pratiquement disparaître à ce stade de l'exploitation de l'œuvre. Toutefois, le législateur encadre le contenu des coupures en précisant que « l'interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de tout autre document, donnée ou message de toute nature, notamment bande-annonce, bandes d'auto-promotion ». Ces limites relèvent d'avantage de la régulation du secteur audiovisuel que de l'amélioration du sort du droit moral.

L'adaptation du droit moral aux contraintes économiques est une évidence, une approche pragmatique, confirmée par la dernière disposition de cet article qui écarte la possibilité de coupure pour la diffusion d'une œuvre cinématographique par les services de télévision publique et par les services de télévision de cinéma. Enfin, le législateur interdit le sous-titrage publicitaire des œuvres cinématographiques de même que toute interruption publicitaire des œuvres cinématographiques diffusées dans le cadre d'émissions de ciné-club. Cependant, on le sait, les œuvres audiovisuelles ne se résument pas aux seules œuvres cinématographiques, toutes les autres sont donc soumises aux éventuelles coupures.

2.1.3 *Le logiciel*

Evoquer le logiciel dans le cadre d'un article sur le droit moral peut être vu comme une provocation (il en est de même probablement pour l'œuvre collective d'ailleurs), mais il s'agit de l'une des catégories de créations les plus importantes du droit d'auteur, par le volume de biens intellectuels produits et par leur valeur. Dès lors, il n'est pas possible de les ignorer lorsque l'on étudie un aspect du droit d'auteur. Comme pour l'œuvre audiovisuelle, le droit d'auteur connaît plusieurs adaptations du droit moral, guidées elles aussi par l'intérêt collectif.

L'article L. 121-7 CPI aménage le droit moral de l'auteur d'un logiciel, mais à la différence de l'œuvre audiovisuelle, la loi dispose non pas de façon impérative mais supplétive, il est dès lors possible de prévoir d'autres solutions. Ainsi, sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits de traduction, adaptation, arrangement ou de toute autre modification d'un logiciel et la

reproduction du logiciel en résultant, à condition toutefois que ces modifications ou autres ne soient préjudiciables ni à l'honneur ni à la réputation de l'auteur. Sous la même réserve de stipulations plus favorables, l'auteur d'un logiciel ne peut pas non plus exercer son droit de repentir ou de retrait. L'auteur d'un logiciel, ou plus précisément la personne à laquelle le droit d'auteur est dévolu *ab initio* (une personne physique, une personne à l'initiative d'une œuvre collective constituée par un logiciel, ou l'employeur de l'auteur en application de l'article L. 113-9 CPI, le droit moral étant exercé pour le logiciel par celui qui bénéficie de la dévolution *ab initio*, comme pour toutes les prérogatives du droit d'auteur) voit donc le droit moral qui lui échoit adapté, pour autant il ne semble pas réduit à une portion plus congrue que celle de l'œuvre audiovisuelle¹³⁶.

Le droit de divulgation et le droit de paternité ne sont en rien modifiés, et cela ne se déduit pas par une interprétation *a contrario*, par nature fragile, mais par l'application simplement de la règle d'interprétation stricte des exceptions, règle de base d'interprétation du droit d'auteur¹³⁷. Ces deux éléments forment la clef de voûte du droit moral, le logiciel y est totalement intégré, avec plus de rigueur que les œuvres audiovisuelles. Aucune adaptation de ces deux prérogatives n'est envisagée pour la période de développement du logiciel, alors que celle-ci n'est pas moins complexe que pour une œuvre audiovisuelle. Il est probable que le cadre salarial du développement des logiciels écarte amplement ce problème. Il est aussi probable que la qualification légale (et artificielle) d'œuvre de collaboration pour les œuvres audiovisuelles appelait de tels aménagements.

Pour le droit de retrait et de repentir, il n'est pas nécessaire de développer ce point, en toute cohérence, dans la mesure où l'on suggère sa suppression, la solution du CPI pour le logiciel est heureuse. Toutefois, il ne s'agit pas d'une suppression complète de cette prérogative du droit moral puisque la réserve de la stipulation contractuelle contraire s'applique aussi pour cet élément du droit d'auteur.

Quant au droit au respect, il n'est pas supprimé mais aménagé. D'une part, toutes les fois où le contrat de cession du logiciel n'inclut pas les différentes opérations visées par l'article L. 121-7 1^o CPI, le droit au respect est intact. D'autre part, si le contrat de cession vise ces opérations, la loi indique qu'il est possible par contrat de déroger

136. *Contra*, Franck MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ?*, Paris, Litec 2011, coll. CEIPI t. 57, n^o 241.

137. Voir Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire*, *op. cit.*, n^o 23.

à la solution du CPI qui est supplétive et non d'ordre public. De plus, si le contrat ne déroge pas, les dispositions de l'article L. 121-7 1^o trouvent une limite en cas d'atteinte à l'honneur ou à la réputation. Ces deux réserves s'appliqueront aussi bien en présence d'une personne physique que d'une personne morale¹³⁸. Enfin, si l'objet du contrat n'est pas une cession mais une concession, les dispositions de l'article L. 121-7 1^o n'ont pas vocation à s'appliquer¹³⁹, sauf si le contrat le prévoit naturellement.

Ainsi, le régime du droit moral du propriétaire du droit d'auteur sur un logiciel connaît des adaptations qui semblent moins marquées que celles évoquées pour les œuvres audiovisuelles. Elles révèlent la capacité du droit d'auteur, une fois encore, à adapter les différents attributs du droit de propriété en fonction des nécessités pratiques et pragmatiques mais démontrent aussi la parfaite intégration du logiciel dans les éléments les plus sensibles du droit d'auteur.

2.1.4 Le journaliste

Le sort du journaliste face au droit moral laisse perplexe. Le journal étant tenu pour être une œuvre collective¹⁴⁰, on applique à la contribution du journaliste intégré dans l'œuvre divulguée les développements envisagés pour l'œuvre collective, sous réserve de l'exploitation séparée de ses contributions dans un recueil.

Toutefois, lors de la réforme du statut du journaliste en droit d'auteur en 2009, le législateur a modifié l'article L. 121-8 CPI, article intégré dans le chapitre relatif au droit moral, sans pour autant proposer des aménagements du droit moral. La réforme de 2009 prévoit, à l'article L. 132-36 CPI, que l'auteur cède à son

138. Pour l'application à une personne morale du droit à l'honneur et à la réputation, voir notamment, Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales », (2011) *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 17 ; Hélène MARTRON, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, Poitiers, Faculté de droit et de Sciences sociales de Poitiers, 2011.

139. En ce sens, CA Paris, 15 juin 1990, (1990) *Cahiers Lamy Informatiques*.

140. En ce sens, Cass. civ. 1, 6 mai 1997, D. 1998, somm. 190, obs. Claude COLOMBET ; CA Paris, 14 mai 1997, (1998) 175 *Revue internationale du droit d'auteur* 318, obs. André KEREVER ; Agnès MAFFRE-BAUGE, « Journal papier et journal électronique : l'œuvre collective à nouveau sur la sellette... », (mars 2008) *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 1193, p. 6 ; Pierre SIRINELLI, « Le droit des journalistes, l'œuvre collective et les nouveaux médias », (1999) *Revue Lamy Droit des affaires*, supp. au n° 162, p. 9.

employeur certains droits de reproduction¹⁴¹. Dès lors, il faut analyser la situation à deux niveaux. Soit il s'agit de l'œuvre en tant que journal, et seule l'entreprise de presse jouit du droit moral, suivant le régime de l'œuvre collective ; soit il s'agit de la contribution exploitée hors du journal, et le droit moral reste naturellement entre les mains du journaliste puisque inaliénable. De plus, si l'atteinte à l'œuvre collective passe par une atteinte spécifique à la contribution isolée du journaliste, il ne devrait pas être exclu que ce dernier puisse invoquer ses attributs intellectuels pour obtenir réparation.

Quant à l'exploitation isolée par le journaliste, dans un recueil, de ses différentes contributions, on peut penser qu'il disposera toujours du droit moral sur cette publication. Toutefois, la divulgation a déjà été exercée lors de la première communication de la contribution à l'entreprise de presse (on peut toutefois envisager une divulgation de l'œuvre originale formée par le recueil en tant que tel). Cette consommation du droit de divulgation est confirmée par le deuxième alinéa de l'article L. 121-8 CPI visant la conservation dans le patrimoine du journaliste de droits de reproduction et d'exploitation sous une forme autre que celles utilisées par l'entreprise de presse. C'est bien un attribut patrimonial qui est en cause et non le droit de divulgation. Solution renforcée par le dernier alinéa de cet article qui limite le droit de publier de ce journaliste si cette exploitation porte préjudice aux intérêts de l'entreprise de presse.

Le droit moral du journaliste semble donc lui aussi adapté. La liberté de divulgation est consommée par son accord avec la société de presse, et l'intégrité de sa contribution est, suivant les usages de la presse, incertaine, le directeur de publication pouvant adapter les contributions aux contraintes de son support, pour la mise en page notamment¹⁴², et procéder par exemple à des coupes si elles sont nécessaires. On sait que la pratique va plus loin et que la réécriture des contributions est courante.

141. Voir sur le statut du journaliste, Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 87 ; Emmanuel DERIEUX, « La presse : le droit d'auteur des journalistes – Incidences de la loi du 12 juin 2009 », *Créations et inventions de salariés – Rompre avec les schémas reçus...*, Paris, Litec, 2010, coll. IRPI, t. 35, p. 71 ; Jean LAPOUSTERLE, « Droits d'auteur des journalistes : de l'orthodoxie au pragmatisme », (2010) 270 *Légipresse*, II-37 ; Patrick SARGEANT, « Droit d'auteur des journalistes », *CCE* 2011, prat. 17.

142. En ce sens, Cass. civ. 1, 16 déc. 1986, *RIDA* juill. 1987, p. 183.

2.1.5 Les agents publics

Le sort des agents publics auteurs face au droit moral doit être exposé en deux temps. D'une part, et cela reste la solution applicable à l'heure actuelle en France, suivant la jurisprudence du Conseil d'État, notamment à la suite de l'avis Ofrateme¹⁴³, le droit moral revient à la tutelle de l'agent, comme les droits patrimoniaux, suivant la parfaite unité de la dévolution du droit de propriété, solution ordinaire du droit d'auteur. On peut, par ailleurs, appliquer à nombre de créations des agents publics la qualification d'œuvre collective.

D'autre part, il y a les dispositions intégrées dans le CPI mais non pourvues de décrets d'application et qui sont donc, légalement, lettre morte, bien qu'elles réforment en profondeur la solution Ofrateme. Dans ce cadre, le droit de paternité des agents reprend force, il leur est totalement reconnu. En revanche, l'article L. 121-7-1 CPI diminue la vigueur des autres composantes du droit moral. Le droit de divulgation d'un agent qui a créé une œuvre dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie.

On retrouve l'esprit de l'avis Ofrateme, l'idée de nécessité du service permettant éventuellement de réduire à néant ce droit, en opposition nette avec des dispositions de l'article L. 121-2 CPI. Le droit au respect est amoindri, ramené à une forme minimaliste. L'agent ne peut s'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service public par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation.

143. Voir d'une part, Rapport du Conseiller RENAUDIN, *Études et Documents du Conseil d'État* 1958, p. 29, et, d'autre part, CE, 12 nov. 1972, Avis n° 309721, *Grands Avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, p. 111 ; Michel GAUTREAU, « Un principe contesté : le droit d'auteur salarié ou fonctionnaire », (1975) 84 *Revue internationale du droit d'auteur* 129 ; *Gaz. Pal.* 1978, Doctr. p. 50, obs. Pierre FREMOND ; (1981) 110 *Revue internationale du droit d'auteur* 93, étude André KEREVER. Voir enfin les applications : CE, 10 juill. 1996, INSEE, (1996) 170 *Revue internationale du droit d'auteur* 207 ; (1997) *L'actualité juridique – Droit administratif* 189, note Herbert MAISL ; CE, 29 juill. 2002, Sté. Cégédim, *JCP E* 2003, 149, note Jean-Michel BRUGUIÈRE ; TGI Paris, 31 mars 1999, (2000) 183 *Revue internationale du droit d'auteur* 333, note André KEREVER ; *JCP E*, p. 1375, obs. Philippe CHEVET ; TA Versailles, 17 oct. 2003, *CCE* 2004, comm. 1, obs. Christophe CARON.

Les critères posés laissent penser que le droit au respect n'a guère de consistance, le respect de l'œuvre étant pratiquement à la discrétion de l'autorité hiérarchique. Enfin, l'exercice du droit de retrait ou de repentir est purement et simplement écarté, à moins d'un accord de l'autorité hiérarchique ; cela est de bon sens.

Toutefois, ces restrictions 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 » (art. L. 111-1, al. 4), qui jouissent donc pleinement du droit moral. Il en va notamment ainsi des professeurs d'université.

On le constate, le droit moral est substantiellement adapté par le législateur à de multiples reprises et pour différentes composantes de ce dernier, sans pour autant écarter l'existence du droit d'auteur, tout simplement parce que le droit moral est un élément de celui-ci et non pas son essence. Les aménagements du régime des attributs intellectuels sont nombreux, la pratique en ajoute bien d'autres, notamment pour les créateurs salariés. L'absence de statut légal laisse *de facto* ces derniers sans réelle emprise sur leur création, et loin de protéger l'auteur salarié, il est affaibli et ignoré, notamment dans la mise en œuvre de son droit moral. L'absence d'unité du régime du droit moral rend ce dernier moins stable dans son contenu que le droit de communication au public de l'œuvre. Le droit moral n'est en rien immuable et absolu, il s'inscrit dans la diversité des créations comme un élément du droit de propriété et répond à la plasticité de cette dernière.

2.2 Un exercice non discrétionnaire

Les conditions dans lesquelles le titulaire du droit moral peut invoquer les attributs du droit de propriété forment le deuxième élément sensible du régime du droit moral. Il a été parfois soutenu que le droit moral est un droit discrétionnaire de son titulaire¹⁴⁴, qui peut dès lors l'exercer sans contraintes. La réalité juridique semble nettement plus nuancée, il est nécessaire de distinguer selon les titulaires et selon les prérogatives. On constatera que loin d'être discrétionnaire et de connaître un régime uniforme pour l'ensemble des prérogatives relevant du droit moral, le droit moral peut faire l'objet d'un

144. Sur l'évolution historique de la doctrine sur ce point, Christophe CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Paris, Litec 1998, coll. IRPI, t. 17, n° 48 sq.

contrôle judiciaire lors de sa mise en œuvre, contrôle conforme à l'exercice de prérogatives du droit de propriété.

Pour aborder cet aspect du régime du droit moral, la distinction entre les titulaires du droit moral guidera notre analyse, en distinguant le titulaire initial (1) et les ayants droit (2), en abordant, dans chaque cas, la situation des quatre éléments du droit moral, le droit de paternité, le droit de divulgation, le droit de retrait et le droit au respect.

2.2.1 *Le contrôle du titulaire initial*

On ne saurait réduire l'exercice initial du droit moral aux personnes physiques auteurs puisque autant les personnes physiques que morales peuvent recevoir la dévolution des attributs intellectuels du droit d'auteur. Le caractère purement discrétionnaire du droit moral n'est plus soutenu par une doctrine majoritaire¹⁴⁵. Outre le contrôle naturel sur le terrain de l'abus de droit¹⁴⁶, d'autres éléments de contrôle de l'exercice du droit moral par le titulaire *ab initio* émergent.

Le droit de divulgation est indéniablement la prérogative la plus discrétionnaire du titulaire initial du droit moral¹⁴⁷, sans pour autant échapper à un contrôle. Seul le titulaire du droit moral décide de divulguer ou non son bien intellectuel, sans qu'il soit possible de le contraindre. Il est impossible pour un créancier de saisir des œuvres non encore divulguées, l'œuvre n'étant pas dans le commerce juridique au sens de l'article 1128 C. civ. La divulgation est un quasi-acte absolu du droit d'auteur. Toutefois, même pour cette prérogative, il est possible d'envisager une limite au pouvoir potestatif

145. La seule réserve notable vient de la part de Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993, chron. p. 97 ; même auteur, *Traité, op. cit.*, n° 592 sq.

146. Sur la question de l'abus de droit et droit moral, Christophe CARON, *Abus de droit et droit d'auteur, op. cit.*, n° 20 et sq. ; Agnès LUCAS-SCHLOETTER, « Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêts », *Mélanges Dietz*, Munich, Beck, 2001, p. 127 ; Caroline CARREAU, « Propriété intellectuelle et abus de droit », *Mélanges Françon*, Paris, Dalloz 1995, p. 30.

147. En ce sens, Cass. civ. 1, 21 nov. 2006, *Bull. civ.* I, n° 499 ; (2007) *Revue trimestrielle de droit commercial* 536, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; (2007) *Propriétés intellectuelles*, n° 22, p. 84, obs. André LUCAS ; (janvier 2007) *Revue internationale du droit d'auteur* 437, note Pierre SIRINELLI.

du titulaire du droit d'auteur dans l'usage vexatoire que l'auteur pourrait en faire¹⁴⁸.

La force du droit de divulgation fut particulièrement mise en avant dans le cadre de son application au contrat de commande. L'auteur a le droit de ne pas divulguer l'œuvre commandée sous couvert de son droit moral. Aucune divulgation forcée ne peut être imposée par le commanditaire, cependant, l'auteur engage sa responsabilité contractuelle et l'affaire ne pourra se résoudre que par des dommages et intérêts¹⁴⁹. Ces solutions jurisprudentielles sont antérieures à la loi de 1957, elles bénéficient encore d'un consensus doctrinal. Quant au commanditaire, il doit permettre à l'auteur d'exercer son droit de divulgation¹⁵⁰. Notamment, dans le cas particulier des arts plastiques, il est envisageable que l'auteur transmette le support de sa création à un tiers, sous couvert de confidentialité, ce qui ne constitue pas l'exercice du droit de divulgation. L'article L. 111-3 alinéa 2 CPI soutient cette solution. En cas d'abus notoire du propriétaire du bien corporel empêchant l'exercice du droit de divulgation du bien intellectuel, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée.

Le droit de retrait et repentir est dans son mécanisme même soumis à contrôle puisqu'il est nécessaire d'apprécier la juste et préalable indemnisation, ce qui passe par une vérification des conditions de mise en œuvre. La Cour de cassation a justement indiqué qu'il n'était pas possible d'invoquer cette prérogative du droit moral pour renégocier les conditions économiques d'un contrat¹⁵¹.

148. Cass. civ. 1, 14 mai 1945, *JCP* 1945, II.2835, note R.C. ; *D.* 1945, p. 287, note Henri DESBOIS ; *S.* 1945.1.101, note Henri BATTIFOL ; Cass. civ. 1, 4 déc. 1956, *Gaz. Pal.* 1957, 1, p. 56. Voir Pierre KAYSER, « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit de mécénat », *Études offertes à A. Audinet*, Paris, PUF, 1968, p. 129.

149. Cass. civ. 1, 14 mars 1900, aff. *Whistler*, *DP* 1900.1.497, rapport Frédéric-Charles RAU, concl. A. DESJARDINS, note Marcel PLANIOL ; CA Paris, 19 mars 1947, aff. *Rouault*, *D.* 1949, j. 20, note Henri DESBOIS.

150. Voir Cass. civ. 1, 8 janv. 1980, *D.* 1980, j. 89, note Bernard EDELMAN ; *JCP G* 1980, II 19336, obs. Raymond LINDON ; (1980) 104 *Revue internationale du droit d'auteur* 152, obs. André FRANÇON. Voir Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n^{os} 624 s., et 1126 et s.

151. Cass. civ. 1, 14 mai 1991, *D.* 1992, somm. 15, obs. Claude COLOMBET ; *RIDA* 1992, n^o 151, p. 273, note Pierre SIRINELLI ; *JCP G* 1991, II-21760, note Frédéric POLLAUD-DULIAN ; (1992) *Revue trimestrielle de droit commercial* 592, obs. André FRANÇON.

Le droit au respect¹⁵² est lui aussi soumis à un contrôle du juge, variant selon les circonstances de l'usage du bien intellectuel, notamment au regard des engagements contractuels de l'auteur¹⁵³. En effet, l'exercice de ce droit diffère selon que son titulaire autorise une utilisation telle quelle ou une adaptation. Dans le premier cas, l'utilisateur ne doit en aucun cas porter atteinte à l'œuvre¹⁵⁴. Dans le second, le respect de l'œuvre préexistante s'impose à l'auteur de l'adaptation mais le créateur doit composer avec les exigences de liberté de son cocontractant et admettre certaines atteintes à l'intégrité de son œuvre¹⁵⁵. Des stipulations peuvent éloigner le théâtre de l'arbitraire de l'ayant droit. M. Sirinelli évoque dans sa thèse une série de clauses contractuelles relatives au respect de l'œuvre. Il indique que la clause obligeant l'adaptateur à n'opérer que des retouches ayant une nécessité technique ou celle lui accordant un droit discrétionnaire d'accepter ou de refuser l'adaptation sont valables¹⁵⁶. La jurisprudence en la matière est marquée par une grande casuistique ; les décisions sont le fruit de la conjugaison des stipulations contractuelles et du résultat de l'adaptation. Cette situation conduit à exploiter la liberté contractuelle à la disposition des parties. Le titulaire du droit moral doit accorder une « liberté morale » parallèle aux prérogatives patrimoniales accordées. Sans que cela puisse être interprété comme une renonciation à son droit moral, il s'engage à respecter les atteintes à la création nécessaires pour l'exploitation des droits patrimoniaux qu'il transmet¹⁵⁷.

L'auteur de l'œuvre dérivée, pour sa part, jouit pleinement de ses droits d'auteur comme tout auteur. Toutefois, l'article L. 113-4 CPI avance une règle de conflit en indiquant que l'œuvre composite

152. En ce sens, Pierre-Yves GAUTIER, *op. cit.*, n^{os} 194 et 198 ; Henri-Jacques et André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité, op. cit.*, n^{os} 545 et 546.

153. Déjà en ce sens, Georges BRY, *op. cit.*, n^o 742.

154. En ce sens, Pierre-Yves GAUTIER, *op. cit.*, n^o 215 et sq. ; Henri-Jacques et André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité, op. cit.*, n^o 547 et sq. ; Nicolas BINCTIN, note sous TGI Paris 20 juin 2007, (2007) *Légipresse* III-217, même auteur, « L'affaire Koltès : confusion entre droit moral et droit patrimonial », dans *Mise en scène et droits d'auteur. Liberté de création scénique et respect de l'œuvre dramatique*, Montpellier, L'Entretiens 2012, p. 64.

155. Cf. Pierre SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse dactyl., Paris II 1985, p. 278.

156. Pierre SIRINELLI, thèse, *op. cit.*, p. 290. Voir aussi Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz 1978, n^o 640 ; André FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, op. cit.*, p. 225.

157. En ce sens, Agnès MAFFRE-BAUGER, note sous Cass. civ. 1, 28 janv. 2003, [mai 2003] *Légipresse* n^o 201, III.61, spéc. p. 63 ; Florence-Marie PIRIOU, *Personne morale et droit d'auteur en France et aux États-Unis*, thèse dactyl., Paris II 2001, n^o 24 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n^o 401.

est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve du respect des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante, dont son droit moral. Il est nécessaire d'obtenir une autorisation de l'auteur de l'œuvre première avant de réaliser l'œuvre seconde, ce qui confère un pouvoir de contrôle à l'auteur de l'œuvre première¹⁵⁸. Le rapport de dépendance est exacerbé lorsque le contrat autorisant la création d'une adaptation est un contrat à durée déterminée. Au terme de ce contrat, il n'est plus possible d'exploiter l'adaptation, sans que l'on puisse reprocher un quelconque abus au titulaire des droits de l'œuvre première¹⁵⁹, au risque de porter cette fois-ci atteinte au droit moral de l'auteur de l'œuvre seconde. Le seul fait de devoir harmoniser deux prérogatives de même nature, c.-à-d. le droit moral des deux auteurs, impose qu'il n'y ait pas un exercice discrétionnaire des prérogatives intellectuelles par l'un ou par l'autre.

Enfin, qu'il s'agisse d'une utilisation de l'œuvre telle quelle ou d'une adaptation, le juge, lorsque l'auteur invoquera l'atteinte à son droit au respect, lui demandera d'en rapporter la preuve. Il devra démontrer l'altération de l'œuvre et prouver son préjudice¹⁶⁰, ce qui laisse un pouvoir substantiel d'appréciation par le juge de la mise en œuvre du droit moral. Sans préjudice, il n'y aura pas de succès dans l'action de l'auteur et, en devant prouver son préjudice, il ne peut pas faire du droit moral un outil discrétionnaire. Cette charge probatoire ne vient pas à l'encontre de l'approche subjective du droit moral¹⁶¹ laissant au titulaire l'appréciation de l'atteinte à son bien intellectuel, simplement, cette appréciation n'est pas discrétionnaire, elle doit être démontrée pour emporter la conviction du juge, ce dernier étant neutre.

2.2.2 *Le contrôle de ses ayants droit*

L'exercice du droit moral après transfert à l'occasion de la dissolution du patrimoine de son titulaire initial est observé avec circonspection par le législateur. Si le droit à la paternité n'est pas

158. Cf. l'affaire *Tosca*, Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1959, *D.* 1959, j. 129, note Henri DESBOIS.

159. Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, *D.* 1994, j. 405, note Bernard EDELMAN ; Nicolas BINCTIN, *Juris-classeurs*, fasc. 105, Accession mobilière, n° 92 sq.

160. Cass. civ. 1, 7 nov. 2006, *CCE* 2006, comm. 152, note Christophe CARON ; *JCP G* 2007, II-10000, note Tristan AZZI ; (2007) *Propriétés intellectuelles* n° 22, p. 85, note André LUCAS ; *RTD com.* 2007.97, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; (2007) 211 *Revue internationale du droit d'auteur* 319, note Pierre SIRINELLI.

161. Sur la distinction entre approche subjective et objective du droit moral, Christophe CARON, *Droit d'auteur, op. cit.*, n° 247.

influencé par ce transfert, reste parfaitement intact et doit être respecté avec autant de rigueur, les autres éléments sont encadrés par la loi.

Le comportement nuisible de l'héritier suit trois cas de figure¹⁶² : l'abus notoire dans l'exercice du droit de divulgation, l'abus constitué par l'irrespect manifesté à l'égard de l'œuvre et enfin, l'abus notoire dans la gestion des droits d'auteur. Ce dernier cas recouvre celui où l'héritier abuse du droit par l'usage ou le non-usage qu'il fait du droit d'exploitation. Face à ces risques, le droit de divulgation, dont les règles particulières de dévolution ont déjà été abordées, conserve aussi son entière vigueur. La difficulté est de savoir si l'œuvre, que l'auteur n'a pas divulguée de son vivant, peut faire l'objet d'une divulgation. L'article L. 121-3 CPI dispose qu'en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Cette solution est étendue par la loi aux conflits entre représentants pour l'exercice du droit de divulgation, ou en cas d'absence d'ayant droit, de vacance ou de déshérence. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que le droit de divulgation *post mortem* doit s'exercer au service de l'œuvre¹⁶³ et s'accorder avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant¹⁶⁴, ce qui confirme l'absence de caractère discrétionnaire dans l'exercice de cette prérogative. Il appartient au juge d'apprécier les circonstances de la divulgation à la lumière des comportements de l'auteur de son vivant.

Le droit de repentir et de retrait disparaît ; il ne pourra jamais être invoqué par les successeurs du créateur. Cela semble logique au regard du caractère exorbitant de ce droit.

Enfin, le droit au respect n'est pas affecté par le décès de l'auteur. Son exercice doit se conformer à la volonté présumée du défunt, tout en rendant service à l'intérêt général qui est que les œuvres

162. Voir Pierre-Yves GAUTIER, *op. cit.*, n° 425 et sq.

163. Voir Cass. civ. 1, 9 juin 2011, *Bull. Civ. I.* à paraître ; *D.* 2011, p. 2099, note Françoise FABIANI et Rodolphe PERRIER ; *CCE* 2011, comm. 75, obs. Christophe CARON.

164. Cass. civ. 1, 24 oct. 2000, *Bull. Civ. I.*, n° 266, *D.* 2001, j. 918, note Christophe CARON ; (2001) *Revue trimestrielle de droit commercial* 94, obs. André FRANÇON ; Cass. civ. 1, 3 nov. 2004, *Bull. Civ. I.*, n° 247 ; *D.* 2004, AJ 3223, obs. Philippe ALLAEYS ; (2005) *Revue trimestrielle de droit commercial* 86, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; Cass. civ. 1, 25 mai 2005, *Bull. Civ. I.*, n° 229 ; *CCE* 2005, comm. 108, obs. Christophe CARON ; (2006) 207 *Revue internationale du droit d'auteur* 289, note André KÉRÉVER.

soient présentées au public sans dénaturation. Toutes les contraintes de l'exercice du droit au respect existant pour l'auteur se retrouvent pour ses successeurs.

On le constate, le droit moral n'est pas un droit discrétionnaire, un droit potestatif relevant de l'arbitraire, éventuellement despotique, de l'auteur ou de ses successeurs. Il est un élément du droit de propriété qui permet à la personne bénéficiant de la dévolution initiale du droit d'auteur de vérifier les conditions d'utilisation de ce bien intellectuel. Élément fort du droit d'auteur, il reste soumis à un mécanisme d'équilibre des droits et libertés.

2.3 Des usages dénaturants

Le droit moral, dans son exercice, mais aussi dans sa nature, doit être distingué fermement d'autres éléments de l'environnement juridique de l'auteur, il doit aussi être préservé de tout usage le dénaturant, pouvant tendre vers un mouvement de patrimonialisation de ces attributs du droit de propriété.

Ces usages dénaturants que l'on constate dans la pratique du droit moral vont être limités à trois exemples : la patrimonialisation du droit moral, la confusion entre préjudice moral et droit moral, et la confusion entre liberté de création et droit moral.

2.3.1 Patrimonialisation du droit moral

Ce premier risque pour le droit moral est le plus pernicieux et le plus difficile à mettre en évidence. Il émerge dans les marges de l'exercice du droit moral, relève d'une appréciation très factuelle. Le risque de dénaturation du droit moral par sa patrimonialisation se rencontre essentiellement à l'occasion du contentieux, en présence d'une atteinte à un tel droit. En droit des successions par exemple, l'usage des prérogatives morales du droit d'auteur pourrait conduire à une situation de patrimonialisation du droit moral, comme le montre l'irraisonnable solution de l'arrêt *Levinas*¹⁶⁵. En confondant la divulgation avec les actes d'exploitation du bien intellectuel, la

165. Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *CCE* 2010, comm. 59, notes Christophe CARON ; (2010) *Revue trimestrielle de droit civil* 348, note Thierry REVET ; *D.* 2010.888, obs. Jeanne DALEAU, 1599, note Bernard EDELMAN, et 1603, note Philippe ALLAEYS ; *AJ fam.* 2010. 235, obs. Christophe VERNIÈRES ; (2010) *Revue trimestrielle de droit commercial* 303, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN ; *D.* 2011, p. 2170, obs. Pierre SIRINELLI.

Cour de cassation a privé le titulaire des prérogatives patrimoniales de l'exercice de celles-ci, ce qui pourrait conduire à une privation de la jouissance de la réserve héréditaire. Quelle est la valeur d'un droit de reproduction dont on ne peut pas maîtriser la jouissance ? En accordant au titulaire du droit de divulgation le droit de maîtriser les conditions économiques d'une exploitation, on patrimonialise le droit de divulgation, ce dernier est vidé de sa substance, dévoyé.

Dans le cadre de la réparation du dommage subi par l'auteur, le droit français ne connaît pas directement les mécanismes de dommages et intérêts punitifs, même si le législateur laisse quelques opportunités aux magistrats en propriété intellectuelle¹⁶⁶. Dès lors, l'atteinte au droit moral peut faire l'objet d'une réparation égale au préjudice subi évalué traditionnellement comme le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*. En toute rigueur, le droit moral étant extrapatrimonial, le gain manqué et la perte subie sont nuls. Le juge doit ordonner toutes les mesures nécessaires pour faire cesser l'atteinte, il peut naturellement prononcer une réparation symbolique, mais ne devrait pas pouvoir faire plus. La pratique judiciaire est tout autre. Il n'est pas nécessaire ici de reprendre l'ensemble de la jurisprudence, la réserve de la dénaturation sera soutenue par deux exemples.

Le premier fut très largement médiatisé, il s'agit de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 septembre 2004 qui constate que les sociétés SFR et Publicis Conseil ont commis un acte de contrefaçon en reproduisant le personnage de LEELOO, en publiant des encarts publicitaires et en diffusant un spot télévisé de ce personnage de l'œuvre cinématographique « Le cinquième élément » de Luc Besson. Reconnaisant cette contrefaçon, la cour sanctionne les deux sociétés *in solidum* à verser à la société Gaumont 750 000 euros au titre de l'atteinte portée à ses droits patrimoniaux du fait de la contrefaçon et 1 000 000 euros au titre du préjudice résultant des agissements parasitaires. Il s'agit là de prérogatives patrimoniales et commerciales classiques, l'évaluation étant du ressort des juges du fond. Toutefois, la cour ajoute que SFR et Publicis Conseil sont condamnées à payer au cinéaste Luc Besson une indemnité de 1 000 000 euros au titre de l'atteinte à son droit moral. Là est la déviance. Un droit extrapatrimonial à un million d'euros n'est plus extrapatrimonial. La solution est d'autant plus choquante que la cour n'expose aucune méthode d'évaluation de ce préjudice, sans pour autant pouvoir revendiquer

166. Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 1277 et sq.

l'application de l'évaluation forfaitaire, non en vigueur à l'époque¹⁶⁷, pas plus qu'elle ne précise quel attribut moral a fait l'objet d'une si grave atteinte. Ce ne peut pas être le droit de divulgation ni le droit de retrait, le droit de paternité n'est pas en cause puisque le film promotionnel n'était pas de Luc Besson. Il reste donc le droit au respect dans un contentieux où les faits sont complexes et si l'inspiration semble acquise, aucune copie servile n'est effectuée et la loi du genre n'est guère loin. Rarement une atteinte à un droit moral eut atteint une telle valeur en France avec aussi peu de remise en cause de la création de l'auteur.

Ce mouvement semble pouvoir aujourd'hui justifier d'un second exemple. À la suite de l'ouverture d'une information judiciaire pour des chefs de contrefaçon et complicité, au terme de laquelle sept créateurs de sites internet et plusieurs auteurs de téléchargement ont été renvoyés devant un tribunal correctionnel, les prévenus ont été condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis, ou à des peines d'amende, et des réparations civiles ont été prononcées par le juge pénal comme le permet la procédure pénale française. Ce jugement a fait l'objet d'un appel, tranché par un arrêt de la cour d'appel de Versailles de février 2010. L'arrêt confirme le jugement, et retient, pour statuer sur les demandes de réparation au titre des préjudices d'ordre extrapatrimonial subis par le titulaire des droits d'auteur en cause, qu'il s'agit de la violation d'un principe qui n'a pas lieu d'être appréciée en relation avec le nombre de contrefaçons réalisées. Elle fixe dès lors le préjudice à 15 euros par contrefacteur quels que soient le nombre et le type d'œuvres contrefaites. La cour s'inscrit ainsi dans une démarche de réparation pécuniaire symbolique de l'atteinte au droit moral. Les condamnés se pourvoient en cassation et la Chambre criminelle de la Cour de cassation casse la solution d'évaluation¹⁶⁸. Sous le visa des articles L. 111-1, L. 111-3, L. 121-1 et suivants, L. 122-6, L. 331-1-3, L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle, 1382 du code civil, article préliminaire, 2, 3, 485, 567, 591 et 593 du code de procédure pénale, et à la lumière des articles 1382 du code civil, 485 et 593 du code de procédure pénale qui encadrent les conditions de réparation des préjudices civils, la Cour de cassation écarte la solution retenue par la cour d'appel. Elle rappelle que « si les juges apprécient souverainement le préjudice qui résulte d'une infraction, il en est autrement lorsque cette appréciation est déduite de motifs contradictoires ou erronés ».

167. Sur cette méthode, Nicolas BINCTIN, « La preuve et l'évaluation du préjudice », *CCE* 2010, Études 7.

168. Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-83956.

C'est bien la méthode d'évaluation du préjudice qui est sanctionnée. La Cour ajoute que « les juges sont tenus de réparer dans son intégralité le préjudice découlant de l'infraction », et conclut que « la réparation de l'atteinte aux droits moraux dont jouit l'auteur de toute œuvre de l'esprit ne peut être évaluée indépendamment du nombre d'actes de contrefaçon commis ». La Cour de cassation, dans le cadre d'application stricte du droit pénal, propose d'aligner, au moins partiellement, la réparation de l'atteinte au droit moral sur l'atteinte au droit patrimonial des auteurs. Ce glissement est la traduction la plus nette de la crainte ici exprimée. Le droit moral n'a de sens que dans son caractère extrapatrimonial, s'il prend une valeur économique alors son régime doit être aligné sur les autres éléments du droit d'auteur.

Les caractéristiques du droit moral dans le droit d'auteur appellent une modalité de réparation adaptée. On regrette que, pour l'atteinte au droit moral, la réforme de 2007 n'ait pas apporté d'éléments nouveaux. Le rôle du juge est essentiel à ce stade, l'objet de la preuve devra être spécifique à ce préjudice et ne peut se déduire de la seule preuve de la contrefaçon ou de la preuve du préjudice matériel. Il est nécessaire de rapporter la preuve de l'atteinte, au nom, au droit de divulgation, au respect, etc. De plus, toute contrefaçon n'emporte pas un préjudice moral. La réparation de l'atteinte au droit moral doit conserver l'esprit des prérogatives extrapatrimoniales et ne pas verser dans la vénalité.

Ce risque de vénalité est exacerbé alors que les attributs patrimoniaux du droit d'auteur sont éteints, dans le domaine public. En effet, sous couvert du droit moral, il est encore possible de peser sur les exploitations de l'œuvre et de patrimonialiser les attributs intellectuels du droit d'auteur. Il a été possible de s'interroger sur une telle déviance lors de l'affaire *Les Misérables*¹⁶⁹ étrangement engagée par des éléments dispersés de la descendance d'Hugo... qui s'était pourtant fermement exprimé sur sa méfiance à l'égard des héritiers des auteurs¹⁷⁰.

2.3.2 Confusion entre préjudice moral et droit moral

Cette confusion est désignée par C. Caron comme le « vrai et faux droit moral »¹⁷¹. Il s'agit de n'attacher au droit moral de l'auteur

169. Aff. *Les Misérables*, *op. cit.*

170. Victor HUGO, Discours d'ouverture du congrès littéraire international, Paris 1878.

171. Christophe CARON, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 246.

que ce qui relève strictement de ce dernier et ne pas en faire un véhicule générique de tous les préjudices subis par le titulaire du droit moral. Le vocabulaire peut être trompeur et engendrer une confusion entre l'atteinte au droit moral et le préjudice moral d'un auteur. Les deux sont de nature différente et la Cour de cassation tente de maintenir un écart entre ces éléments. Le préjudice moral de l'auteur ne doit pas être compris comme le préjudice consécutif de l'atteinte au droit moral de l'auteur, mais comme un trouble constitué par l'atteinte à l'image de la victime de la contrefaçon, les dommages portant atteinte à la valeur des biens, au crédit ou la réputation des personnes. Le droit moral ne protège pas la personne de l'auteur, pour ce faire, ce dernier jouit comme toute personne des mécanismes de droit commun protégeant contre les atteintes aux droits de la personnalité.

La Cour de cassation rappelle avec raison que

le droit moral de l'auteur d'œuvres littéraires est seulement celui de faire respecter soit l'intégrité de ses œuvres, soit son nom et sa qualité en tant qu'auteur de celles-ci, mais qu'il est entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi.¹⁷²

Dès lors, le droit moral ne doit être strictement invoqué que pour les atteintes aux biens intellectuels à l'exclusion de toute autre. Cette partition renforce l'attachement du droit moral au bien et au droit de propriété et limite la confusion entre le régime de propriété qu'est le droit d'auteur et la personne de l'auteur qui n'est pas protégée expressément par le droit d'auteur, mais uniquement par le droit commun. L'auteur ne peut pas se plaindre d'une atteinte à son droit de paternité lorsque lui est abusivement attribuée une œuvre¹⁷³. Les atteintes à la réputation ou à la cote d'un auteur ne sont pas des atteintes à un bien ou plusieurs biens intellectuels identifiés. Naturellement, l'exclusion de l'invocation du droit moral pour toute atteinte ne relevant pas directement d'une atteinte à un bien intellectuel déterminé s'applique autant pour la personne bénéficiant de la dévolution initiale du droit moral que pour celles le recevant ultérieurement dans leur patrimoine.

172. Cass. civ. 1, 10 mars 1993, *D.* 1994, j. 78, note André FRANÇON ; (1994) *Revue trimestrielle de droit commercial* 48, obs. André FRANÇON ; *JCP G* 1993, II-22161, note Jacques RAYNARD.

173. Cass. civ. 1, 18 juill. 2000, *D.* 2001, j. 541, note Emmanuel DREYER ; (2001) *Propriétés intellectuelles*, n° 1, p. 64, obs. Pierre SIRINELLI.

La confusion entre les deux corpus normatifs est usuelle car, outre la proximité de vocabulaire, il y a une proximité de structures juridiques, la construction prétorienne du régime du droit au nom, par exemple, s'étant partiellement inspirée des modèles retenus par le droit d'auteur pour le droit de paternité¹⁷⁴, ou le droit à l'image¹⁷⁵.

2.3.3 Confusion entre liberté de création et droit moral

Dernier élément de dénaturation du droit moral abordé dans cette étude, la confusion entre la liberté de création et le droit moral¹⁷⁶. Cette question est d'autant plus importante qu'en droit français, l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas pris en compte pour la dévolution du droit d'auteur mais uniquement pour l'exploitation de ce dernier. L'auteur ne connaît aucune censure du fait du droit de propriété lors de son acte créatif, tout est approprié par le droit d'auteur dès lors que la forme d'expression est originale. Le droit moral n'intervient qu'une fois le bien intellectuel créé et non en amont¹⁷⁷. Ainsi, tous les engagements contractuels auxquels souscrit l'auteur quant aux caractéristiques de l'œuvre à venir ne relèvent pas du droit moral car ce dernier est inexistant. La création dans un cadre contraignant n'est pas contraire au droit moral, ce n'est qu'une fois le bien intellectuel créé dans ce cadre que le droit moral entre en vigueur. De même, la création dans un cadre de dépendance à l'égard des œuvres antérieures n'est pas strictement un problème relevant du droit moral, même si le droit au respect et l'adaptation peuvent avoir des points de friction comme cela fut évoqué précédemment¹⁷⁸. Cette confusion est étonnamment réalisée par Strömholm dans sa magistrale étude du droit moral¹⁷⁹. En effet, après avoir étudié les sources historiques et la construction du droit moral en Europe, cet auteur aborde dans un chapitre le problème du droit de créer, puis les contrats sur les œuvres à créer et la question

174. En ce sens, Édouard TREPPOZ, « La propriété intellectuelle et le droit au nom », *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Paris, Dalloz 2009, coll. Thèmes & Commentaires / Cuerpi, p. 93.

175. Cass. civ. 1, 20 mars 2007, Bull. civ. 1, n° 125 ; Cass. civ. 1, 28 janv. 2010, Bull. civ. 1, n° 21. Voir notamment Bérengère GLEIZE, « La propriété intellectuelle et le droit à l'image », *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Paris, Dalloz 2009, coll. Thèmes & Commentaires / Cuerpi, p. 81.

176. Dans le même sens, Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 555.

177. En ce sens, Cass. civ. 1, 7 avr. 1987, D. 1988, j. 97, note Bernard EDELMAN ; (1988) *Revue trimestrielle de droit commercial* 224, obs. André FRANÇON. Voir Carine BERNAULT, *op. cit.*, n° 429.

178. Pour une approche générale, *Droit d'auteur et liberté d'expression*, ALAI 2006, Barcelone, ALAI-ALADDA 2008.

179. Stig STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur, op. cit.*, t. 2, p. 85 et sq.

du refus de créer et la liberté créatrice. Ces questions, passionnantes, ne relèvent pas du droit moral car elles sont en amont de celui-ci. Si l'auteur accepte de créer dans un cadre contraint, ce n'est pas son droit moral qu'il remet en cause, ce sont les conditions de création qu'il accepte. Il en va de sa liberté individuelle.

Monsieur Latil¹⁸⁰ présente dans sa thèse une analyse très nette de ces deux angles autonomes de l'acte créatif, en dégagant une *summa divisio* entre deux moyens d'appréhender le phénomène social, économique et juridique que constitue la création. D'une part, il isole l'acte créatif, trait commun de tous les biens intellectuels appropriés, et expose les droits fondamentaux permettant de saisir l'acte créatif dans ses différentes composantes, distinguant avec élégance le message porté par l'acte créatif et le bien engendré par ce dernier. Le message relève de la liberté d'expression, la production d'un nouveau bien de la liberté du commerce et de l'industrie. La liberté de création est appréciée suivant une mise en balance au travers du principe de proportionnalité utilisé par les droits fondamentaux et dans l'indifférence du critère de l'originalité. D'autre part, monsieur Latil propose une analyse du statut juridique du bien créé au regard des droits fondamentaux. Cette approche explore la capacité des droits fondamentaux à garantir l'exercice et l'effectivité du droit de propriété sur le bien créé. Il intègre ainsi l'articulation de la propriété intellectuelle avec l'intérêt général et la protection des droits d'autrui. Il applique un test de proportionnalité permettant de dessiner l'équilibre entre la défense de la propriété privée et la protection de l'intérêt général, sujet éminemment délicat et sensible notamment pour le droit moral. Il réalise une analyse originale du risque de confusion dans une approche transversale et au regard de la protection des droits fondamentaux, ce qui donne un relief très intéressant au droit moral.

Ce même écart peut être noté entre le droit d'auteur, dont le droit moral, et le droit de la culture ou le droit à la culture. Si les objets de droit en cause sont parfois similaires, les cadres juridiques sont étrangers les uns aux autres, et les points de contact sont éventuellement traités par un mécanisme d'exception, et surtout, par la

180. Arnaud LATIL, *Créations et Droits fondamentaux*, op. cit.

technique du domaine public. Toutefois, on sait que le droit moral demeure perpétuel, il connaît donc durablement une autonomie à l'égard du droit à la culture¹⁸¹.

Le droit moral ne relève pas de la question de la liberté individuelle de créer mais uniquement de la propriété obtenue sur le bien créé.

181. Sur cette question, *Droit d'auteur et culture*, sous la direction de Jean-Michel BRUGUIÈRE, Dalloz 2007, coll. Thèmes & Commentaires.