UNIVERSITÉ DE NANTES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

ÉCOLE DOCTORALE : DROIT, ÉCONOMIE –GESTION, SOCIÉTÉS, TERRITOIRES

Année 2009-2010 !_ !_ !_ !_ !_ !_ !_ !_ !_ !_ !_ !_ !

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE NANTES

Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement par

Emilie BOUCHET – LE MAPPIAN

le 1er décembre 2009

TITRE

Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français

JURY

M. Thomas Gergen, *Privatdozent* à l'Université de la Sarre, Sarrebruck, Allemagne

M. André Lucas, Professeur à l'Université de Nantes, *directeur de la thèse*

Mme Laure Marino, Professeur à l'Université de Nancy, *rapporteur*

M. Thierry Revet, Professeur à l'Université de Paris I Sorbonne, *rapporteur*

M. Paul Torremans, Professeur à l'Université de Nottingham, Royaume-Uni

À ceux qui m’ont soutenue et qui ont cru en ce projet

À mes proches, mon mari, mes parents

À mon directeur de thèse, le professeur André Lucas

À l’institut de recherche en propriété intellectuelle, droit fiscal et droit de la concurrence de Munich

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE
LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ
DANS L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DES DROITS INTELLECTUELS

Titre 1 : Le modèle de la propriété dans la naissance des droits intellectuels modernes

Chapitre 1 : La préhistoire des droits intellectuels

Chapitre 2 : Les premiers textes modernes et leur doctrine

Chapitre 3 : Les premiers éléments techniques de la modernité

Titre 2 : Le modèle de la propriété dans la crise et la résistance du droit intellectuel au XIX^{ème} siècle

Chapitre 1 : La remise en cause de la propriété intellectuelle

Chapitre 2 : Le maintien de la propriété intellectuelle

Titre 3 : Traditions et renouveaux au XX^{ème} siècle

Chapitre 1 : Le développement de nouveaux modèles théoriques

Chapitre 2 : La confirmation des traditions nationales en droit positif

Chapitre 3 : Le dépassement des traditions nationales par le droit communautaire

DEUXIÈME PARTIE
LES DROITS INTELLECTUELS ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ
EN DROIT POSITIF

Titre 1 : Le bien - Comparaison des objets du droit de propriété et du droit intellectuel

Chapitre 1 : Analyse substantielle du bien

Chapitre 2 : Analyse fonctionnelle du bien

Titre 2 : Le droit sur le bien – Comparaison du contenu du droit de la propriété et du droit intellectuel

Chapitre 1 : Définition positive du droit sur le bien

Chapitre 2 : Définition négative du droit sur le bien

Introduction générale

1. « Propriété intellectuelle et droit de propriété » : un tel sujet risque de paraître « passablement académique »[1]. L'idée d'une « propriété intellectuelle », littéralement comparable à celle des biens matériels, a vécu ses heures de gloire à la fin du XVIII^{ème} siècle. La question peut désormais paraître vaine et passée de mode.

Pourtant, l'idée de propriété est régulièrement invoquée pour souligner combien ces droits intellectuels, qui peuvent sembler de simples monopoles commerciaux, sont nécessaires à l'organisation sociale tout en découlant du droit naturel de chacun de jouir de son bien. Il s'agit de placer ces droits constamment chahutés sous la protection de ce qui est considéré comme un pilier central du droit et même un droit de l'homme. L'esprit créateur réclame la sécurité du propriétaire.

Ces discours étaient déjà tenus au XVIII^{ème} siècle et ont également trouvé un écho au XIX^{ème}. Ils retentissaient encore au XX^{ème} siècle. En ce début du troisième millénaire, la défense de la propriété intellectuelle suscite dans les parlements et dans l'opinion publique des débats aussi âpres que la légalisation de l'euthanasie ou les méthodes de lutte contre le terrorisme : la propriété intellectuelle est-elle réellement une propriété ?

La question est politique – elle l'a toujours été – , mais elle doit se fonder sur la connaissance du Droit. Tentant de résister à l'effet hypnotique du vacarme politique et médiatique, nous chercherons à rendre au débat sa substance juridique, en faisant une comparaison systématique de la propriété intellectuelle au droit de propriété en droits anglais, allemand et français.

---

1 Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 3ème éd., Defrénois, 2007, § 206, bibliographie, n° 15.

2. Comparée à la propriété de droit commun, la propriété intellectuelle est une discipline jeune. De prime abord, la comparaison semble donc devoir ne pas être égalitaire : le plus ancien de ses termes devra servir de repère dans l'analyse du plus récent. Nous commencerons donc par tenter de cerner le point de référence de la comparaison, c'est-à-dire le droit de propriété, pour déceler s'il pourra remplir un tel rôle (I). Ensuite, les modalités de la comparaison pourront se dérouler et ses problématiques se dévoiler : propriété intellectuelle et droit de propriété en droits allemand, anglais et français (II).

I / Le point de référence de la comparaison : le droit de propriété

3. Alors que les standards du droit international ont depuis longtemps investi le droit intellectuel, le droit de la propriété est l'un des domaines le plus sensiblement marqués par les cultures nationales. Dès l'abord, ses structures et ses évolutions générales doivent être mises en valeur. L'étude plus précise de ses éléments, par la suite, les laissera dans l'ombre, et elles sont pourtant nécessaires à sa juste compréhension et à une fructueuse confrontation aux biens intellectuels.

Il convient de distinguer tout d'abord ce que l'on entend par « propriété » : l'envisagerons-nous en tant que régime juridique ou en tant que concept général de droit (A) ? Un bref aperçu des origines historiques de la propriété dans les ordres juridiques anglais, français et allemand (B) donnera ensuite des clefs pour comprendre les différentes définitions qui lui sont actuellement données (C).

A) Droit, concept et idée de propriété

4. « Droit » de propriété, propriété « de droit commun ». Par commodité, le point de référence de la comparaison sera nommé « droit de propriété » sans autre précision, parfois encore « propriété de droit commun ».

Les inconvénients de ces désignations semblent pouvoir être surmontés si, par « droit commun » et « droit des biens », l'on se contente d'entendre le régime central de la propriété, celui auquel renvoie en premier lieu l'évocation du mot. Il ne faut donc pas donner à ces termes leur sens strict, qui signifierait que tout autre régime de propriété serait dérogatoire, ce que nous nous gardons bien d'affirmer avant toute démonstration. Le droit intellectuel ne sera mis en regard de ces dénominations que pour pouvoir leur être comparé et non pas pour leur être opposé.

5. Du « droit » au *concept* de propriété. La propriété est certes un droit auquel correspond un régime, un ensemble de règles, mais c'est également un concept, un objet de la pensée juridique dont tout n'est pas dit par le droit positif et que contribuent à dessiner la doctrine et la philosophie juridique. Le concept de propriété est donc déjà plus insaisissable que le droit de propriété, mais il est encore une notion juridique opérationnelle. Il sera aussi déterminant que ce dernier dans la comparaison avec la propriété intellectuelle.

Pour simplifier, l'on peut opposer une conception traditionnelle, matérialiste et absolutiste de la propriété, qui la considère comme le pilier central de l'organisation sociale, à une conception plus récente, immatérielle à l'occasion, relativiste et qui brandit à l'encontre de la propriété d'autres droits de l'homme, tels les droits au logement, au travail, à la santé, à l'information. Ces deux conceptions continuent de s'opposer en doctrine et en jurisprudence.

6. Du *concept* à l'*idée* de propriété. Plus vague que le *concept*, l'*idée* de propriété est la représentation qu'en donnent l'histoire et la culture sociales et juridiques. Elle a des sources plus larges et diverses que lui. Nous n'avons pas compétence pour la définir – à supposer qu'elle puisse l'être –, mais nous devons toutefois garder à l'esprit que l'*idée* de propriété constitue l'arrière-plan du *concept*.

Or la propriété est, avec le mariage, l'une des institutions les plus anciennes de nos sociétés. Comme lui, elle est semi-privée, semi-publique : le mariage et la propriété sont des espaces de repli, mais aussi des interfaces par lesquelles l'individu s'expose. Lorsqu'on s'élève du niveau subjectif au niveau politique, on comprend combien le moindre changement de leur régime juridique aura d'influence sur les modes de vie individuels. La propriété est l'enjeu de combats d'avant-garde et d'expériences sociales ; elle est le point de départ de grandes révolutions.

N'a-t-elle pas été stabilisée par son existence multiséculaire ?

B) Les origines historiques de la propriété

7. Les deux principales sources d'inspiration de la propriété actuelle furent les coutumes germaniques et le droit romain.

- **L'héritage des coutumes germaniques**

8. La propriété germanique. Les coutumes germaniques[2] se sont propagées d'Est en Ouest, au rythme des migrations barbares, alimentant les droits coutumiers locaux[3]. Au XI^{ème} siècle, elles ont traversé la Manche à bord des bateaux normands, supplantant les coutumes locales et créant à terme la *common law*.

Le système des coutumes germaniques était fondé sur la foi en l'origine divine des biens, selon laquelle la terre n'appartenait pas à l'individu, mais à une entité transcendante : Dieu, la communauté, ou la famille. Son trait le plus marquant était sa vision fragmentée des immeubles, qui n'étaient pas tant des unités physiques que des ensembles d'utilités indépendantes les unes des autres, et toutes attribuables à des personnes différentes. Le même immeuble supportait une pluralité de propriétés simultanées, portant chacune sur une utilité distincte du fonds. Plusieurs propriétaires solidaires se côtoyaient ; aucun n'était propriétaire de l'ensemble. L'immeuble lui-même n'était pas appropriable : seules l'étaient les différentes façons de l'exploiter. Des personnes différentes pouvaient être saisies chacune d'une utilité particulière du bien, elles n'étaient pas en concurrence les unes avec les autres puisque chacune avait un droit différent et aucune ne pouvait évincer les autres du bien. L'objet de la propriété foncière immobilière était donc incorporel.

9. L'influence féodale. Quant la société se féodalisa, à ces principes s'ajouta la hiérarchie des propriétaires, tenant chacun leur propriété, nommée « tenure », d'un homme plus haut placé. La qualité sociale de l'homme était lisible dans le niveau du droit qu'il tenait sur la terre. Celui qui les détenait tous virtuellement et avait le pouvoir de les répartir était le seigneur. De vassal en seigneur, tous les droits fonciers remontaient, en ligne sinueuse, jusqu'au sommet de la pyramide féodale : en principe, le Roi. Les meubles, eux, n'avaient pas de valeur pour la communauté, mais seulement pour l'individu ; ils étaient donc autorisés à suivre la personne sans ingérence de la communauté, parfois jusque dans la mort : il arrivait que l'on enterre avec le défunt ses biens les plus personnels.

---

2 A. Dufour, « Notion et division des choses en droit germanique », *Archives de philosophie du droit* (*APD*), tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, bibliographie, n° 255, p. 95-125.

3 A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, bibliographie, n° 18, p. 83. C'est à partir du IX^{ème} siècle, et surtout entre les X^{ème} et XII^{ème} siècles, que se construisit le droit coutumier français, dans le « vide juridique quasi-total » laissé par le recul du droit romain.

- **Les diverses réceptions du droit romain**

10. La réception du droit romain sur le continent. Cette belle unité d'inspiration fut rompue par la redécouverte, sur le continent, du droit romain. La réception de celui-ci en France et en terres germaniques, à des époques différentes et de manières variées, a effacé une partie des coutumes et déformé ce qu'il en restait. Les juristes allemands et français se sont laissé séduire avec enthousiasme par ce droit issu d'une civilisation déchue, par sa systématique rationnelle, conceptuelle, égalitaire et structurée par catégories abstraites. Nombre de ses concepts ont été mal compris, si bien qu'il ne faut pas prendre pour véritablement romain ce droit qui, certes, en porte le nom, mais qui a été réinventé autant que ravivé par les juristes médiévaux[4].

11. Le droit romain de l'appropriation. Le droit romain des biens[5] transmis par les juristes médiévaux était fondé sur le parangon du *dominium* ou encore de la *proprietas*[6], souveraineté de la personne sur la chose, tantôt une terre, tantôt un meuble, tantôt une personne, tantôt une chose juridique, un *jus*[7]. Ce n'était pas un droit, puisque l'idée de droit subjectif n'existait pas à Rome. C'était plutôt une puissance ou encore : « une maîtrise, c'est-à-dire une qualité de la personne, donc indissociable de celle-ci »[8].

Cette absence de forme ne l'empêcha pas de fournir à la postérité le modèle de l'exclusivisme :

> « Parce que la propriété, à Rome, absorbe la matière même des choses et se confond avec elle, dans tous ses prolongements et ses utilités, parce qu'elle ne supporte aucune propriété concurrente et parce qu'elle tend à exclure le corps social du rapport propriétaire exercé par l'homme sur ses biens, elle est l'expression même de l'exclusivisme, exclusion des autres. »[9]

---

4 F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon 3, 1981, bibliographie, n° 180, p. 265 et s., p. 311 : « Ce que l'on a appelé la renaissance du droit romain en désignant le mouvement des glossateurs et des post-glossateurs a été en réalité une reconstruction du droit romain selon les réalités de l'époque. »

5 R. Vigneron, *Droit romain, Vidéogrammes,* consultables à l'adresse : <http://vinitor.egss.ulg.ac.be/fichiers/vid/index.html>, bibliographie, n° 398. Voir également A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 83 et s.

6 A.-M. Patault, *ibidem*, p. 17 : « À Rome, *proprietas* et *dominium* (qui donnera domaine) sont synonymes dès l'époque classique. »

7 F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 213 et s. Le droit subjectif n'était pas connu à Rome, le mot *jus* signifie donc ici *chose issue du droit objectif, création juridique*.

8 F. Zénati, *ibidem*, p. 213. « Il faut donc admettre à Rome l'existence d'un vague rapport d'appropriation tenant lieu de propriété, ne pas se demander si la propriété romaine est assez technique à notre goût, mais l'admettre telle qu'elle était, c'est-à-dire (…) informe, sans contenu réglementaire précis » (p. 160).

9 A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 85. Voir également D. Olzen, *« Die geschichtliche Entwicklung des Zivilrechtlichen Eigentumsbegriff »*, *JuS* 1984, p. 328-335, bibliographie, n° 350, p. 328-335.

12. La rencontre du droit romain et du droit féodal. Après la chute des empires romains d'Occident puis d'Orient, le droit romain fut supplanté par les coutumes germaniques que nous venons d'évoquer. À Pise, en 1050, fut redécouvert le texte intégral du Digeste de Justinien, élément de ce que les juristes médiévaux nommeront plus tard le *corpus juris civilis*[10]. À l'université de Bologne, Irnerius en fit alors l'objet de ses études et la base de son enseignement, créant ainsi l'école des Glossateurs. Les Commentateurs puis les Humanistes leur succédèrent ; leurs exposés étaient moins analytiques, plus systématiques et adaptés à la vie sociale médiévale. L'étude du droit romain se répandit dans les universités européennes.

> « Des générations de juristes, glossateurs des XII et XIII[èmes] siècles, post-glossateurs du XIV[ème], humanistes du XVI[ème] au XVIII[ème] siècles, vont s'attacher avec ferveur à l'œuvre impossible qui aboutira, après plusieurs siècles d'efforts intellectuels extraordinaires et de tortures infligées autant au droit romain qu'au droit coutumier, au droit des biens du Code civil. »[11]

13. La propriété romaniste. C'est à partir de ces gloses et commentaires que les juristes des XVIII[ème] et XIX[ème] siècles construisirent la théorie romaniste de la propriété[12], dite théorie « classique », idéal des codifications modernes et d'une partie de la doctrine en France et en Allemagne. Les droits allemand et français en ont retenu une conception dite « absolutiste » de la propriété, toujours vive au XX[ème]. Elle fait apparaître le droit de propriété comme une sphère de liberté absolue et discrétionnaire du propriétaire[13] et y associe souvent un principe de corporalité des biens[14].

---

10 Le *corpus juris civilis*, ainsi baptisé à partir du XVI[ème] siècle, comprenait quatre éléments : le Code de Justinien, compilation des textes juridiques impériaux encore en vigueur ; le *Digeste* de Justinien, compilation des enseignements de quelques jurisconsultes sélectionnés, qui acquirent force de loi par leur codification ; les *Institutes* de Justinien, manuel de droit rédigé par Tribonien pour remplacer celui de Gaïus, devenu obsolète ; et les *novelles* de Justinien, réformes édictées après la promulgation du Code et du *Digeste* et qui y furent ajoutées par la suite.

11 A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 87.

12 A.-M. Patault, *ibidem*, p. 142 : « On constate ainsi vers la fin du XVIII[ème] siècle un double basculement progressif de notre droit des biens : basculement juridique de la notion de propriétés simultanées à celle de propriété exclusive ; basculement philosophique du droit objectif de l'appropriation des choses vers la propriété droit subjectif et naturel de l'homme. » L'auteur parle, pour le XIX[ème] siècle, de « triomphe de l'exclusivisme » (p. 216).

13 Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome X : *Traité de la distinction des biens ; De la propriété ; De l'usage et de l'habitation*, 3[ème] éd., Hachette, 1866, bibliographie, n° 13, p. 446 : « C'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété, celui de tous les droits qui se révèle le plus vivement par le seul instinct de la conscience, celui de tous, dont l'assentiment universel et le libre respect des peuples proclament, avec le plus d'énergie, l'inviolabilité indépendamment des lois positives. » On lit plus loin que « l'appropriation exclusive est effectivement le seul moyen pour l'homme de jouir des biens de la terre et de remplir ici-bas la destinée à laquelle il a été appelé par la Providence » (p. 451).

14 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit, Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Heymann, 1889, bibliographie, n° 212 : « Le projet [de BGB] a adopté le point de vue romain, en posant, en tête de son droit des biens, que les biens, au sens de la loi, sont exclusivement des objets corporels. » (Notre traduction : sauf indication contraire, les traductions des textes allemands sont de nous).

14. Le déclin de la propriété romaniste ? Cette conception absolutiste a pourtant souffert des exigences sociales et économiques, des interférences des droits des tiers ou de la puissance publique. Une partie de la doctrine a pensé devoir regretter la décadence de la propriété, la trahison de l'héritage romain et de l'idéal révolutionnaire par l'évolution juridique du XX^{ème} siècle[15]. En Allemagne, la fin du droit absolu de propriété aurait même été impulsée par le droit constitutionnel : alors que le *BGB* de 1900 définissait encore la propriété comme le droit de « disposer de la chose à volonté »[16], la loi fondamentale de 1949 posait le principe de la contrainte sociale (*Sozialbindung*) en déclarant que « propriété oblige »[17].

On peut donc se demander si le dogme de la propriété absolue et discrétionnaire demeure un modèle doctrinal fiable :

> « La doctrine ne refait-elle pas au vingtième siècle le gigantesque et impossible travail des Glossateurs et de leurs successeurs, s'efforçant obstinément d'expliquer les propriétés simultanées *[encore vivaces]* par référence au « paradis perdu de la propriété romaine » ? »[18]

15. La réception du droit romain en droit anglais savant. En revanche, le droit romain n'a traversé la Manche que très affaibli. Il n'y séduisit que les universitaires et ne pénétra le droit des praticiens qu'exceptionnellement et avec une force amoindrie. Il fut enseigné dans les universités, c'était un droit érudit, un droit historique, un exercice conceptuel en totale inadéquation avec le droit vivant. N'ayant pas cherché à l'adapter à une société à laquelle il était étranger, l'Angleterre est peut-être paradoxalement restée plus proche du droit romain originel[19].

---

15 J. Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001, bibliographie, n° 170, p. 352 : « Après la seconde guerre mondiale, c'est devenu un lieu commun de la littérature juridique (…) que de présenter l'institution du moment [la propriété] en la comparant à son passé. Un mot un peu vague résumerait assez unanimement le sens de la comparaison : *décadence*. » W. Weber, *« Das Eigentum und seine Garantie in der Krise »*, *Festschrift für Karl Michaelis*, Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972, p. 316-336, bibliographie, n° 288, p. 316 : « il est indiscutable que, de nos jours, la propriété et sa protection constitutionnelle connaissent une crise », due aux « nécessités de la société industrielle de masse » imposant des « limites sociales » (*« Sozialbindungen »*) à la propriété ; la plupart des citoyens dépendent d'un emploi, de l'aide publique et des services de l'aide sociale plus que de la propriété ». H. Herold, *« Das absolute Eigentum und sein Zerfall »*, *in* M. Gutzwiller, *Schweizerische Beiträge zum Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, 1958, p. 19-37, bibliographie, n° 266 : « Nous voudrions montrer comment propriété et liberté vont main dans la main pour un long chemin, naissent et meurent ensemble, s'épanouissent et rétrécissent ensemble » ; « le Romain était bien plus libre dans son droit de disposer que l'Européen d'aujourd'hui ». D. Olzen, « *Die geschichtliche Entwicklung... »*, précité, bibliographie, n° 350, p. 328-335 : la question s'est posée de savoir si « le § 903 *BGB* correspondait encore à la réalité, ou si la propriété aujourd'hui se caractérise plus par ses limitations que par ses pouvoirs de maîtrise et de disposition ». Il s'agit probablement surtout d'un déclin doctrinal de l'idée absolue de propriété : en droit positif, ni la propriété romaine, ni la propriété révolutionnaire n'étaient absolues, elles connaissaient déjà les limitations dues à l'intérêt général et à ceux des tiers, et l'idéal de la propriété absolue n'a donc jamais existé en réalité.

16 Voir *infra*, § 22.

17 « *Eigentum verplichtet* ». Voir infra, § 22.

18 A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 273.

19 F. Zénati, *Essai sur la nature juridique…*précité, bibliographie, n° 180, p. 311 et s.

16. Bracton. Au XIII[ème] siècle, Bracton[20] tenta une analyse systématique du droit anglo-normand, dont la structure était inspirée des *Institutes* de Justinien, mais dont la substance était anglo-normande[21]. Très peu de cette introduction a pris racine, hormis la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles. Après Bracton, le droit anglais s'est développé indépendamment du droit romain.

17. La résistance du droit anglais vivant. Alors qu'en France et en Allemagne, petit à petit et jusqu'au choc des codifications, le droit vivant s'est inspiré du droit romain, l'Angleterre demeura attachée aux catégories héritées de son histoire féodale et nulle Révolution, nulle codification ne vint y mettre fin. Le droit féodal y est demeuré la plus forte source d'inspiration du droit positif, caractérisé par un mépris plus marqué pour les meubles qu'en droit romain et par la vision de la terre comme un ensemble d'éléments incorporels : les droits fonciers. Le droit anglais est donc entré dans le XX[ème] siècle avec un langage technique construit en Français, largement indépendant du droit romain, mais ce langage était jusque-là resté pratique : dans les facultés de droit, c'était le droit romain qui était enseigné[22].

> « Le droit actuel des immeubles est l'aboutissement d'une évolution continue depuis le Moyen Âge. Ce passé lointain, qui peut paraître révolu aux juristes français, ne l'est pas en Angleterre où aucune révolution n'a provoqué de rupture… »[23].

En 1765-69, par exemple, alors qu'en France et en Allemagne, le romanisme était en plein essor et que se profilaient à quelques décades les codes qui allaient le mettre en œuvre, Blackstone, écrivant ses *Commentaries on the laws of England*, citait les grands coutumiers français et se référait régulièrement aux « Normands »[24].

Quel effet cette divergence eut-elle sur la définition actuelle du droit de propriété ?

C) Définition du droit de propriété

18. Une divergence s'est produite entre droit anglais et droits continentaux (français et allemand) au moment du mouvement romaniste. Pour faire une présentation plus précise, il faut en revenir à une présentation nationale et constater successivement l'unicité du droit de propriété français, la dualité du droit allemand et l'éclatement du droit anglais.

---

20 Henry de Bracton, 1210-1268, juge et auteur du *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*.

21 B. Nicholas, « Le langage des biens dans la *common law* », *Archives de philosophie du droit*, tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, bibliographie, n° 260, p. 55-65.

22 *Ibidem*.

23 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, bibliographie, n° 236, § 183.

24 W. Blackstone, *Commentaries on the law of England*, 1765-69, 15[ème] éd., 1809, rééd. Abingdon, 1982, bibliographie, n° 130, livre 2 (« *The right of things* », 1766), chapitre 24 (« *Of things personal* »), notamment p. 385 et s.

- **L'unicité du droit de propriété français**

19. Le Code civil. En droit français, l'article 544 du Code civil dispose que :

> « La propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements. »

Bien que s'annonçant comme une définition, cet article ne contient que peu d'indications précises sur le contenu et la nature du droit de propriété : la « jouissance » demeure indéfinie et « la manière la plus absolue » est entendue tantôt comme la plus complète, tantôt comme celle qui s'impose à l'univers entier. La seconde proposition lui impose tout de même une limite : le respect des lois et des règlements, qui introduisent dans le ressort du pouvoir pourtant dit *absolu* du propriétaire les intérêts des tiers, de la communauté et de l'État. Le droit du propriétaire est donc le principe et les interdictions posées par les lois et règlements sont l'exception. Son origine romaniste se manifeste dans son effet d'attribution totale à une personne, sans considération des qualités particulières du bien, ainsi que dans l'unicité du concept de propriété, qui refuse de se scinder entre catégories de régimes différents.

20. Le droit constitutionnel. Le droit de propriété est protégé par le droit constitutionnel. Il apparaît dès la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

> Article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »
>
> Article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

Le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur cette déclaration et sur l'attachement que lui a témoigné le peuple français par les référendums de 1946 et 1958[25], rappela en 1982 « le caractère fondamental du droit de propriété, dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression »[26].

---

[25] Référendums des 5 mai et 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, par lesquels fut rejeté un projet de constitution précédé d'une nouvelle déclaration des droits, différant de celle de 1789, et approuvant un autre projet intégrant la déclaration de 1789 au bloc de constitutionnalité.

[26] Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, précitée, bibliographie, n° 446, considérant 16.

- **La dualité du droit de propriété allemand**

21. La définition du droit de propriété allemand diffère selon qu'il est envisagé en droit civil ou en droit constitutionnel.

22. Le *BGB*. C'est le § 903 du Code civil allemand (le *BGB*[27]) qui pose les fondements du droit de propriété :

> « Prérogatives du propriétaire : Le propriétaire d'une chose peut, pourvu qu'il n'enfreigne ni la loi, ni les droits des tiers, en disposer à son gré et exclure autrui de toute interférence ».

La structure de la définition est similaire à celle de l'article 544 du Code civil français : plutôt que d'en « jouir », la propriété allemande permet de « disposer » du bien, mais les deux termes sont à prendre dans un sens large et équivalent. Plutôt que « de la manière la plus absolue », on en dispose « à son gré » et, encore une fois, cela revient au même. On retrouve également la réserve des dispositions de la loi, à laquelle le Code allemand ajoute, par rapport au droit français, les droits des tiers. De cette petite différence, on ne peut certes pas déduire que le droit français, contrairement au droit allemand, soit insensible au sort des tiers mais plutôt que le sens de ces définitions ne réside pas tant dans leur contenu que dans leur équilibre. Elles n'aspirent à énumérer ni les prérogatives conférées par la propriété, ni les limites qui lui sont imposées de l'extérieur et se contentent de mettre en balance le droit indéfini du propriétaire avec les concessions ponctuelles qu'il doit faire à son environnement législatif et social.

Il faut par ailleurs remarquer que le droit de propriété du *BGB* ne concerne que les choses corporelles, qui seules sont des biens (*Sachen*).

23. Les *Herrschaftsrechte*. Mais le matérialiste *Sachenrecht* n'est pas la seule forme de droit direct et absolu sur une chose en droit allemand. À un degré supérieur de la dogmatique privée se présente le concept de maîtrise souveraine (*die Herrschaftsmacht*), de droit de souveraineté (*das Herrschaftsrecht*). Il s'agit d'une catégorie de droit subjectif[28], qui s'oppose à celles des droits subjectifs familiaux, des créances[29]… Ce pouvoir souverain désigne la

---

27 Une traduction anglaise du *BGB* est consultable sur le site du Ministère allemand de la justice, *« Gesetze und Verordnungen »* (lois et ordonnances) : <http://bundesrecht.juris.de/englisch_bgb/index.html>, bibliographie, n° 401.

28 K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9ème éd., C. H. Beck, 2004, bibliographie, n° 76, p. 239-240. Le droit subjectif allemand peut être ainsi défini : « un pouvoir juridique (*Rechtsmacht*) accordé par l'ordre juridique pour la mise en œuvre autonome de l'intérêt protégé par le droit considéré ».

29 Ou encore des *Gestaltungsrechte* (que l'on pourrait traduire en français par les *droits de faire tel acte juridique*) et des *Ansprüche* (droit d'agir en justice pour la mise en œuvre d'un droit) ; ces droits d'action sont considérés en droit allemand comme une entité juridique accessoire au droit principal (K. Larenz, M. Wolf, *ibidem*, p. 249 et s.).

faculté directe, pour le titulaire, de disposer exclusivement d'un objet de droit[30]. La catégorie des *Herrschafstrechte* se caractérise par l'exclusion des tiers : ceux-ci sont inutiles à la réalisation de ces droits et le titulaire peut même les en exclure. On y compte les droits de la personnalité, les droits réels et la propriété (*dingliche Rechte*), et les droits intellectuels (*Immaterialgüterrechte*). La « maîtrise souveraine » est le genre et le droit de propriété en est une espèce[31].

Ce concept de *Herrschaft*, s'appliquant notamment au pouvoir politique de l'État sur son territoire mais aussi à la suzeraineté du seigneur sur sa terre, lie le droit sur les choses avec le pouvoir sur les hommes et rappelle ainsi son origine féodale.

24. La propriété en droit constitutionnel. En droit constitutionnel allemand, la propriété est plus largement entendue qu'en droit civil. Sa protection est posée par la loi fondamentale (*Grundgesetz*[32]) en son article 14[33]. Cet article protège la propriété en tant qu'institution juridique (*Institutsgarantie*) et en tant que droit subjectif (*Individualgarantie*)[34].

Sont des droits de propriété au sens de cet article, selon la formule consacrée par le Tribunal constitutionnel fédéral (*BverfG*), tous les droits patrimoniaux visant à « donner *[à l'individu]* une sphère de liberté dans le domaine patrimonial et à permettre ainsi son épanouissement et son libre-arbitre dans l'organisation de sa vie »[35]. La définition montre le lien de cause à effet reconnu entre propriété et liberté. Elle recouvre, par exemple, le droit du

---

30 E. Deutsch, *« Das Eigentum als absolutes Recht und als Schutzgegenstand der Haftung »*, *Monatschrift für deutsches Recht*, 1988, cahier 6, bibliographie, n° 336, p. 441 : « Techniquement, l'expression « souveraineté » (*« Herrschaft »*) signifie avant tout l'attribution d'une chose à une personne. »

31 « Le droit de maîtrise souveraine « propriété » contient, du côté positif, l'attribution du bien et, du côté négatif, l'exclusion des tiers » (*ibidem*, p. 442).

32 Adoptée le 8 mai 1949 par le Conseil parlementaire (*parlementarischer Rat*), publiée au *BGBl*. III p. 100, consultable en allemand et en français sur le site du gouvernement allemand (bibliographie, n° 402).

33 Article 14 de la *Grundgesetz* : « Propriété, héritage, expropriation : 1- La propriété et l'héritage sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont déterminés par la loi. 2- Propriété oblige. Son usage doit aussi servir le bien de la communauté. 3- L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien commun. Elle ne peut procéder que d'une loi, ou en raison d'une loi, qui fixe la nature et la mesure de l'indemnisation. L'indemnisation est fixée en considération du juste équilibre entre les intérêts de la communauté et du particulier concerné. La contestation de la hauteur de l'indemnisation est ouverte devant les tribunaux ordinaires. » Une traduction française de la loi fondamentale est accessible sur le site du Gouvernement fédéral allemand, à l'adresse : <http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Loifondamentale/loi-fondamentale.html>, bibliographie, n° 399.

34 P. Badura, « *Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des geitigen « Eigentums »* », in P. Lerche, H. Zacher, P. Badura, *Zeitschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag*, C. H. Beck, 1981, p. 1-17, bibliographie, n° 264.

35 *BverfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, 1 BvR 765/ 66, *UFITA* vol. 63, 1972, p. 279 ; *GRUR*, 1972, p. 481, bibliographie, n° 462, § 28 : « *einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu gewährleisten und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen* » – expression reprise dans bien d'autres décisions du Tribunal.

locataire à être maintenu dans les lieux[36] et, pour ce qui nous concerne, les droits patrimoniaux des auteurs et inventeurs[37].

25. La dualité du droit de propriété allemand. En droit allemand coexistent principalement deux notions de la propriété, régnant chacune sur une branche du droit : la notion stricte détermine le champ d'application du droit civil des biens[38] et la notion souple, celui de la loi fondamentale. La première est plutôt l'outil des juridictions judiciaires et la seconde, celui du Tribunal constitutionnel fédéral. Outre ces différences, ces deux notions ne sont pas de même nature juridique, il est donc difficile de les comparer. La notion civile de la propriété entraîne l'application d'une complète branche du droit, comportant la définition du droit réel, décrivant les conditions de sa naissance, le régime de ses transferts, ses causes d'extinction… La notion constitutionnelle a pour enjeu la protection constitutionnelle, la délimitation des pouvoirs du législateur sur le droit de propriété et le contrôle de l'expropriation.

- **L'éclatement du droit de propriété anglais**

26. *Real* et *personal property*. En droit anglais, il est impossible de parler de *la* propriété. Il n'existe pas un seul, mais deux modes d'appropriation des biens, portant l'un sur les immeubles et l'autre, sur les meubles. Le droit anglais est resté fidèle à la distinction du seul bien véritablement objectif (la terre, nommée *realty*) et des biens personnels (les *personalties*). Ces derniers sont liés à la personne, ils la suivent et s'identifient à elle[39]. Historiquement, leur propriétaire dépossédé ne pouvait en exiger la restitution[40]. Malgré le rapprochement opéré par le *Law of property Act* de 1925[41], cette opposition demeure la

---

36 Appelé le « *Mietrecht* », voir O. Depenheuer, « *Der Mieter als Eigentümer?* », *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*), 1993, cahier 40, p. 2561-2563, bibliographie, n° 335.

37 *BverfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, précité, bibliographie, n° 462, pour la décision la plus citée. Voir la protection constitutionnelle de la propriété intellectuelle *infra*, § 349 et s.

38 *Sachenrecht*, *BGB*, livre 3.

39 W. Blackstone, *Commentaries...*, précité, bibliographie, n° 130, Chapitre 2 « *Of real property* », p. 15 : « *which may attend the owner's person wherever he thinks proper to go* ».

40 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade, The law of real property*, précité, bibliographie, n° 131, § 1-011, p. 6 : « *In early law, property was deemed « real » if the courts could restore to a dispossessed owner the thing itself, the « res », and not merely give compensation for the loss. (...) In consequence a distinction was made between real property (or « realty ») which could be specifically recovered, and personal property (« personalty »), which could not.* » Voir également G. Snow, *Les biens, Généralités, Biens personnels*, collection La *common law* en poche, vol. 11, Y. Blais, 1998, bibliographie, n° 133, p. 18-21.

41 *Law of property Act 1925*, 1925 *chapter* 20, 15 et 16 Georges 5. M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des* biens, précité, bibliographie, n° 236, § 207. Il supprima un enjeu majeur de la distinction en créant un régime unique de succession *ab intestat*, et ouvrit aux meubles la possibilité qui constituait la principale caractéristique du régime foncier, en permettant d'en aménager la propriété sous couvert d'un *trust*.

dichotomie principale du droit anglais des biens[42] ; les conséquences en sont plus lourdes que dans les pays de droit civil.

27. Les *tenures*. Alors que le droit immobilier français fut le symbole de l'unification de la propriété, la *real property* anglaise a conservé les traits des modes féodaux de répartition des terres. Même si les seules tenures qui subsistent[43] sont la tenure franche (*freehold*), libre de toute charge envers le suzerain et la tenure à bail à durée déterminée[44], la doctrine des tenures[45] est encore en vigueur en Angleterre. C'est pourquoi la Couronne anglaise détient encore l'*estate* ultime sur toutes les terres anglaises et demeure donc la source de tout droit foncier[46].

28. Les *estates*. Ôtant tout leur contenu aux tenures, bien que sans les abolir, la réforme de 1925 opéra de même[47] avec les *estates*[48]. Tout en maintenant le principe de la multiplicité

---

42 Entre les *chattels* (meubles) et les *realties* (immeubles) se trouve une catégorie de biens intermédiaires, au nom antinomique : les *chattels real*. Blackstone explique que ce sont des biens qui empruntent à la *realty*, son immobilité, et aux *chattels*, leur non-perpétuité (W. Blackstone, *Commentaries.…*, précité, bibliographie, n° 130, p. 386).

43 Les dernières qui subsistaient furent abolies, dans le cadre de la réforme de 1925 par l'*Administration of estates Act* entré en vigueur en 1926.

44 La tenure à bail confère au locataire un droit réel et non pas simplement personnel.

45 La doctrine des tenures désigne l'ensemble des tenures, droits-obligations fonciers, par lesquelles tout droit sur le sol (tout *estate*) s'accompagne d'obligations (militaires, matérielles, pécuniaires...) envers le seigneur de celui-ci. Elle constituait le principe de la féodalité. Voir F. H. Lawson, B. Rudden, *The law of property*, Oxford, 3ème éd., 2002, bibliographie, n° 132, p. 77-78. W. Blackstone, *Commentaries*..., chapitres 5 et 6 du livre 2, précité, bibliographie, n° 130, p. 59 : *« Almost all the real property of this kingdom is by the policy of our laws supposed to be granted by, dependent upon, and holden of some superior or lord, by and in consideration of certain services to be rendered to the lord by the tenant or possessor of this property. The thing holden is therefore stiled a tenement, the possessors thereof tenants, and the manner of their possession a tenure. Thus all the land in the kingdom is supposed to be holden, mediately or immediately, of the king; who is stiled the lord paramount, or above all. »*

46 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131, § 2-001, p. 22. M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 209. Cela a pour conséquence que l'acquisition foncière par simple occupation n'est pas admise en droit anglais, ôtant beaucoup de son champ d'application à l'idée de droit naturel dans la propriété foncière. Toute charge attachée à la terre, en revanche, a disparu et la suzeraineté maintenue n'altère pas le pouvoir de disposition du titulaire du fief.

47 Section 1 du *Law of property Act* 1925 : « *(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are : a) an estate in fee simple absolute in possession ; b) a term of years absolute.* » En *equity*, les juges sont libres d'en revenir aux vieilles catégories : la section 1 de l'*Act* poursuit : « *(3) All other estates, interests, and charges in or over land take effect as equitable interests.* » Il s'agit notamment du fief viager (*life interest*), du fief en retour (*in remainder*) ou en réversion (*in reversion*). Le fief à transmissibilité héréditaire restreinte, dit « taillé » (*estate in fee tail*) a été aboli en 1996. Voir également section 4 de l'Act. F. H. Lawson, B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 79-80.

48 La doctrine des *estates* désigne l'ensemble des *estates*, droits de propriété foncière. Il existait, en ancien droit anglais, de multiples droits sur la terre, qui, tous, étaient des *estates*, contrairement à ce que l'on observe en droits continentaux, où il n'existe qu'un droit de propriété, face à des *jura in re aliena* démembrés. Blackstone nous en donne un panorama : *estates in possession, in remainder, in reversion, joint-tenancy…* (W. Blackstone, *Commentaries.…*, précité, bibliographie, n° 130, livre 2, chapitres 9 à 12).

des *estates*, elle en réduisit le nombre sans pour autant aboutir à l'unicité et à l'indivisibilité[49] du droit de propriété. La caractéristique du droit anglais de la propriété foncière est l'éclatement de la propriété en *estates* indépendants par nature mais pouvant être réunis pour former le fief simple absolu[50]. Les *estates* se distinguent et s'articulent par leur durée[51].

29. Le fief simple absolu. Le droit le plus large sur un immeuble est l'*estate in fee simple absolute*[52], le fief simple absolu, issu du droit foncier féodal, dont la complexe dénomination est à lire comme un rébus, où chaque élément apporte son propre sens. Il est pour la terre l'équivalent de notre propriété, si ce n'est cette réserve symboliquement très importante que son titulaire n'est pas un propriétaire plein, mais un tenancier de la Couronne. Chacun de ses qualificatifs a un sens précis – souvent trompeur pour le juriste français ou allemand. « Fief » signifie qu'il est héréditaire selon le régime de la terre (de la *realty*) et non pas des biens meubles (les *personalties*). « Simple » qualifie cette transmissibilité : elle fonctionne à l'égard de tout héritier[53]. « Absolu » ne qualifie pas l'exclusivité du droit, comme le comprendrait le juriste continental, mais sa durée : aucune condition résolutoire n'y met fin[54].

Le fief simple absolu est « le droit le plus étendu que l'on puisse avoir sur un immeuble » et si théoriquement, aucun *estate* ne peut équivaloir à la propriété absolue, le fief simple absolu lui ressemble fort en pratique[55].

30. La *personal property*. La *personal property*, elle, porte sur des choses réputées simples, élémentaires et de peu de valeur[56] : les meubles. La doctrine des tenures ne lui a donc

---

49 « L'avantage de cette réforme tient à ce que, désormais, le fief simple est indivisible en *common law* » (M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 212). De même que l'*ownership* des meubles, il demeure divisible en *equity*.

50 Droit romaniste et *common law* s'opposent sur la méthode : l'un est déductif, l'autre est inductif. E. Deutsch, *« Das Eigentum als absolutes Recht… »*, précité, bibliographie, n° 336, p. 441 : « Avec le *dominium*, le droit romain a choisi la méthode détachant du droit complet des prérogatives particulières. A l'inverse, le droit anglais va dans le sens du rassemblement, quand une pluralité de prérogatives compose finalement le droit complet. »

51 La Règle des perpétuités (*Rule against perpetuities*), consacrée sous sa forme moderne par le *Perpetuities and accumulations Act* de 1964, n'empêche pas de diviser la propriété dans le temps, mais seulement de lui imposer des limites dans son contenu ou de décider de son attribution au-delà de 21 ans après la mort de la dernière personne vivant au moment de la création de l'*interest*.

52 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 184 et s. (pour les racines historiques du droit), et § 216 et s. (pour le régime actuel du fief simple).

53 … Par opposition au fief taillé (*fee tail*), qui ne durait que tant que se présentait un héritier en ligne directe du détenteur originel.

54 … À la différence des fiefs conditionnels, qui peuvent s'éteindre, par exemple, en même temps que certaine branche de la famille.

55 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 45. H. Saint Dahl, *Dahl's Law dictionary* – Dictionnaire juridique, Dalloz, 3ème éd., 2007, bibliographie, n° 128, *« Estate »*, p. 478 : « Ainsi, un *estate in fee simple* est pratiquement éternel et revient en pratique, sinon en théorie, à la propriété de la terre. » S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade...*, précité, bibliographie, n° 131, § 3-035, p. 52 : *« Although stricly speaking it is still held in tenure and therefore falls short of absolute ownership, in practice it is absolute ownership. »*

pas été appliquée et les juristes ne lui ont manifesté quelque intérêt que tardivement. Pour ces deux raisons, la *personal property* est un droit simple et total sur la chose[57]. L'*ownership* des meubles se rapproche de la conception continentale de la propriété, englobant sous son concept unitaire toutes les utilités du meuble et transmissible en entier. Elle s'attache directement au meuble, sans l'intermédiaire de l'*estate* par lequel, sur les terres, est mesurée la durée du droit. Le principe est qu'elle est « *single and indivisible* »[58]. Ce n'est que dans le droit des meubles que l'on trouve une approximation du droit subjectif et que l'on parle d'*ownership* au sens technique, de *property* équivalente à la propriété continentale[59].

31. L'idée de propriété. De ces subtilités, il émane malgré tout une idée générale de la propriété. Depuis le début du XX^{ème} siècle, le droit anglais de propriété, même sur les immeubles, tend à s'unifier et à se pérenniser pour constituer un droit plus simple et plus direct qu'auparavant. Son paradoxal alliage de la force et du droit y exerce sur les esprits la même fascination qu'en droits romanistes :

> *« There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property ; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe. »*[60]

Mais *property* n'est pas seulement *propriété* : le terme recouvre en anglais une très large polysémie. Sont des *property rights*, non seulement l'*ownership* d'un meuble et le fief simple absolu portant sur un immeuble, mais aussi ce que les droits français et allemand appellent respectivement des droits réels « démembrés » ou « limités » : les servitudes, les droits

---

56 Blackstone, *Commentaries...*, précité, bibliographie, n° 130, livre 2, chapitre 24 : « *Of things personal* », p. 384 : « *being also of a perishable quality, are not esteemed of so high a nature, nor paid so much regard to by the law* ». Blackstone note néanmoins, en 1766, que les cours commencent déjà à accorder plus d'égards aux meubles.

57 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 244 et s. F. H. Lawson et B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 90 et s. S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade...*, précité, bibliographie, n° 131, § 3-001, p. 37 : *« In the case of a chattel, ownership is absolute. It is either owned outright by one person (…) or it is not owned at all. »*

58 W. Swadling, *Property, General principles, in* A. S. Burrows, *English private law - Vol. 1: Sources of law, Law of persons, law of property*, Oxford University Press, 2001, bibliographie, n° 297, § 4.188. L'auteur donne l'exemple d'un arrêt *Re Hill* de 1897, où le juge Lord Chitty explique (dans notre traduction) : « comme la *common law* ne connaît rien de tel que les *estates* sur les meubles, l'offre d'un meuble, pour la vie, accompagnée de la remise, transfère la propriété *at law* ». La précision *« at law »* exclut l'*equity*, où tout est possible sous le couvert du *trust*, et qui seule permettra à l'offrant de recouvrer le bien.

59 B. Nicholas, « Le langage des biens dans la *common law* », précité, bibliographie, n° 260.

60 Célèbre citation de Blackstone, que l'on lit aux *Commentaries*…, précité, bibliographie, n° 130, p. 20. Elle est souvent lue comme une définition absolutiste de la propriété, alors que Blackstone n'y fait que décrire l'empire qu'exerce le concept sur les imaginations. C. M. Rose, *« Canons of property talk, or Blackstone's anxiety »*, *Yale Law Journal*, 1988-1999, p. 601-632, bibliographie, n° 388, à la p. 601: « *Blackstone posed his definition more as a metaphor than as a literal description – and as a slightly anxiety-provoking metaphor at that* ».

d'usage et de passage. Plus largement encore, sont des *properties* tous les intérêts patrimoniaux, même futurs et incertains, ou d'objet indéterminé :

> *« One might generally argue that all English law is about « property » in the sense that it thinks in terms, not of* in rem *and* in personam *bonds, but of a general relationship between citizens (subject) and interests (object) – protection being just a matter of degree upon the strength of the interest in issue. »*[61]

32. Les incertitudes de la propriété. Ainsi, la propriété de droit commun ne constitue pas un point fixe, un repère en regard duquel il ne resterait qu'à situer la propriété intellectuelle. Certes, elle est plus ancienne, plus traditionnelle, plus indissolublement liée à l'idée de société que la propriété intellectuelle. A son sujet continuent toutefois de circuler des opinions tout aussi contradictoires. Pour chercher quelle place tient la propriété intellectuelle auprès de la propriété de droit commun, nous voilà donc dans la nécessité de nous prononcer sur cette dernière. La difficulté est de situer, l'une par rapport à l'autre, deux entités en mouvement. La comparaison sera donc dynamique.

II / Le déroulement de la comparaison : « propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français »

33. Ayant pris la mesure de la complexité de son élément de référence, nous pouvons laisser se dérouler la comparaison. Il s'agira de « propriété intellectuelle » (A) et, surtout, de ses rapports avec le droit de propriété (« propriété intellectuelle et droit de propriété » : B) dans le cadre fixé par les « droits anglais, allemand et français » (C).

A) Propriété intellectuelle

34. Si le droit de propriété ne s'avère pas aussi stable que son ancienneté pouvait le laisser supposer, le droit intellectuel est plus incertain : il varie non seulement dans le temps et selon le pays considéré, mais encore en fonction de son objet (œuvre, marque, invention…). A l'orée de nos recherches, nous devons nous contenter d'une idée simple de la propriété intellectuelle. Que signifie l'expression « propriété intellectuelle » en droits anglais, allemand et français ?

35. ***« Intellectual property ».*** En droit anglais, le *Dictionnaire juridique d'Oxford* définit la propriété intellectuelle comme une « propriété intangible » et complète cette lapidaire

[61] G. Samuel, «*« Le droit subjectif » and English law* », *Cambridge Law Journal* (*CLJ*), juillet 1987, p. 264-286, bibliographie, n° 389, p. 275.

définition par l'énumération des piliers de la matière : brevet, marque, *copyright* et dessins et modèles[62]. Plus abstraitement, la propriété intellectuelle est ce qui *« protects applications of ideas and informations that are of commercial value »*[63]. Les professeurs Bently et Sherman proposent une définition à triple critère : la fonction du droit, l'usage historique et l'objet du droit.

> *« Intellectual property law regulates the creation, use, and exploitation of mental or creative labour. The term « intellectual property » has been used for almost one hundred and fifty years to refer to the general area of law that encompasses copyright, patents, designs and trade marks, as well as a host of related rights. »*[64]

Le droit intellectuel anglais est principalement régi par :

- le *Copyright, designs and trademarks act*[65] (*CDPA*) ;
- le *Registered designs act*[66] (*RDA*) ;
- le *Patents act*[67] (*PA*) ;
- le *Trademarks act*[68] (*TMA*).

36. ***« Urheberrecht und gewerbliche Schutzrechte ».*** Bien qu'ayant été éduqué à la catégorisation et à la hiérarchisation des concepts par la Science des concepts et l'Ecole des Pandectes, le droit allemand refuse d'apparenter propriété intellectuelle et propriété matérielle. L'expression équivalant à « propriété intellectuelle » ou « *intellectual property* » est peu employée : « *geistiges Eigentum* ». L'usage préfère séparer droit d'auteur (« *Urheberrecht* ») et droits industriels (« *gewerblicher Rechtschutz* »[69]) et évite de donner à leur ensemble un nom et une définition génériques. La matière est régie, comme en droit anglais, par des lois spéciales et la plupart des manuels s'intitulent du nom du droit étudié, sans recours à l'idée de propriété.

---

62 E. Martin, *A dictionnary of law*, 6ème éd., Oxford University Press, 2006, bibliographie, n° 125 : *« Intellectual property: intangible property that includes patents, trade marks, copyright, and registered and unregistered design right.* »

63 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, 6ème éd., Sweet and Maxwell, 2007, bibliographie, n° 137, § 1-04. De ces droits si variés, les auteurs avouent simplement que *« there is no single generic term that satisfactorily covers them all »*, sans pourtant contester la pertinence de leur rassemblement : *« nonetheless there is good sense in studying them together. Each is concerned by marking out, by means of legal definition, types of conduct which may not be pursued without the consent of the right-owner »* (§ 1-01).

64 L. Bently B. Sherman, *Intellectual property law*, 3ème éd., Oxford University Press, 2009, bibliographie, n° 136, p. 1.

65 1988, *chapter* 48 (*i.e.* : quarante-huitième acte passé en 1988), consultable sur le site de l'Office d'information sur le secteur public (*Office of Public Sector Information, OPSI*), *Acts of the UK Parliament and explanatory notes* : <http://www.opsi.gov.uk/acts>, bibliographie, n° 404.

66 1949, *chapter* 48, Office de la propriété intellectuelle (*Intellectual property office, IPO*) : <http://www.ipo.gov.uk>, bibliographie, n° 405.

67 1977, *chapter* 37, Office de la propriété intellectuelle, précité, bibliographie, n° 410.

68 1994, *chapter* 26, consultable sur le site de l'*OPSI*, précité, bibliographie, n° 404.

69 Ou encore : *« gewerbliche Schutzrechte »* ; littéralement : « protection des droits industriels ».

La matière est ainsi notamment régie par :

- la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins[70] (*UrhG*) ;
- la loi sur la protection juridique des dessins et modèles[71] (*GeschmMG*) ;
- la loi sur les brevets[72] (*PatG*) ;
- la loi sur la protection des marques et autres signes distinctifs[73] (*MarkenG*).

37. « Propriété intellectuelle ». L'usage français est depuis longtemps établi : on parle de « propriété intellectuelle » pour désigner les droits portant sur les produits de l'esprit. Si la « propriété littéraire et artistique » et la « propriété industrielle » sont souvent traitées dans des manuels séparés, elles ne sont que les deux branches d'une discipline unique.

Le Code de la propriété intellectuelle français (CPI) ne donne aucune définition générique de la propriété intellectuelle, mais permet de la cerner par énumération : tout ce qui y est consigné, par hypothèse, a trait à la propriété intellectuelle. On y trouve notamment le droit d'auteur et ses droits voisins, le droit sur les dessins et modèles industriels, le brevet d'invention et le droit de marque.

Cependant, ce n'est pas en elle-même que nous intéressera la propriété intellectuelle, mais pour ses rapports avec le droit de propriété.

B) Propriété intellectuelle <u>et</u> droit de propriété

38. Les rapports de la propriété intellectuelle et du droit de propriété sont-ils aussi limpides que ne le suggèrent leurs noms respectifs ? Cette simple question en fait naître beaucoup d'autres.

39. Des incompatibilités. La propriété est née bien avant les droits intellectuels. À bien des égards, ses fondements théoriques et philosophiques ainsi que son régime juridique semblent devoir les rejeter de sa sphère.

---

70 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (*Urheberrechtsgesetz*) du 9 septembre 1965, publiée au *Bundesgegsetzblatt* (*BGBl.*, « *Journal officiel fédéral* ») n° 51, 16 septembre 1965, p. 1273. H.-P. Hilling, *Urheberrechtsgesetz*, Verlagsgesetz, *Recht der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften, Internationales Urheberrecht*, 12ème éd., Beck-Texte, 2008, bibliographie, n° 89. Une version actualisée en est consultable sur le site du Ministère allemand de la justice, « *Gesetze und Verordnungen* » (lois et ordonnances) : < http://www.gesetze-im-internet.de/aktuell.html>, bibliographie, n° 401.

71 *Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen* (*Geschmacksmustergesetz*) du 12 mars 2004, *BGBl.* n° 11, 18 mars 2004, p. 390 ; F. C. Beier et A. Heinemann, *Patent- und Musterrecht*, 9ème éd., Beck-Texte im dtv, 2008, bibliographie, n° 101 ; Site du Ministère allemand de la justice, *« Gesetze und Verordnungen »*, précité, bibliographie, n° 401.

72 *Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980* du 5 mai 1936, dans sa nouvelle promulgation du 16 décembre 1980, *BGBl.* N° 1, 3 janvier 1981, p. 1 ; F. C. Beier et A. Heinemann, *ibid.* ; Site du Ministère allemand de la justice, *« Gesetze und Verordnungen »*, précité, bibliographie, n° 401.

73 *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen* (*Markengesetz*) du 25 octobre 1994, *BGBl.* n° 74, 28 octobre 1994, p. 3082 ; H. Köhler, *Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht*, 29ème éd., Beck-Texte im dtv, 2009, bibliographie, n° 114 ; Site du Ministère allemand de la justice, *« Gesetze und Verordnungen »*, précité, bibliographie, n° 401.

L'établissement par petites touches des propriétés intellectuelles par le législateur sous forme de droits temporaires s'accorde mal à l'idée d'une propriété naturelle et évidente. Elles sont, en effet, déterminées au gré des politiques commerciales et industrielles et ne se définissent que par la casuistique de leur objet et de leur contenu. Leur objet immatériel les prive en outre de l'assise physique dont jouit la propriété de droit commun, fondée sur la possession et l'exclusivité matérielle. Leur dimension morale, en comparaison du régime commun, semble une bizarrerie. Leur durée limitée contraste avec la perpétuité de la propriété de droit civil…

Ces discordances ne sont pas les seules, nous en verrons d'autres par la suite. Pour en tenir compte et afin de ne pas préjuger de la réponse à ces questions, il sera donc souhaitable, dans la suite des développements, de préférer la dénomination « droit intellectuel », voire « droit sur les biens intellectuels » à celle de « propriété intellectuelle ».

40. L'adéquation du titre de propriété ? Ces incompatibilités sont-elles rédhibitoires ? Le titre de « propriété » serait-il usurpé par des droits irréductibles à quelque catégorie juridique que ce soit ? Ne serait-il que la manifestation d'une tentative de reproduction des schémas de la propriété, avec l'incorporalité comme handicap ?

La propriété intellectuelle dépasse-t-elle au contraire la propriété de droit commun, en y ajoutant une dimension morale et diverses possibilités que sa fruste matérialité interdirait à la propriété ?

Les droits intellectuels sont-ils plutôt, malgré des différences ponctuelles, des variantes du régime général de la propriété ? Il importerait alors de reconnaître cette nouvelle branche de la propriété et de mettre à bas la séculaire prétention de la propriété de droit commun à être la seule de son espèce.

Si les droits intellectuels n'étaient pas des droits de propriété, que seraient-ils ? Quelles sont les alternatives à la qualification de propriété ?

41. Une infinie dialectique ? Peut-être les rapports entre propriété intellectuelle et propriété de droit commun sont-ils voués à une insoluble dialectique, auquel cas le juriste s'essoufflerait en vain à la recherche d'une synthèse introuvable.

Les droits intellectuels et la propriété de droit commun semblent en effet entretenir une dialectique d'envie et de dédain mutuels. Les premiers envient à la seconde son assise historique, sociale et même juridique, mais méprisent sa corporalité et sa prosaïque patrimonialité. La propriété est tenue pour un droit simplement patrimonial et son objet est compris comme une simple chose valorisée, vouée à errer dans les remous du commerce, ce

dont s'accommodent mal les fruits de l'esprit, irrévocablement liés à leur créateur par un équivalent virtuel du lien du sang. A l'inverse, la propriété envie aux droits intellectuels leur vitalité et leur souplesse, mais méprise leur évanescente immatérialité, leur manque d'unité et leur dépendance vis-à-vis du droit positif.

42. Des enjeux pratiques. La question de la nature des droits intellectuels a des enjeux pratiques importants, dont nous ne faisons que donner ici un aperçu. L'application des mécanismes du droit privé aux droits intellectuels est sans doute le plus évident. Les biens intellectuels peuvent-ils être possédés[74] ? Peuvent-ils faire l'objet d'une indivision, d'un usufruit[75]… ? En droit international privé, la règle de conflit indiquera une loi différente selon la nature du droit[76]. Ces questions débordent du champ strictement entendu de cette recherche, mais leur évocation permet de mesurer le rayonnement pratique d'une interrogation théorique.

43. Une dimension politique. La question a également une dimension politique : l'exploration des domaines de la culture, du savoir, de la science appliquée doit-elle se faire par une série d'appropriations ?

Touchant par un bout à la propriété, institution à fort rayonnement politique, social et économique, et par l'autre à ces valeurs en hausse que sont l'information, le savoir et le développement, le débat est passionné. Prononcée par certains journalistes et leurs lecteurs, par certains acteurs de l'industrie culturelle ou scientifique, l'expression de « propriété intellectuelle » elle-même revêt une nuance péjorative. « La propriété intellectuelle, c'est le vol », a-t-on pu lire dans le grand quotidien français *Le Monde*[77]. Ainsi se voient criminalisés d'un seul coup les deux pôles de notre étude.

Il reste à compliquer ces considérations d'une dimension comparatiste.

C) Droits anglais, allemand et français

44. La question des rapports entre le droit intellectuel et le droit de propriété se pose-t-elle de façon similaire dans les trois ordres juridiques étudiés ? Cet élargissement ouvre notre recherche à une perspective communautaire et lui donne un enjeu de théorie du droit comparé.

---

74 B. Parance, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2003, bibliographie, n° 200 ; A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001, bibliographie, n° 201.

75 B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, bibliographie, n° 195.

76 J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual property and international private law*, Clarendon Press, 1998, bibliographie, n° 139.

77 D. Cohen, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 11 avril 2001, bibliographie, n° 306.

- **La dimension comparatiste**

45. Le droit romano-germanique et la *common law*. Il s'agit de comparer le comportement des deux grandes familles juridiques se partageant les législations mondiales (droit civil et *common law*), en n'en retenant toutefois, afin de donner à ces développements une pertinence dans les questions de droit communautaire, que les membres européens (droits allemand et français, droit anglais). Nous prendrons les droits allemand et français comme représentants de la famille juridique dite « romano-germanique », à laquelle appartiennent majoritairement les autres droits européens. S'y oppose la famille des droits de *common law*, ici représentée par le droit anglais.

Dès l'abord, les catégories fondamentales du droit privé montrent combien la question se pose différemment entre les pays de droit civil et les pays de *common law*. Nous avons déjà esquissé les variations de la propriété entre droits anglais, allemand et français. La particularité de notre travail se fait ici évidente : il s'agit de comparer à la fois deux institutions juridiques et trois pays, dans un tableau complexe à six entrées.

46. Les sources des droits allemand et français. Quant aux sources du droit, nous en retiendrons, pour les droits allemand et français, les trois principales : la loi, la jurisprudence et la doctrine, selon l'importance respective que les systèmes juridiques de nos trois pays leur accordent. En pays de droit écrit et codifié, la principale source du droit positif est la loi ; la jurisprudence n'en peut faire, au plus, qu'une interprétation créative ; et la doctrine n'est qu'une source de droit secondaire, commentatrice *a posteriori* et inspiratrice des sources primaires.

47. Les sources du droit anglais. En Angleterre, le droit est structuré par la coexistence, au sein du Royaume, de trois sources de droit. La plus traditionnelle est la *common law*, droit fondé sur la notion de précédent. Ensuite vient l'*equity*, fondée sur le souci d'atténuer les rigueurs de la *common law*, dont les exigences de forme feraient trop souvent débouter des plaideurs bien fondés. Enfin, le *statute* est un acte parlementaire, mal aimé car considéré comme une contrainte arbitraire pesant sur l'indépendance des juges et l'évolution naturelle du droit. *Statute* et *common law* s'articulent comme droit commun et droit spécial : le *statute* s'impose comme loi d'exception et abroge la *common law* sur les points précis qu'il régit. Entre *common law* et *equity* existe un autre type de hiérarchie, exprimé par l'adage « *equity*

follows the law »[78]. Ce système hétérogène est uniformisé par la règle du précédent jurisprudentiel, dite du *case law*, selon laquelle toute décision juridictionnelle lie les décisions ultérieures des cours et tribunaux de niveau inférieur[79]. Ces décisions, qu'elles soient rendues en *common law*, en *equity*, ou conformément à un *statute*, sont toujours longuement motivées. Les juges, s'exprimant nominalement, citent généreusement la doctrine, y adhèrent ou lui répondent, lui donnant ainsi un rôle direct dans la formation du droit. Le *statute* est apparu très tôt en propriété intellectuelle et, sous l'impulsion du droit communautaire, régit aujourd'hui presque toute la matière.

- **La perspective communautaire**

48. Droit communautaire et propriété intellectuelle. Le débat peut par ailleurs être élevé au niveau du droit communautaire, où le législateur a longtemps conçu le droit intellectuel comme un droit récent, de nature commerciale. Le droit intellectuel est fils de la liberté du commerce et de l'industrie : ces deux libertés sont abordées par le droit communautaire en raison de leur poids économique. L'harmonisation communautaire de la propriété intellectuelle n'a donc longtemps connu que la méthode pragmatique, sans effort de cohérence théorique mais, depuis une décennie, le législateur se fait plus ambitieux et donne à la discipline un cadre théorique fondé sur l'idée de propriété. Ce cadre s'accorde-t-il avec les traditions nationales anglaise, allemande et française ?

49. Droit communautaire et droit des biens. En droit civil des biens, en revanche, l'Union Européenne est incompétente. Le droit des biens appartient aux patrimoines juridiques nationaux : c'est le produit de l'évolution séculaire du droit, une émanation de l'esprit national, un « droit de haute futaie »[80], chargé, pour certains, d'une haute valeur affective. Le goût de l'harmonisation et le désir de prospection ont malgré tout conduit les institutions à s'intéresser timidement à l'idée d'unifier le droit civil européen. Après dix ans d'activité du Parlement européen, le « groupe d'études sur un code civil européen » a été créé en 1998. La démarche est toutefois très décriée par une partie de la doctrine. L'Union

---

78 « L'*equity* suit la *common law* » : elle la complète, mais ne la contredit pas. Sur la *common law* et l'*equity* : F. H. Lawson et B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 82 et s.

79 Ajoutons que, jusqu'aux *Judicature Acts* de 1873 et 1875 qui les confondirent, la *common law* était réservée au cours de *common law*, culminant dans le *Queen's Bench* (Banc de la Reine) et l'*equity*, à la *Court of Chancery* (Chancellerie).

80 G. Cornu, « Le Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351, bibliographie, n° 307. « Mais faut-il y injecter une charge émotionnelle si forte qu'elle place les artisans de la construction européenne dans une posture de traîtres à la culture juridique française ? » C. Prieto, « un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *Les Petites Affiches* (*LPA*) 2004, n° 92, p. 19-29, bibliographie, n° 320.

européenne peut légitimement se préoccuper de propriété intellectuelle, mais, en France, les boucliers se dressent lorsqu'elle approche de trop près le Code Napoléon, cette bible nationale. Outre-Manche, la seule idée d'un code est antinomique à la *common law* :

> *« The problem is the same with the phrase European Contract Code or Civil Code : Napoleon is immediately seen to be approaching the white cliffs of Dover! The cultural and historical baggage that language brings with it is enormous ; « constitution » and « code » cause huge political problems in a UK context. »*[81]

Résoudre ce conflit n'est pas de notre ressort, mais une étude comparée des droits de propriété anglais, allemand et français, à travers le prisme du droit intellectuel pourra contribuer à nourrir le débat. En évaluant l'ampleur de leurs divergences, en donnant des clefs de comparaison et, éventuellement, des pistes de rapprochement, elle permettra de faire une estimation plus précise des sacrifices que représenterait pour les cultures juridiques nationales l'établissement d'un droit civil européen.

- **L'enjeu de droit comparé**

50. Le rôle du droit comparé. La réflexion peut encore être utilement élargie au droit comparé lui-même, notamment à la question de son rôle dans la recherche juridique.

51. L'uniformisation juridique. La mondialisation du substrat matériel et économique du droit doit-elle nécessairement entraîner l'uniformisation des systèmes juridiques, l'édification progressive d'un *esperanto* juridique[82] ? La confrontation à de mêmes objets et à de mêmes questions génère parmi nos systèmes juridiques, par mutation interne aussi bien que par harmonisation, de nombreux points communs. La dématérialisation des biens, en particulier, conduit-elle nos systèmes, par quelque chemin que ce soit, à la même idée de la réservation des choses ?

52. La diversité juridique. Faut-il toutefois espérer le rapprochement des systèmes juridiques, la réduction des droits nationaux à leur dénominateur commun ? Le droit comparé devrait-il plutôt préserver, voire exalter leurs différences, comme des manifestations de diversité culturelle, pour établir une cartographie bariolée du monde juridique, au risque

---

81 D. Wallis, députée européenne britannique, « *Coherent european contract law, political tendencies* », *in Lectures at the centre for european private law*, Munster, 6 juillet 2006, lisible sur son site, à la page *Archive of press articles* : <http://www.dianawallismep.org.uk/articles/>, bibliographie, n° 394.

82 « Un processus d'intégration planétaire est en train de se réaliser » ; « par contre, le droit, lui, reste enfermé pour l'essentiel dans le cadre et l'horizon des Etats nationaux : il se trouve dès lors prisonnier d'une perspective ptolémaïque » (L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, tome 1 : *Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972, bibliographie, n° 2, p. 21)

d'avoir du droit une appréhension érudite et quelque peu folklorique ? La convergence technique ne réduit pas les différences de langage juridique ; or, comme l'enseignent les linguistes, le langage est constructeur des concepts, au moins autant qu'il en est l'expression.

Pour le droit comparé, cette question de méthode est aussi une interrogation existentielle ; avec l'enjeu communautaire, cet enjeu comparatiste sera sans cesse en arrière-plan de nos développements.

53. Synthèse de la problématique. Ayant défini un à un les éléments du sujet de recherche, il convient ici de résumer la problématique qui s'en dégage. L'intention qui anime cette recherche est d'élucider les relations du droit intellectuel et du droit de propriété, depuis l'avènement du premier et encore aujourd'hui, en droits allemand, anglais et français. Le droit de propriété et le droit intellectuel entretiennent-ils un rapport de régime commun à régime d'exception ? La propriété intellectuelle est-elle la mise en œuvre particulière du principe général de propriété ? Avons-nous plutôt affaire à un cousinage entre deux branches de droit nées d'un même tronc ?

54. Plan de la thèse. Bien souvent, l'histoire de la propriété intellectuelle s'arrête là où elle ne fait pourtant que commencer : avec les premiers textes de type moderne. Mais l'établissement des droits intellectuels fut progressif, leur évolution fut graduelle et, à chacun des progrès de cette évolution, leur rapport au droit de propriété se modifiait. L'histoire des rapports entre la propriété intellectuelle et le droit de propriété mérite donc des développements propres et approfondis.

Leur date de naissance diffère selon le pays considéré et selon le droit intellectuel concerné, et leur mutation s'est faite à des rythmes différents. Il est donc malaisé d'établir un cadre chronologique commun. Toutefois, si les dates varient, les étapes de l'évolution sont communes au droit intellectuel des trois pays étudiés. Au long de cette histoire, le modèle de propriété joua un rôle que notre première tâche sera d'élucider (**partie 1**).

L'étude historique nous conduira jusqu'au droit actuel, où notre méthode de recherche changera. Alors que la première partie de cette recherche se sera nourrie de cinq siècles d'histoire, la seconde s'en tiendra aux dernières décennies écoulées. La méthode sera donc moins évolutive mais plus analytique : quel est véritablement ce droit de propriété auquel l'on compare le droit intellectuel ? Quelles sont les structures fondamentales qu'il faut identifier en chacun pour pouvoir les rapprocher ? Ces préoccupations animeront, dans le second temps de cette recherche, la comparaison des droits intellectuels et du droit de propriété en droit positif (**partie 2**).

PARTIE I

LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ

DANS L'ÉVOLUTION HISTORIQUE

DES DROITS INTELLECTUELS

55. Cadre historique. Considérée comme une branche récente du droit, en comparaison du droit civil ou du droit pénal, la propriété intellectuelle existait toutefois en germe dans l'Antiquité romaine et au Moyen Âge italien. Cependant, concentré sur l'Angleterre, l'Allemagne et la France, et axé sur les formes modernes des droits intellectuels, notre domaine de recherche n'inclut pas des manifestations géographiquement, historiquement et conceptuellement aussi éloignées. Nous nous contenterons ici d'étudier le rôle de l'idée de propriété dans l'apparition des droits de type moderne sur les biens intellectuels, dans les trois grandes puissances de l'Europe occidentale. Notre étude historique remontera à leurs premières manifestations au XVII^{ème} siècle, elle observera la progressive éclosion des droits modernes et, chemin faisant, rejoindra l'actualité.

56. Le rôle de l'idée de propriété dans l'évolution du droit intellectuel. Quel fut le rôle de l'idée de propriété dans l'éclosion et le développement du droit intellectuel et quel fut celui des autres modèles théoriques qui lui furent opposés ? La propriété des biens intellectuels fut-elle, comme on le lit parfois[83], un outil dogmatique désormais inutile, ayant servi à faciliter l'acceptation et la sacralisation de droits qu'il était trop facile de contester et d'enfreindre ? Est-elle, au contraire, une vérité naturelle, que seuls ignorent les esprits malhonnêtes ou dépourvus d'imagination ? Ou, plus platement, un modèle d'inspiration un peu lointain, dont des droits abstraits et artificiels, comme le sont les droits intellectuels, ne sauraient refuser l'exemple ?

Avant même l'éclosion des premiers droits de type moderne, à la racine de leur arbre généalogique, l'idée de propriété habitait déjà les privilèges. À l'autre extrémité de l'histoire, aujourd'hui, elle joue un rôle déterminant dans l'actuelle « crise de la propriété intellectuelle »[84]. Il nous faudra donc constater que si beaucoup et, peut-être, tout a été écrit sur la question, celle-ci n'est toujours pas épuisée. Que l'histoire des rapports entre les droits intellectuels et l'idée de propriété est une histoire sans commencement et sans fin. Notre tâche sera de trouver le sens des flux et reflux du droit et, plus largement, du concept de propriété dans la définition des droits de propriété intellectuelle.

---

83 Par exemple, B. Samson, *Das neue Urheberrecht*, *UFITA* vol. 47, 1966, bibliographie, n° 356, p. 1 : « Cette doctrine aurait servi dans le domaine de la propagande, et non pas dans celui du dogme, elle aurait épuisé toute sa puissance, et le concept de propriété intellectuelle aurait désormais rempli sa mission. »

84 Voir, par exemple, M. Boldrin et D.K. Levine, *Against intellectual monopoly*, Cambridge University Press, 2008, bibliographie, n° 240, lisible sur Internet : <http://www.michaleboldrin.com/research/aim.html>.

57. Histoire et actualité. Loin de n'être qu'un exercice d'érudition ou la satisfaction d'un devoir de mémoire, cette première partie est indispensable à la compréhension de la question des rapports entre la propriété intellectuelle et le concept de propriété et de leur relation actuelle. Le droit contemporain est le résultat de cette série de théories, de réactions, de tentatives de dépassement. C'est ainsi que la doctrine continue de produire simultanément des avis opposés et que les créateurs, les industriels et le public trouvent chacun le soutien d'une doctrine à son goût. Dans ce contexte, les diseurs du droit, désemparés, sans cesse sollicités par les divers groupes d'intérêt, sont sommés d'entériner ou pas l'existence d'une véritable *propriété* sur les biens intellectuels, et d'en tirer des conséquences. Leurs atermoiements sont le résultat de la carence conceptuelle dont les droits intellectuels ont toujours souffert – la même dont ils continuent, avec une remarquable constance, à souffrir aujourd'hui.

58. Une perpétuelle instabilité ? Est-ce précisément parce que trop de réponses ont été données, trop de voies ouvertes, et que propriété intellectuelle et propriété, tantôt fraternisant de trop près, tantôt s'éloignant trop l'une de l'autre, sont condamnées à un perpétuel mouvement de balancier ?

L'optimisme suggère au contraire que le balancement se serait ralenti et rapproché de son point d'équilibre. Les droits de propriété intellectuelle auraient enfin trouvé leur propre identité, dans un consensus facilité par l'aspiration des États à une harmonisation internationale toujours plus étroite.

59. Plan. Les droits de nos trois pays ont suivi à peu près la même évolution. Avec un décalage temporel parfois très marqué, ils ont tous trois franchi les mêmes étapes.

Dans un premier temps, le modèle de la propriété joua un rôle important dans la naissance des droits intellectuels (**titre 1**) : il permit d'affirmer l'existence d'un bien de nature singulière et d'un droit réel issu de l'acte de création ou d'invention, préexistant idéalement à sa reconnaissance légale. Le modèle de la propriété a dissocié les droits des créateurs de ceux des exploitants, les a émancipé du support matériel et les a ainsi mis sur la voie de leur modernité.

Ayant joué ce premier rôle, le modèle de la propriété sur les biens intellectuels, pendant la phase de développement technique du droit, a décliné. Les législateurs préférèrent aménager les droits séparément, dans des lois spéciales, sans dénomination générique ou qualification, et parfois même avec une certaine méfiance. L'expression « propriété

intellectuelle » disparut de la plupart des sources de droit ; la propriété intellectuelle connut une crise en tant que doctrine et en tant qu'institution, mais elle n'y succomba pas (**titre 2**).

A la faveur de l'universalisation des droits intellectuels, l'idée de propriété redevint usuelle, moins dogmatique qu'au XVIII^{ème} siècle, comme lavée de ses défauts par cette période de purgatoire. Malgré le renouvellement des modèles théoriques proposés au droit intellectuel, les usages nationaux s'établirent, au point que l'on peut parler de traditions (**titre 3**).

Titre 1 : Le modèle de la propriété dans la naissance des droits intellectuels modernes

Titre 2 : Le modèle de la propriété dans la crise et la résistance du droit intellectuel au XIX^{ème} siècle

Titre 3 : Traditions et renouveaux au XX^{ème} siècle

TITRE 1 : LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ DANS LA NAISSANCE DES DROITS INTELLECTUELS MODERNES

60. Les premiers textes de type moderne. La période historique où l'idée de propriété eut sa plus grande influence fut celle de l'adoption des premiers textes de type moderne.

Auparavant, les structures collectives du travail et le caractère précaire des privilèges royaux empêchaient le développement de droits individuels. Les œuvres et inventions étaient vues comme des sources de revenus attribuables par faveur plutôt que comme des produits de l'esprit. Au cours de cette période furent adoptés les premiers textes qui voyaient les œuvres et les inventions comme des biens et reconnaissaient dessus, à quiconque remplissait des conditions abstraitement prédéfinies, une prérogative individuelle, voire un droit subjectif d'ordre privé. C'est l'époque la plus lointaine à laquelle on puisse remonter tout en demeurant dans l'histoire du droit moderne.

61. Diversité chronologique. Selon le bien concerné et selon le pays étudié, ces premiers textes modernes s'étalèrent entre le début du XVII^{ème} siècle et le milieu du XIX^{ème}. Il y eut autant de points de rupture qu'il existe de biens intellectuels dans les trois pays étudiés. Chaque type de droit, dans chaque pays, suivit l'évolution commune de la matière à un rythme propre.

62. Unité intellectuelle. Malgré cette diversité chronologique, l'étude de la période tire son unité de sa cohérence thématique et doctrinale. Son apport fut l'acceptation de l'existence des biens intellectuels, de leur lien originel à leur créateur et de la nature subjective et privée du droit qui consacre ce lien. La structure des droits intellectuels modernes se dessinait déjà. Les caractéristiques des droits de type moderne sont leur nature privée (et non pas pénale ou

publique), leur prédétermination par des textes généraux et égalitaires et leur structure bipolaire, tendue entre un titulaire individuel et une chose.

63. Les rôles de l'idée de propriété. Il est souvent dit que l'idée de propriété joua à ce moment un rôle moteur, en fournissant à ces nouveaux droits à la fois un slogan, un appareil dogmatique et un modèle technique. Elle tint certainement ce rôle, mais en tint bien d'autres encore, qui intéressèrent moins l'historiographie. Elle était notamment déjà présente dans l'ancien droit et dans certains privilèges, tirant ainsi un trait d'union entre droits ancien et moderne. Elle était, au contraire, totalement absente des textes anglais les plus précoces et les plus audacieux, qui lui étaient soit indifférents, soit expressément hostiles. Comment expliquer la telle multiplicité des rôles joués par un concept pourtant donné comme monolithique ? Et comment expliquer que seul son rôle de slogan soit passé à la postérité?

64. Plan. Dans un premier chapitre, nous ferons, à la manière des scènes d'exposition dans les pièces théâtrales, la présentation de la situation de départ : le droit ancien et les caractéristiques qui en empêchaient le passage à la modernité ; ce sera la préhistoire des droits intellectuels. Notre second chapitre analysera, sous l'angle historique et politique, les premiers textes modernes et les doctrines qui les influençaient. Le troisième descendra de la politique à la technique et identifiera dans tous ces textes, quelle que soit leur inspiration, ce que furent les premières caractéristiques techniques de la modernité.

Chapitre 1

-

La préhistoire des droits intellectuels

65. La préhistoire du droit intellectuel moderne. Pour bien comprendre ce qui définit le droit actuel des biens intellectuels, il faut au préalable en étudier la préhistoire, par rapport à laquelle ils se définirent tantôt en continuité, tantôt en rupture. Ce chapitre concerne l'état du droit avant les premiers textes modernes, c'est-à-dire aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles. Les idées libérales, rationalistes et mercantilistes étaient déjà en plein essor, mais les meilleures tentatives de modernisation furent brisées et les principes qui maintenaient le droit dans sa forme ancienne furent préservés.

66. Les traits caractéristiques de la préhistoire. Quels sont donc ces principes, qui, malgré l'évolution des idées et la modernisation de la société, faisaient perdurer les anciennes structures juridiques ? Quelle forme y prenait donc l'idée de *propriété* sur les biens intellectuels, qui ne puisse être considérée comme moderne?

67. Plan. Nous étudierons ici l'évolution vers la modernité des trois institutions juridiques que l'on trouve à la racine de l'arbre généalogique des droits intellectuels. De plus en plus proches de l'idée de propriété intellectuelle et méritant à ce titre des développements de plus en plus précis, il s'agit des monopoles collectifs des corporations (section 1), des privilèges individuels (section 2) et de la propriété éditoriale (section 3).

Section 1 : Les monopoles des corporations

68. Les corporations. Institutions centrales des sociétés médiévales, les corporations de métiers régissaient le commerce et l'industrie à partir d'époques très reculées, dans la plupart des pays européens. Elles regroupaient tous les commerçants ou artisans d'une spécialité, les agréaient et formaient leurs successeurs. Apparues afin d'organiser la transmission des compétences et de garantir la qualité des fabrications, elles eurent finalement l'effet funeste d'alourdir l'activité commerciale : les candidats étaient soumis à des conditions d'apprentissage dissuasives et les corporations se livraient entre elles de vives batailles judiciaires.

Elles proliférèrent pourtant, faisant de subtiles distinctions entre professions aux noms fantaisistes, voire alléchants : ainsi existaient, en France, autour de 1700, les « conseillers du roi contrôleurs aux empilements de bois » et les « essayeurs de beurre salé »[85]. La *Stationers' Company*, en Angleterre, appointée en 1556 par une Charte de la Reine Elizabeth, en est un autre exemple[86]. Les Princes les définissaient, leur donnaient un privilège et recevaient le prix financier de leur faveur. Ces formalités accomplies, les corporations détenaient collectivement le monopole de l'exercice de leur spécialité.

69. Les inventions et les marques. Les inventions faites en leur sein profitaient à la collectivité et les inventeurs ne recevaient aucune distinction particulière[87]. Parfois même, loin d'être récompensés pour leur invention, ils étaient contraints à l'émigration[88].

Dans ce contexte coexistaient des marques collectives et des marques individuelles[89]. Toutes étaient justifiées par le souci de garantir aux acheteurs la qualité de leur acquisition, ce qui explique qu'elles étaient parfois obligatoires[90]. Les premières, à l'image de nos actuelles

---

85 A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, 3ème éd., Guillaumin & Cie, 1865, bibliographie, n° 67, p. 44-58.

86 Voir plus bas, section 3 § 75. Pour une présentation en français des corporations anglaises, voir A.-C. Renouard, *ibidem*, p. 78-83.

87 M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht im 19. Jahrhundert*, Université de Sarrebruck, 2001, bibliographie, n° 218, p. 10 : « en général, les inventions de membres particuliers d'une corporation étaient considérées comme biens communs de celle-ci », sauf récompenses individuelles, comme en Prusse les *Geldprämien* : W. Bernhardt et R. Kraßer, *Patentrecht*, 6ème éd., Beck, 2009, bibliographie, n° 102, p. 61 s.

88 Le rapport de de Boufflers, présentant à l'Assemblée nationale, en 1791, ce qui sera la première loi française moderne sur les inventions, fit de ces cas une longue énumération : rapport rendu à l'Assemblée nationale le 30 décembre 1790, « Sur la propriété des auteurs de nouvelles découvertes et inventions en tous genres d'industrie », bibliographie, n ° 397.

89 A. Darras, *Nouveau traité sur les marques de fabrique et de commerce*, Maréchal, Arras, 1885, bibliographie, n° 47, p. II et s.

90 Voir notamment, en Prusse, la loi sur les marques de fabriques des produits du fer (*Gesetz über Fabrikzeichen auf Stabeisen* de 1818), sur laquelle, voir E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz und Markenrecht –*

marques collectives, garantissaient le respect des règles de fabrication. Certaines n'avaient pour objet que de certifier la provenance nationale des marchandises. Leur diversité et leur caractère concret marquaient les textes de l'époque à ce sujet[91].

70. Les tentatives de réforme. Les puissantes corporations furent la cible de plusieurs attaques des parlements, des tribunaux et des monarques. Un de leurs premiers revers leur fut infligé par la libertaire Angleterre du XVII[ème] siècle, où le *King's Bench*, en 1614, jugea que :

> « *the law does abhor idleness (...); and therefore the law abhors all monopolies* », « *for these are against the common law and the liberty of the subject* »[92].

Plus d'un siècle plus tard, l'année 1776 vit, en France, une tentative du ministre Turgot de supprimer les jurandes ; mais leur puissance l'emporta sur l'attrait de la liberté. Le long préambule de cet édit de brève durée déclarait :

> « Nous devons (...) protection à cette classe d'hommes qui, n'ayant de propriété que leur travail et leur industrie, ont d'autant plus le besoin et le droit d'employer dans toute leur étendue les seules ressources qu'ils aient pour subsister ». « Nous avons vu avec peine les atteintes multipliées qu'ont données à ce droit naturel et commun des institutions [les communautés de métiers]… » Puis : « le gouvernement s'accoutuma à se faire une ressource de finance des taxes imposées sur ces communautés et de la multiplication de leurs privilèges »[93].

On relève encore, en 1804, une loi bavaroise qui les assouplit sans oser les abolir[94].

71. Conclusion. Les privilèges particuliers opposaient aux corporations une logique individuelle : bien que monopoles octroyés par le souverain selon des critères souvent instables, ils étaient tout de même des lois privées, opposables aux règlements collectifs des corporations, autant d' « affranchissements », qui « offensaient l'égalité, mais préparaient la liberté »[95]. Dans cette mesure, les privilèges individuels doivent donc figurer dans l'arbre généalogique des droits subjectifs sur les biens intellectuels.

Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, Duncker & Humblot, Berlin, bibliographie, n° 121, p. 92.

91 E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 6[ème] éd., Marchal et Godde, Paris, 1912, bibliographie, n° 64, p. 7 : « Presque tous, sinon tous, ont pour caratère commun de ne jamais prévoir que des faits spéciaux, particuliers, commis dans une industrie déterminée... »

92 Affaire *Clothworkers of Ispwich*, rapport du président de la Cour (*Chief justice of the Bench*) publié par St. Sheppard, *The selected writings of Sir Edward Coke*, Liberty fund, Indianapolis, Indiana, 2003, bibliographie, n° 295, p. 392 et s.

93 Nous soulignons. Cité par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 67, p.53, et reproduit au *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* (tome 23, Jourdan, Isambert, Decrusy, Ed. Belin-Leprieur, Paris, 1826, bibliographie, n° 12, p. 378). L'édit fut passé en février, et rapporté en août!

94 M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*…, précité, bibliographie, n° 218, p. 36.

95 A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'inventions*, précité, bibliographie, n° 67, p. 63-65. Sur l'opposition *ius singulares* - *ius commune* : H. Monhaupt, « *Erteilung und Widerruf von Privilegien nach der gemeinrechtlichen Lehre vom 16. bis 19. Jahrhundert* », in B. Dölemeyer et H. Monhaupt, *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Klostermann, 1997, tome 1, p. 93-122, bibliographie, n° 276, à la p. 96.

Section 2 : Les privilèges individuels

72. L'évolution des privilèges. Les privilèges différaient encore profondément des droits modernes : de durée variable, ils pouvaient atteindre la perpétuité, mais demeuraient révocables ; ils n'étaient pas accordés qu'à des inventeurs[96], mais aussi à des exploitants, des manufacturiers, ou simplement à toute personne jouissant de la faveur royale[97]. À l'état pur, originel, c'était un jouet royal, à vocation fiscaliste ou politique. Cette attribution au cas par cas, sans système, est ce que Roubier a appelé leur « caractère concret »[98], par opposition à la nature générale et abstraite de la loi.

Il apparut ensuite que le privilège pouvait être l'instrument d'un développement économique national dirigé. Il devint alors l'outil du bien national. Le mercantilisme, doctrine économique en vogue au XVII^{ème} siècle, en France notamment, fut l'une des premières formes du capitalisme : il exhortait à l'accumulation des richesses au niveau étatique. Il prit, en France, les traits du colbertisme[99] et se développa un peu plus tard en Allemagne, quand les Ducs et Princes, pour stimuler l'économie, promettaient des privilèges aux introducteurs de nouveaux commerces[100]. Aucun droit au privilège n'était alors reconnu à l'inventeur : un examen préalable vérifiait non seulement la nouveauté de l'invention, mais encore son utilité et l'opportunité de sa réservation[101]. Le privilège était plus volontiers accordé aux nouvelles

---

96 En France, par exemple, des lettres de 1597 étendirent le privilège de deux verriers, en louant, dans leur préambule, leur souci de rechercher la perfection technique et d'innover. En 1563, le Prince de Saxe octroya un monopole de huit ans sur une pompe à eau à ceux qui l'avaient inventée « au prix de réflexions et expérimentations quotidiennes et assidues » (« *durch teglich vleissig nachsinnen und ubung* », M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*…, précité, bibliographie, n° 218, p. 12).

97 A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 67, p. 66-67 : par une lettre du Roi de 1674, il fut par exemple « accordé et fait don du privilège et faculté de faire des âtres à fourneaux, fours et cheminées d'une nouvelle invention » à une dame qu'il voulait « gratifier et traiter honorablement », mais dont les compétences techniques étaient probablement plus légères que celles de l'inventeur dépossédé.

98 P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, Sirey, 1952, bibliographie, n° 66, p. 65.

99 A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques – Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, bibliographie, n° 43, p. 24. Colbert écrivit aux échevins de Lyon : « les habitants de cette ville feraient bien de considérer les faveurs dont leur industrie est l'objet comme des béquilles à l'aide desquelles ils devraient se mettre en mesure de marcher le plus tôt possible, et que mon intention est de les leur retirer ensuite. »

100 M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*…, précité, bibliographie, n° 218, p. 18 et s.

101 Voir Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'État et l'invention – Histoire des brevets*, La Documentation française, 1986, bibliographie, n° 60, p. 40. Sur l'examen pratiqué par l'Académie des Sciences, fondée en 1766 par Colbert : A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques.*…, précité, bibliographie, n° 43, p. 25. M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*…, précité, bibliographie, n° 218, p. 33 et s. : le *Publikandum* prussien de 1815 définissait encore le privilège comme une faveur royale ; même chose dans la constitution wurtembergeoise de 1819 et l'ordonnance spéciale de 1824. Voir également J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, Mannheim, 1908, bibliographie, n° 113, p. 22 et s., et H. Hubmann et H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, C. H. Beck, 2007, bibliographie, n° 107, p. 13 et s.

entreprises exploitant l'invention qu'à l'inventeur, auquel parfois une simple récompense était versée.

Le privilège individuel existait également en matière littéraire[102] : en Allemagne et en France, où le marché du livre n'était pas aussi structuré qu'en Angleterre, des privilèges étaient tantôt accordés aux auteurs, tantôt aux éditeurs. En France, le Conseil du Roi leur imposa, au cours du XVIII^{ème} siècle, une réglementation qui les rapprocha de l'idée de propriété. En Allemagne, l'éclatement territorial et politique retarda la progression du droit et y maintint le système des privilèges, sur les livres comme sur les inventions, jusqu'au cours du XIX^{ème} siècle[103].

73. Les privilèges de Goethe. Une anecdote fameuse illustre bien la situation des auteurs allemands à cette époque. En mars 1825, plus d'un siècle après le Statut d'Anne en Angleterre et trente ans après la tonitruante proclamation de la propriété littéraire par la France, Goethe, constatant qu'aucun droit uniforme allemand ne sera mis en place avant longtemps, requit de l'Assemblée fédérale, pour toutes ses œuvres, un privilège qui vaudrait pour tout le territoire de la Confédération germanique[104]. N'ayant pas le pouvoir d'accorder des privilèges, l'Assemblée ne put que faire pression auprès des gouvernements des États, pour que chacun en accorde un. Avec trente-neuf privilèges locaux ainsi additionnés, Goethe voyait enfin ses œuvres protégées. Mais, en 1827, un éditeur qui avait requis de la même Assemblée le même service se le vit refuser, au motif qu'il était réservé à Goethe en hommage à ses grands mérites[105].

L'anecdote nous conduit déjà à la question des œuvres littéraires, où l'idée de propriété commença à se développer dès l'ancien droit, mais sous une forme incompatible avec les principes du droit subjectif moderne.

---

102 Voir *infra*, § 74 et s.

103 L. Gieseke, *Die geschischtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Otto Schwartz & Co, 1957, bibliographie, n° 220, p. 124 : le Wurtemberg, par rescrit de 1815, reconduisit sur son territoire le système des privilèges : ils étaient accordés cas par cas, sur requête particulière, à un auteur national, étranger, ou à un imprimeur, pour au minimum six ans renouvelables. Le but de cette nouvelle régulation était de « concilier l'intérêt des auteurs, qui publient leurs écrits soit eux-mêmes, soit par le biais d'un tiers, l'intérêt de nos sujets, à savoir l'élévation intellectuelle, et la liberté commerciale qui leur est reconnue ». Du même auteur : *Vom Privileg zum Urheberrecht*, Schwarz, 1995, bibliographie, n° 221. Voir également Th. Gergen, *Die Nachdruckprivilegienpraxis Württembergs im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für das Urheberrecht im Deutschen Bund*, Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtsgeschichte, vol. 137, 2007, bibliographie, n° 219 et *Zum Urheberrecht Hannovers im 18. und 19. Jahrhundert, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 125, p. 181-198, bibliographie, n° 340.

104 La Confédération (*Deutscher Bund*) succéda au Saint Empire Romain Germanique, et précéda l'Empire allemand. Elle regroupait les États germanophones entre 1815 et 1866, et son organe politique central était le *Bundestag* de Francfort.

105 M. Rehbinder, « *150 Jahre moderne Urheberrechtsgesetzgebung in Deutschland* », *Zeitschrift für Urheberrecht und Medienrecht* (*ZUM*), 1989, p. 328, bibliographie, n° 353.

Section 3 : La propriété éditoriale

74. Nous nous proposons d'examiner plus précisément le droit des œuvres, car c'est en lui que se développa le mieux une propriété prémoderne. Le marché éditorial anglais du XVIII[ème] siècle donne un frappant exemple du régime corporatif et de l'idée de propriété éditoriale. La puissance de la *Stationers' Company* et la rigidité de ses principes en étaient une manifestation extrême (A). L'édition française, moins centralisée, n'en permettait qu'une forme atténuée (B), mais l'Allemagne non unifiée, dans sa diversité, connut également des formes de propriété corporative (C).

A) La propriété éditoriale anglaise

75. Le règne des *Stationers.* En Angleterre, la technique de l'imprimerie était un « *Mystery or Art* »[106] détenu par la redoutable et très fermée *Company of Stationers*[107], établie par la Charte de 1556. À l'auteur lui-même, il était interdit d'imprimer son œuvre. Il devait donc vendre sa *copy* et le droit de l'éditer à un membre de la *Company*, basée à Londres et seule autorisée à manier la presse. Plus qu'un simple élément du fonds de commerce éditorial, la *copy* était l'objet d'une véritable propriété héréditaire, d'un *estate*, et entrait en cette qualité dans le patrimoine familial de l'éditeur[108].

Bien établis dans l'usage et la structure commerciale de leur époque, ces principes souffraient toutefois de fondements précaires[109]. Successivement abandonnés par la Chambre

---

106 Modeste désignation de leur technique par les *Stationers* eux-mêmes, dans le *bye-law* de 1681, dont verrons plus bas les circonstances. On y trouve la définition la plus claire du droit des éditeurs, et pour cause : les éditeurs eux-mêmes l'ont rédigée. C'est pourquoi nous le citons déjà, commençant ainsi par la fin. Il est reproduit par A. Birrell, *Seven lectures on the law and history of copyright in books*, éd. Augustus M. Kelly, 1899, rééd. Rothman,1971, bibliographie, n° 239, p. 78.

107 Pour une présentation documentée de l'histoire, de la composition et du droit de la compagnie, lire J. Feather, *A history of British publishing*, Routledge, 1988, rééd. 1991, bibliographie, n° 246, p. 29-42.

108 *Bye-law* de 1681, cité note 106 : « *Several members of this company have great parts of their estates in copies, and by ancient usage of this company when any book or copy is duly entered in the register-book of this company to any member or members of this company, such person to whom such entry is made is and always has been reputed and taken to be the proprietor of such book or copy, and ought to have the sole printing thereof…*» Nous avons souligné les termes patrimoniaux, et nous nous sommes permis, pour en faciliter la lecture, d'ajouter quelques virgules.

109 Étrangers à la *common law* du Royaume, ils ressortirent d'abord de la jurisprudence de la *Star Chamber* de si mauvaise réputation (la compétence de la Chambre Étoilée (1487-1641) se composait des cas de rébellion politique et de trahison). Cette chambre codifia ses propres pratiques en 1637 dans le *Star Chamber Decree*. Rien dans cette jurisprudence n'évoquait le droit des auteurs. A. Birrel, *Seven lectures*…, précité, bibliographie, n° 245, p. 59 : « *Heresy, libel, infringement of letters patents and of the rights of the King's printer, and of other licensees, examples of these are to be found, but of the author in pursuit of his rights as an author, the oracle is dumb.* » Après les guerres civiles des années 1640, l'abolition de la Chambre Étoilée et l'expiration de son code, les droits des éditeurs trouvèrent leur source dans une série de *Licensing*

Étoilée puis par le Parlement, les *Stationers* promulguèrent des arrêtés internes : les *bye-laws* cités plus haut, insistant sur le lexique de la propriété. Applicables à leurs seuls membres, ils étaient déjà le chant du cygne du système des privilèges d'imprimerie, des autoproclamations de leur propre droit. Les *Stationers* se tournèrent donc vers le Parlement, pour lui demander l'adoption d'un nouveau *Bill* ; cette initiative aboutira au *Statute of Ann*[110].

76. La jurisprudence. Durant les mêmes années, quelques affaires furent portées devant la juridiction anglaise suprême, la Chambre des lords. Entre 1666 et 1668, à trois reprises, le droit des *Stationers* fut mis au défi par des éditeurs non membres de la *Company*, ayant acquis auprès de l'auteur le droit de propriété du manuscrit. À chaque fois, la Chambre a considéré le « *patent* », prérogative royale, comme supérieur au droit de propriété acquis auprès de l'auteur ; celui-ci existait bel et bien, mais devait s'incliner devant le brevet royal[111].

B) La propriété éditoriale française

77. L'absence de structure corporative. Au milieu du XVI[ème] siècle, quand l'Angleterre établissait la *Stationers' Company* à Londres, la « liberté publique »[112] d'impression, en France, demeurait le principe. Certes, on ne pouvait rien publier sans l'autorisation de la censure ; mais cette autorisation ne donnait aucun monopole[113], ce qui interdisait de parler de « propriété éditoriale ». Il n'était pas exclu, néanmoins, que le privilège soit parfois accordé à

Orders du Parlement (textes mis en ligne par la Fondation d'histoire du Parlement (*History of Parliament Trust*), *British history online* (publication de textes historiques anglais) à l'adresse : <http://www.british-history.ac.uk>, bibliographie, n° 403). L'obligation faite aux éditeurs de ne rien publier sans le nom de l'auteur n'était qu'une règle de responsabilité visant à identifier les responsables d'un écrit séditieux, plutôt qu'une reconnaissance de paternité. Le dernier *order* expira en 1694, après la *Glorious bloodless revolution* de 1688-89.

110 Voir *infra*, § 97 et s.

111 *Stationers' Company v. Seymour*, 1667, *Stationers v. Patentees*, 1666 et *Streater v. Roper*, 1668. Ces trois cas sont recensés et exposés par M. Rose, *Authors and owners*, Harvard University Press, 1993, bibliographie, n° 249, p. 23-25).

112 Expression employée en 1579 par le procureur du Roi Barnabé Brisson (*Recueil de plaidoyez notables*…, Paris, 1644, p. 512), cité par L. Pfister, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? : Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *BBF (Bulletin des Bibliothèques de France)*, 2006, n° 5, bibliographie, n° 319, publié à l'adresse : <http://bbf.enssib.fr>, p. 5-13. M. Pfister cite également le Statut des Libraires parisiens, qui, en 1316 posait que « nul libraire ne peut refuser un exemplaire à celui qui voudra en faire une copie », consolidant ainsi une tradition de libre copie des livres, que l'imprimerie n'abolit pas immédiatement.

113 Voir l'ordonnance rendue en 1521 par François I[er], puis la fameuse ordonnance de Moulins de 1566. Sur la distinction entre censure et privilèges, *cf.* E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation*, Marchal et Billard, Paris, 1[ère] éd., 1879, bibliographie, n° 40, p. 6. Sur la naissance du privilège d'impression, ses circonstances et sa portée, *cf.* L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?, La formation du droit d'auteur du XVI[ème] siècle à la loi de 1957*, thèse, Université Schuman de Strasbourg, 1999, bibliographie, n° 202, p. 27-102. Citant Jean Papon, l'auteur précise que « les lettres de justice sont celles dues à l'impétrant en vertu de l'équité et que le prince ne peut lui refuser sans « lui faire une injure ». Quant aux « depesches de grâce », [elles procèdent] « de la grâce, libéralité et vive voix du prince » (*ibidem*, p. 55).

l'auteur[114]. Surtout, en 1586, quand la *Stationers' Company* anglaise connaissait un âge d'or, il fut plaidé en France, avec succès, que l'auteur était propriétaire de ses œuvres au détriment des éditeurs :

> « L'auteur d'un livre en est du tout maître, et comme tel, peut en librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée, ainsi qu'un esclave, ou l'émanciper, en lui concédant la liberté commune... »[115]

78. L'apparition de l'auteur. C'est au XVIII[ème] siècle, avec le règlement du Conseil du 23 février 1723, portant Code de la librairie[116], que les éditeurs et imprimeurs parisiens approchèrent au plus près d'un pouvoir équivalent à celui des *Stationers*[117]. Mais il manquait encore à cet état enviable la certitude d'un droit autonome et non plus précairement tenu du Roi. L'étape fut presque franchie au cours de la fameuse querelle des libraires, où les libraires privilégiés de Paris voulurent faire cesser la concurrence des libraires provinciaux, qui n'étaient ni privilégiés, ni même autorisés. Selon l'argumentaire de leur avocat[118], divergeant

---

114 Olagnier, *Le droit d'auteur*, LGDJ, 1934, tome 1, bibliographie, n° 55, p. 150-151 et M. Boutet, « Le droit d'auteur au XVI[ème], Réflexion », *RIDA* n°3, avril 1954, bibliographie, n° 301, p. 108. En 1545, François I[er] accorda à Rabelais un privilège de six ans pour les deux premiers volumes de Pantagruel, mais cela n'était encore que « congé, licence et permission » donnés au « suppliant ». Pour un exemple plus ancien encore (1517), *cf.* E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 40, p. 6.

115 « ...[E]t la lui accorder, ou pure et simple sans rien y retenir, ou bien à la réservation, par une espèce de droit de patronage, qu'autre que lui ne pourra l'imprimer qu'après quelques temps. Qui est, en effet, un contrat exempt de nom propre, et obligation de çà et de là, parce qu'il a sa cause également juste de chacun côté ; l'un ne voulant donner au public ce qui lui appartient en particulier si, en récompense, le public ne lui donne cette prérogative, et ainsi au contraire. Ce qui rend nulles les lettres impétrées du Roi [en faveur du défendeur]... ». Sur cette plaidoirie de l'avocat Simon Marion, le Conseil du Roi annula un privilège accordé à un imprimeur sur un ouvrage composé par un auteur décédé (il s'agissait d'un ouvrage de Sénèque, annoté par l'érudit humaniste Marc-Antoine Muret) – rapporté par A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts*, tome 1, 1838, bibliographie, n° 41, p. 113-114.

116 Il fut comparé à un « tableau raccourci de toutes les dispositions de tous les anciens règlements », par l'avocat général au Conseil du Roi : A. L. Séguier, dans son compte rendu en 1779 sur les règlements de 1777, que nous verrons plus bas, reproduit par E. Laboulaye et G. Giffrey, *La propriété littéraire au XVIIIème siècle, La propriété littéraire au XVIIIème siècle, Recueil et pièces de documents*, Paris Hachette 1859, bibliographie, n° 193, p. 565-569.

117 Ce règlement leur donna (titre 1) le monopole de l'imprimerie et en exclua les auteurs, les constitua en communauté « franche, quitte et exempte de toute contribution », les soumit à la compétence exclusive du Conseil du Roi, et les concentra dans certains quartiers dédiés de Paris (règlement reproduit dans le *Recueil général des anciennes lois françaises…*, précité, bibliographie, n° 11, tome 21, p. 217 et s. Voir aussi A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur…*, bibliographie, n° 41, p. 156).

118 Au soutien de leur requête, adressée en 1725 au Garde des Sceaux, ils produisirent le désormais célèbre mémoire de l'avocat général Louis d'Héricourt. Pouillet relate que « ce mémoire parut si hardi pour le temps (1725), que Jacques Vincent, qui l'avait imprimé, fut obligé de se cacher » : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 40, p. 9-10. Voir également A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 41, p. 156-157.

ici de la logique des *Stationers*, le droit prenait source, non plus dans la grâce du Roi, mais dans le droit naturel de propriété de l'auteur[119] :

> « Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit (…) et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage, lui et ses descendants, comme d'une terre ou d'une maison qu'il aurait acquise, parce que l'acquisition d'un héritage ne diffère en rien de l'acquisition d'un manuscrit. »
>
> « Le Roi, n'ayant aucun droit sur les ouvrages des auteurs, ne peut les transmettre à personne sans le consentement de ceux qui s'en trouvent les légitimes propriétaires. (…) Il ne doit y avoir aucun doute que les privilèges (…) ne peuvent être considérés que comme des approbations authentiques. »[120]

L'idée de la propriété perpétuelle de l'auteur retint la faveur du Conseil du Roi, mais celle de la cession totale de cette propriété à l'éditeur eut nettement moins de succès. La série d'arrêts qui suivit dans diverses affaires retint la première, mais atténua la seconde[121]. Même avant la fin des systèmes de privilèges, la propriété éditoriale, en France, n'a donc jamais été aussi forte qu'en Angleterre.

C) La propriété éditoriale en Allemagne

79. La *Verlagseigentum.* Dès le XVI[ème] siècle, certains éditeurs allemands revendiquaient une reconnaissance générale de leur droit, que les privilèges ne protégeaient qu'occasionnellement[122]. Le fait générateur de cette *Verlagseigentum* (propriété éditoriale)

---

119 L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?…*, précité, bibliographie, n° 202, p. 142. La question juridique était la suivante : « sur quel droit peut être fondée l'opposition au privilège royal pour en obtenir l'annulation ? ».

120 Le mémoire est largement cité par A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 41, tome 1, p. 157-160 et par M. C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, bibliographie, n° 185, p. 116-117. Il fut ensuite repris textuellement par des requêtes suivantes, dont celle adressée par les libraires de Paris contre les libraires de province, citée par M.-C. Dock (*ibid.*, p. 122) et par celui de Diderot en 1767 (cité par A. C. Renouard, *Traité des droits d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 41, p.162 et s.).

121 Les arrêts sont relatés par A.-C. Renouard, *ibid.*, p. 161 et s. Lors des deux affaires Crébillon de 1749 et 1752, l'auteur obtint la mainlevée de saisies opérées sur les sommes, considérées comme insaisissables, que lui devaient les éditeurs et les comédiens ainsi qu'un privilège sur ses propres œuvres, par préférence aux éditeurs auxquels il les avait antérieurement cédées, mais dont le privilège était expiré. Dans l'affaire Jean de la Fontaine, en 1761, le Conseil du Roi accorda aux petites-filles de La Fontaine la permission de publier les Fables de leur aïeul pendant quinze ans malgré le privilège des éditeurs, dont la validité était au surplus contestée. Dans l'affaire Fénelon, en 1777, le Conseil du Roi annula la continuation du privilège de l'éditeur obtenu sans le consentement des héritiers de l'auteur. Voir également P. Olagnier, *Le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 55, p. 104. Voir également L. Pfister, *L'auteur, propriétaire… ?*, précité, bibliographie, n° 202, p. 311 s. Voir encore M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 185, p. 115 et s. Mme Dock conclut qu' « à cette époque, le droit des auteurs était donc déjà reconnu en fait, sinon en droit » (p. 121), et M. Rideau, que : « si l'idée de l'auteur propriétaire se trouvait en mesure d'influencer la justice, ses décisions ne furent toutefois pas (...) favorables aux libraires » (F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, PUAM 2004, bibliographie, n° 207, p. 200).

122 M. Vogel, *Deutsche Urheber- und Verlagsrechtsgeschischte zwischen 1450 und 1850*, Buchhändler-Vereinigung GMBH, Frankfurt am Main, 1978, bibliographie, n° 231, p. 77-78 ; L. Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung…*, précité, bibliographie, n° 220, p. 31-33 ; W. Bappert, *Wege zum*

aurait été la première édition et non pas l'octroi d'un privilège, qui ne faisait que lui donner protection et devait succomber devant la preuve d'une édition antérieure par un tiers. Ainsi fut-il plaidé, en 1535, que le premier éditeur devait prévaloir sur l'éditeur privilégié[123].

De même, elle était justifiée par les coûts d'édition bien plus que par l'achat du manuscrit de l'auteur, ce qui créait entre la propriété littéraire et la propriété éditoriale une différence de nature : la première était fondée sur un fait intellectuel et la seconde, sur un fait industriel. Du XVI^{ème} au XVIII^{ème} siècle, une série d'ordonnances fut promulguée selon cette idée, posant non plus des protections particulières, mais des interdictions générales de la réimpression[124]. Les auteurs eux-mêmes pouvaient recevoir des privilèges d'édition, encore fondés sur le travail d'impression plutôt que sur le travail intellectuel de création[125]. Cette conception était encore très répandue au XVIII^{ème} siècle, alors même que se développait, parallèlement, la théorie de la propriété littéraire[126].

Urheberrecht – Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens, Klostermann, Frankfurt am Main, 1962, bibliographie, n° 83, p. 219 et s. et p. 251 et s.

123 *Hüttorp v. Hieronymus Froben*, 1535, citée par W. Bappert, *ibid.*, p. 221. Après la publication de l'ouvrage par un éditeur, le privilège attaqué avait été accordé à un concurrent.

124 Bappert en fait une liste : *ibid*., p. 223, note 175. M. Vogel, *Deutsche Urheber*…, précité, bibliographie, n° 231, p. 36 : les préambules des ordonnances de Francfort de 1588 et 1598 précisaient que la première édition donne à l'éditeur le droit exclusif de continuer, « quand bien même [il] aurait imprimé un tel livre sans avoir de privilège, et qu'un tiers en ait ensuite obtenu un sur le même livre ».

125 W. Bappert, « *Wider und für den Urhebergeist des Privilegienzeitalter* », éd. spéciale *GRUR*, 1961, cahiers 9, 10, et 11 réunis, bibliographie, n° 332, spéc. p. 8-11 ; M. Vogel, *Deutsche Urheber*…, précité, bibliographie, n° 231, p. 21.

126 Voir *infra*, § 95 et s.

Conclusion du chapitre 1

80. Les principes du droit prémoderne. Structure corporatiste et monopoles utilisés comme outils économiques : un tel contexte industriel était hostile à un droit moderne sur les biens intellectuels. Ni l'idée de propriété, ni même celle de droit subjectif ne pouvaient s'épanouir dans un système industriel collectif et dirigé, où le Roi était source de tout droit. Les conditions respectives des œuvres, des dessins de manufacture, des marques de fabrique et des inventions étaient très différentes ; ils n'étaient même pas toujours traités comme des objets de droit. Les structures collectives de l'industrie et du commerce perdurèrent malgré l'essor des idées de liberté du commerce. Quand des droits étaient reconnus sur des biens intellectuels, ils avaient l'acte étatique pour origine, et non pas l'acte individuel de création, et étaient bien souvent attribués à un autre que le créateur. Tels sont les principes qui retenaient le droit intellectuel en phase prémoderne.

Les premiers textes modernes rompirent avec cette logique.

Chapitre 2

-

Les premiers textes modernes et leur doctrine

81. La rupture. Selon le bien concerné et le pays considéré, les premiers textes modernes s'étalèrent du début du XVII^{ème} siècle (premier texte anglais moderne sur les inventions) à la fin du XIX^{ème} (dernières lois allemandes). Bien qu'encore très imparfaits, tous avaient en commun de briser les structures de l'ancien système et d'y substituer un nouvel équilibre juridique, fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie et sur la reconnaissance, sur les créations intellectuelles, d'un droit réel privé.

82. Propriété et liberté. L'articulation entre liberté et propriété ou, du moins, entre liberté et monopole, variait toutefois radicalement d'un texte à l'autre. La propriété était tantôt l'ennemie de la liberté, tantôt sa première condition. Elle se posait ici dans la continuité des anciens privilèges et là, en droit inédit qui aurait été longtemps et injustement méconnu. Comment l'idée de propriété a-t-elle pu revêtir de si multiples visages ?

83. Plan. Par ordre d'intensité de la rupture avec l'ancien système, nous étudierons les trois modèles théoriques ayant inspiré les premiers textes modernes. Il s'agira tout d'abord des privilèges d'invention pour les brevets modernes (section 1), puis de l'ancienne propriété éditoriale transférée aux auteurs (section 2) et, enfin, de l'apparition de propriétés industrielles radicalement nouvelles (section 3).

Section 1 : L'évolution des privilèges

84. Sensibles à l'évolution des idées économiques et politiques, les privilèges se dotèrent presque partout de règles générales et égalitaires, acquirent de plus en plus d'objectivité, se fondirent dans la logique du bien national et, à la fin du XIX^{ème} siècle, ressemblaient fort au droit subjectif réel.

85. Plan. Le texte qui déclencha cette évolution fut le *Statute of Monopolies* anglais : il recelait la plupart des idées qui, en la matière, occuperaient les juristes pour plusieurs siècles (A). Il exerça son influence sur le droit français (B) et sur le droit allemand (C).

A) Le *Statute of Monopolies*, matrice de l'évolution des privilèges

86. Le premier État à proclamer la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, et à en anéantir les entraves, fut l'Angleterre.

87. Le *Case of Monopolies.* En 1602 éclata l'affaire *Darcy v. Allein*, dite le *Case of Monopolies*[127], où tout monopole fut jugé « *against the Common Law, and the benefit and liberty of the subject* », car nul ne saurait être « *restrained to use any trade but by Parliament* »[128]. On retiendra de cette affaire la possibilité qu'eut le juge de mettre le *Statute* royal en accusation, de l'annuler et de poser le principe général qu'aucune liberté ne pouvait être restreinte si ce n'était par le parlement. L'évolution du concept de brevet vers sa forme moderne ne fit toutefois qu'un petit pas : en posant le principe de la liberté du commerce, la *Court of Queen's Bench* récusa la liberté discrétionnaire royale dans l'octroi des *patents*[129] et ouvrit à ces derniers la voie du droit parlementaire, mais l'idée de propriété des inventions était encore totalement absente du débat.

---

127 … Où fut discuté le monopole accordé, sur les cartes à jouer, par charte d'Elizabeth I à Ralph Bowes, puis Edward Darcy, et mis en question par Thomas Allein.

128 Sir Coke, *Attorney general*, avait alors plaidé la cause du demandeur, avant de rejoindre le parti antimonopoliste quelques années plus tard, au moment de la préparation du *Statute of Monopolies*. Pendant toute sa carrière, il rédigea des rapports sur l'évolution du droit qui constituent aujourd'hui une source précieuse sur le droit du XVIII^{ème} siècle anglais (St. Sheppard, *The selected writings*…, précité, bibliographie, n° 295, p. 394-404).

129 En 1610, Jacques 1er publia le *Book of Bounty*, déclarant les monopoles contraires à la loi, exceptée la faculté de récompenser les inventeurs ; en réalité, il ne modifia pas sa pratique (D. I. Bainbridge, *Intellectual property*, 7ème éd., Pearson Lomgman, 2009, bibliographie, n° 134, p. 366).

88. ***Clothworkers of Ispwich.*** En 1614 fut jugée l'affaire des tailleurs d'Ispwich[130]. Le *King's Bench*, reprenant dans un premier temps les principes posés par l'affaire *Darcy*, répéta que :

> « *at the common law no man might be forbidden to work in any lawful trade, for the law does abhor idleness (…) ; and therefore the law abhors all monopolies », (...) « for these are against the freedom and liberty of the subject* »[131].

Il innove toutefois en admettant l'exception profitant aux inventeurs :

> « *But if a man has brought in a new invention and a new trade within the kingdom in peril of his life and consumption of his estate or stock, (…) or if a man has made a new discovery of anything, in such cases the King of his grace and favour in recompense of his costs and travail may grant by charter unto him that he shall only use such a trade or trafique for a certain time, because at first people of the kingdom are ignorant, and have not the knowledge and skill to use it. But when the patent is expired, the king cannot make a new grant thereof.* »[132]

89. Le *Statute of Monopolies.* Dix ans plus tard, en 1623, le Parlement se saisit de la question du contrôle des *patents* et reprit les principes de *common law* auparavant exprimés par les juges sous la forme du célèbre *Statute of Monopolies*[133]. En neuf sections, le *Statute* interdit et annula tous les monopoles passés et futurs, déclara la *common law* applicable à toute contestation, promit des dommages-intérêts à toute victime d'un monopole et énumérait des exceptions. Outre les actes du Parlement lui-même, les privilèges des juges et ceux de la ville de Londres, échappaient à l'interdiction les :

> « *letters patent and grants of privilege for the term of fourteen years or under, hereafter to be made, of the sole working or making of any manner of new manufactures within this realm, to the true and first inventor…* »[134]

La *common law*, droit des juges, y fut désignée comme droit commun en la matière, par opposition aux actes du Roi ou du Parlement, qui ne pouvaient y déroger que dans les limites

---

130 … Où régnait une corporation de tailleurs agréés par charte, et prétendant infliger à un tailleur extérieur une amende pour le non respect de son monopole.

131 St. Sheppard, *The selected writings*…, précité, bibliographie, n° 295, p. 392-393.

132 D. Young, A. Watson, S. Thorley, R. Miller, *Terrell on the Law of Patents*, 14ème éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1994, bibliographie, n° 169, p. 3.

133 21 Jacques 1, *chapter* 3 (3ème *statute* passé par Jacques 1er en sa 21ème année de règne). T. Turner, *Remarks on the right of property in mechanical inventions with remarks to registered designs*, 1847, p. 8, cité par H. J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution 1750-1852*, Manchester University Press, 1984, bibliographie, n° 245, p. 17 : « *first gem of the patent law, springing forth from the destruction of despotic privilege, like the young tree from the ruined feudal castle* ». Une version française du *Statute of Monopolies* a été publiée par Y. Plasseraud et F. Savignon, précité, bibliographie, n° 60, p. 180-183, et la version originale est consultable sur le site du Centre de droit Pierce (*Pierce Law Center*), *IP Mall* (bibliothèque électronique de livres rares en propriété intellectuelle) : <http://ipmall.info/hosted_resources/ip_antique_library.asp>, bibliographie, n° 402.

134 D. Young, A. Watson, S. Thorley, R. Miller, *Terrell on the Law of Patents*, précité, bibliographie, n° 169, p. 4.

permises. Les privilèges dont pouvaient être gratifiés les inventeurs obéissaient à des conditions générales et abstraites, mais dépendaient toujours de la vérification qu'ils étaient « *not contrary to the law nor mischievous to the state by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient* »[135]. Surtout, ils demeuraient des exceptions au principe général de la liberté du commerce et de l'industrie (le *Statute* est souvent cité comme la première loi anti-trust). Le passage du brevet à la modernité ne consista ni en sa reconnaissance, ni en son essor, mais au contraire en sa mise sous contrôle, suivant l'idée qu'une réservation au profit de l'un était une dérogation à la liberté de tous.

90. Le *Statute of Monopolies* régit le droit anglais des brevets pour plus de deux siècles. Son effet ne fut pas tout à fait immédiat : il lui fallut l'impulsion des guerres civiles de 1642-1651 entre monarchistes et parlementaristes (la *Great Rebellion*) pour sceller la fin du « *Age of Monopolies* ». La jurisprudence rendue par *le Privy Council* après adoption du *Statute* concerna surtout des questions de procédure[136].

B) L'influence du *Statute* sur le droit français

91. L'évolution des privilèges d'invention. Dès le milieu du XVIII[ème] siècle, avant la Révolution, l'idée nouvelle de liberté économique avait déjà pénétré la législation monarchique[137]. Le privilège évolua et, tout en restant privilège, se défit petit à petit de ses traits caractéristiques. Se soumettant aux théories économiques dites mercantilistes développées au XVIII[ème] siècle, il perdit de son caractère capricieux et se fixa un but d'intérêt public : développer l'industrie et le commerce extérieur. Sans pour autant devenir un droit subjectif, il échappait déjà au pouvoir du Prince et commençait à obéir à des critères objectifs.

Avant la Révolution, maintes autorités industrielles et commerciales françaises préconisaient l'adoption pure du *Statute of Monopolies*[138]. Même après le changement de

---

135 Article 6, e. P. Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual property law*, 3ème éd., Butterworth, 2001, bibliographie, n° 141, p. 6 : « *this new patent system should be seen as a deliberate act of economic policy* ».

136 E. W. Hulme, « *Privy council law and practice of letters patent for invention from the Restoration to 1794* », *Law Quarterly Review (LQR)* 33 (1917), p.63-75 et p.180-195, bibliographie, n° 382. Étaient concernées la portée de l'obligation de divulguer, la teneur des spécifications, l'obligation d'exploiter… Un siècle plus tard, en 1753, la compétence principale en matière de brevet d'inventeur fut transférée du *Privy Council*, juridiction royale spécialisée, au *Queen's Bench* et à la *Court of Chancery*, juridictions communes appliquant la *common law* et l'*equity*. En 1663-64, le *Privy Coucil*, dans la retentissante affaire *Garill*, réaffirma que les brevets étaient soumis à la *common law*, et que le *Statute* n'en était que déclaratoire.

137 P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, précité, bibliographie, n° 66, p. 66. « Il y avait donc déjà un effort, à la fin de l'ancienne monarchie, pour sortir du régime corporatif et des privilèges spéciaux et aboutir à un système de liberté économique et de droits privatifs pour les inventeurs ou créateurs ».

138 A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 67, p. 88 : la chambre de commerce de Normandie, les députés du commerce, puis les inspecteurs généraux.

régime, une pétition fut soumise dans le même but à l'Assemblée Constituante au mois d'août 1790, en réponse à laquelle Boufflers fut chargé de rédiger un projet de décret. Dans son rapport, il louait la loi anglaise, en recommandait l'imitation et applaudissait les américains de l'avoir fait chez eux[139]. Il y assortissait toutefois le discours de la propriété, qui orienta la législation française sur sa voie propre, que nous verrons plus loin[140].

C) L'évolution des privilèges en droit allemand

92. La mixité du droit allemand. En Allemagne, l'évolution de l'industrie et du droit fut retardée par l'éclatement du pays[141]. Tandis que la France et l'Angleterre, au mitan du XIX^{ème} siècle, avaient adopté leurs premiers textes modernes, l'Allemagne connaissait encore une grande diversité de législations, des modèles théoriques opposés, de fortes aspirations à la modernité et de puissantes réticences. Les logiques du privilège, de la propriété et du droit naturel coexistaient parfois dans les mêmes textes. L'hésitation entre privilège et droit subjectif, voire droit de propriété, la question de la nature publique ou privée du droit, qui en Angleterre, concernait surtout les brevets (les marques et les œuvres étaient traitées sous des angles propres[142]), touchaient aussi en Allemagne les autres biens intellectuels. La formation du droit allemand moderne des biens industriels ne se fit pas, comme en France et en Angleterre, dans l'enthousiasme du XVIII^{ème} siècle, mais dans le scepticisme de la deuxième moitié du XIX^{ème}. Les premiers textes modernes, valant pour toute l'Allemagne, appartiennent donc déjà à notre titre 2. À l'époque que recouvre le présent titre, il ne s'agit que du droit des *Länder*, dont une grande partie relevait encore de la « *Vorgeschischte* »[143] (préhistoire) du droit des biens industriels.

La plupart des États continuaient à considérer l'octroi des droits sur les inventions, les marques ou les dessins comme une faculté administrative découlant naturellement de la puissance publique de l'État, et non pas comme la reconnaissance d'un droit subjectif de l'inventeur. Le *Publikandum* prussien de 1815, d'inspiration mercantiliste, définissait encore le brevet comme une faveur royale, dépendant d'un examen restrictif de nouveauté et d'utilité.

---

139 Rapport précité, bibliographie, n° 419. Le décret lui-même fut reproduit par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 67, p. 100, et par Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'État et l'invention*, précité, bibliographie, n° 60, p. 186-187.

140 Voir *infra*, § 115 et s.

141 J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens in Deutschland*, 1936, Meindldruck, bibliographie, n° 233, p. 55.

142 Voir *infra*, § 94 et s., 115 et s.

143 J. Landgraf, *Musterrecht und Musterschutz*, Leipzig, Weber, 1875, bibliographie, n° 115, p. 29 et s., et E. Wadle, *« Zur Vorgeschischte des Musterschutzes im deutschen Reichs »*, in J. Adrian, W. Nordemann, *J. Kohler und der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Spitz, Berlin, 1996, bibliographie, n° 286, p. 15-30.

Au Wurtemberg, le brevet n'était pas conçu comme « un droit fondamental (…), mais plutôt comme une limite aux droits fondamentaux »[144]. Les législations, ordonnances et autres rescrits existant sur le sujet étaient des textes techniques, sans affiliation dogmatique à la propriété privée, et plutôt affiliés au droit administratif et constitutionnel qu'au droit civil. Aucun ne mentionnait l'idée de propriété. Certains États, par ailleurs, ne proposaient tout simplement pas de brevets[145]. Toutefois, même quand la réservation demeurait une concession princière ou une mesure de police commerciale, le simple fait qu'existaient un texte et des règles générales était toutefois antinomique à la logique discrétionnaire du privilège.

C'est sans doute en matière de marques que cette variété était la plus marquée : certaines lois reconnaissaient expressément la propriété des marques[146] et d'autres s'en tenaient aux privilèges[147]. Certains États perpétuaient les schémas corporatistes, établissant des marques obligatoires[148].

93. L'ambiguïté des conventions d'union douanière. En matière de brevets, néanmoins, les conventions d'union douanière contenaient déjà des dispositions communes[149]. Tout en rendant le « service d'avoir non seulement été le fondement du développement industriel de la Grande Allemagne, mais aussi d'avoir ouvert la voie au brevet »[150], les Conventions d'Union douanière furent aussi le produit de l'hostilité de l'époque à ces monopoles archaïques et

144 Sur la Prusse, *cf.* M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*…, précité, bibliographie, n° 218, p. 33 et s. et J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens*, précité, bibliographie, n° 233, p. 58. En francais : Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'État et l'invention*, précité, bibliographie, n° 60, p. 56. La Constitution wurtembergeoise de 1819, suivie d'une ordonnance spéciale en 1828, donnait au gouvernement et aux pouvoirs publics la faculté de récompenser les inventions utiles, récompense dont l'attribution ne constituait aucun droit pour l'inventeur. M. Gehm compare le Wurtemberg du XIX^{ème} siècle à l'Angleterre du XVII^{ème} ; la comparaison est pertinente pour bien d'autres États allemands (« le privilège n'était pas un droit privatif, mais une concession de police », « à laquelle n'existait aucun droit », *Das württembergische Patentrecht*…, précité, bibliographie, n° 218, p. 15). M. Wehr (*Die Anfänge des Patentwesens*, précité, bibliographie, n° 233, p. 60-64) montre que le droit bavarois, moins hostile aux privilèges d'invention, les accordait plus largement (loi du 11 septembre 1825, complétée par ordonnances). Pour le droit autrichien, « partant de l'idée que le droit naturel était le droit d'imiter… », voir Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention*, précité, bibliographie, n° 60, p. 55.

145 M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*, précité, bibliographie, n° 218, p. 46 : aucun brevet, ou presque, ne fut délivré au XIX^{ème} siècle dans les villes autonomes de la Hanse : Hambourg, Breme, Lubeck, Mecklenbourg.

146 Voir *infra*, § 122 et s.

147 E. Wadle, « *Der Einfluß Frankreichs auf die Entwicklung gewerblicher Schutzrechte in Deutschland* », in G. Lücke, G. Ress, M. R. Will, *Rechtsvergleichung, Europarecht und staatenintegration – Gedächtnis für L.-J. Constantinesco*, Carl-Heymanns, 1983, p. 871-898, bibliographie, n° 359, p. 888.

148 E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz*…, précité, bibliographie, n° 121, p. 358. En 1818, par exemple, parut en Prusse une loi pour le marquage obligatoire des *Stabeisen* (produits du fer) (p. 92 et s.).

149 En 1833, sept États allemands (Grand-Duché de Bade, Kurhessen, Bavière, Wurtemberg, Saxe, États du Thüringen) signèrent, sous la direction de la Prusse, le contrat d'Union douanière allemande (*Zollvereinigungsvertrag*), entrant en vigueur en 1834. Entre 1836 et 1842 y entrèrent dix autres États. Le contrat de 1834 étant arrivé à échéance en 1842, il alla tous les douze ans de reconduction en reconduction, quand une guerre interne n'en rompait pas le rythme, c'est pourquoi lui sont attribuées des dates différentes.

150 J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, précité, bibliographie, n° 113, p. 25.

néfastes à cette liberté du commerce que les États les plus avancés avaient depuis peu la fierté de garantir à leurs citoyens[151]. Ainsi, tout en imposant à ses États-membres le traitement national des ressortissants des autres membres, et soumettant à autorisation l'importation de produits brevetés dans un autre État contractant pour toute la durée de la protection dans le pays d'origine de l'invention[152], elles limitaient le droit de brevet à celui de fabriquer et d'exporter le produit ou d'utiliser la méthode inventée, à l'exclusion du droit de distribution ou d'importation[153].

94. Conclusion. L'articulation entre liberté et droit privatif, en droit anglais et allemand des brevets, était clairement hiérarchique : la liberté d'imiter était le droit fondamental et le droit des inventeurs n'en était qu'une exception. La logique suivie en matière littéraire était bien différente.

151 La *Gewerbefreiheit* fut introduite en Prusse par la réforme dite de Stein-Hardenberg de 1810, considérée comme l'un des éléments déclencheurs de la Révolution industrielle en Allemagne. Elle ne fut étendue qu'en 1869 aux États de la Confédération d'Allemagne du Nord et, en 1871 seulement, au territoire entier du nouvel Empire.

152 Article 7 de la convention de 1833 et article 5 de la convention de 1842.

153 Articles 3 et 4 de la convention de 1842. J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, précité, bibliographie, n° 113, p. 25, et H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 23. La convention du 2 mars 1833 est consultable à l'adresse : <http://www.verfassungen.de/de/de06-66/zollverein33.htm>. La convention du 21 septembre 1842 fut traduite en français par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 67, p. 174-176.

Section 2 : De la propriété éditoriale

à la propriété des auteurs

95. La continuité avec l'ancien droit. Le droit des auteurs sur leurs œuvres fut, plus volontiers que celui des inventeurs, considéré comme une propriété. Nous avons vu au chapitre précédent que les œuvres faisaient l'objet d'une propriété éditoriale. L'évolution du droit se fit donc, à leur sujet, dans une certaine continuité avec le droit ancien.

96. Plan. Le droit anglais fut encore le plus précoce ; il posa la question de la protection des œuvres sous l'angle de la source du droit : *common law* contre *Statute of Ann*. Cette particularité anglaise rendit incertain l'apport du *Statute* (A). Les décrets révolutionnaires français furent nettement plus proclamatoires, ce qui en fit le prototype de la propriété littéraire (B). La propriété littéraire allemande eut à surmonter la dispersion nationale et dut son succès, en grande part, aux efforts prussiens (C).

A) La propriété des œuvres en droit anglais : *common law* contre *Statute*

97. Le *Statute of Ann.* Nous avons vu[154] comment fut engagée par les *Stationers* la discussion du *Statute of Ann*[155]. Pour étayer leur demande de protection et sentant l'insuffisance de l'argument historique[156], les *Stationers* arguèrent que le droit des auteurs, leur ayant été confié contre juste indemnité, s'était intégré à leur héritage familial. Ils se prévalurent ensuite de l'argument de la propriété contre la limitation de la durée du droit[157]. Ce sont eux, bien plus que les auteurs, qui livrèrent la bataille de la propriété perpétuelle[158]. John Locke fut l'un de leurs plus célèbres opposants. Plus que l'édification de la propriété

---

154 *Infra*, § 97 et s.

155 Le professeur Deazley relate cette période de manière très vivante : débats parlementaires, *Bills* discutés, correspondances, tracts et articles de journaux (R. Deazley, *On the origin of the right to copy – Charting the movement of copyright law in Eighteenth-century Britain (1695-1775)*, Oxford and Portland Oregon, 2004, bibliographie, n° 243, p. 1-29). M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 34-39 : Daniel Defoe y prit part également, arguant de la complémentarité de la punition et de la récompense plutôt que de la propriété du travail. Moins connu, mais dans la même veine, Joseph Addison, journaliste, suivit la même voie, dans son article *The Tatler*, où il s'indigna de l' « *invasion* » permise aux pirates sur la propriété des auteurs.

156 M. Rose, *ibidem*, p. 43 : ils demandaient la confirmation par statute d'un « *right which had been enjoyed at common law above 150 years* »

157 M. Rose, *ibidem*, p. 44 : « *A man having possessed a property for ten or twenty years, is in no other instance allowed […]; and we hope it will not be in ours.* »

158 D. Saunders, *Authorship and copyright*, Routledge, London, 1992, bibliographie, n° 250, p. 57.

littéraire et la fin de la censure, son souci était la réduction des monopoles des éditeurs pour favoriser la propagation des idées[159].

Finalement, le *Statute* fut adopté en 1710[160], inaugurant le droit des auteurs sous sa forme moderne, le distinguant de la censure et l'émancipant des éditeurs. Il fut successivement un « *Bill for the encouragement of learning and for securing the property of copies of books to the rightful owners thereof* », puis un « *Bill [...] vesting the copies of printed books in the authors, or purchasers, of such copies, during the times therein mentionned* »[161]. Dans ce passage d'un intitulé à l'autre, on passa d'une propriété préexistante à un droit positivement créé, plutôt dans la veine de l'ancien droit des *Stationers* que dans celle du droit naturel.

Le contenu du *Statute* est bien connu : les auteurs en tinrent la « *sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years* »[162]. Il donna enfin aux auteurs et à leurs ayants droit un droit systématique et uniforme, mais ne leur conféra qu'avec réticence, dans un sens plus symbolique que juridique, la qualité de « *proprietor* »[163]. Le *Statute* ne prenait aucun parti explicite sur la nature du droit : il évitait le mot « propriété » à l'état pur, mais abandonnait le lexique du monopole, prérogative royale.

---

159 Dans son *Memorandum* de 1694, puis dans sa correspondance avec Lord Edward Clarke, il s'opposait à la monopolisation des livres anciens, et à la perpétuité des privilèges sur les nouveaux, mais se préoccupait peu des auteurs. Dès les années 1690, il repoussait l'idée d'une propriété perpétuelle *at law*, et soutenait celle d'un droit statutaire et limité. Si sa théorie de la propriété (*Two Treatises of Government*, Londres, 1690, chapitre V) est communément considérée comme fondatrice de la propriété intellectuelle, c'est par une analogie que jamais il n'a faite lui-même. Sa doctrine fut plus tard spécifiquement importée en propriété littéraire par un dénommé Enfield (W. Enfield, « *Observations on literary property* », 1774, réédité par S. Parks, *The literary property debate: Eight tracts 1774-1775*, New York, Garland, 1974, bibliographie, n° 294). Voir F. Rideau, précité, bibliographie, n° 207, p. 163 ; M. Rose, précité, bibliographie, n° 249, p. 32-33 ; R. Deazley, précité, bibliographie, n° 243, p. 14, et P. Drahos, *A Philosophy of intellectual property*, éd. Dartmouth, 1996, bibliographie, n° 244, chapitre 3 : « *Locke, Labour and the intellectual commons* », p. 41 et s.

160 8 Anne, *chapter* 19, édité en ligne par le *Art and Humanities Research Council*, *Primary Sources on Copyright* (archive de textes normatifs et d'ouvrages en propriété intellectuelle en Italie, Allemagne, France, Grande-Bretagne et États-Unis) : <www.copyrighthistory.org>, bibliographie, n° 397.

161 Nous soulignons. B. Kaplan, *An unhurried view of copyright*, 1ère éd. *Columbia Law Review*, 1967, rééd. Lexis Nexis, 2005, bibliographie, n° 247, p. 16. *Cf.*, en français, F. Rideau (précité, bibliographie, n° 207, p. 175).

162 Traduction : les auteurs eurent le « droit exclusif d'imprimer et réimprimer tel livre ou tels livres durant la période de quatorze ans », et les imprimeurs agissant « sans le consentement du propriétaire ou des propriétaires obtenu préalablement et par écrit » (« *without the consent of the proprietor or proprietors thereof first had and obtained in writing* ») étaient punis d'une amende, dont la moitié revenait à la Couronne et l'autre, bizarrement, au délateur plutôt qu'à l'auteur. Le texte établit en outre une exigence d'exploitation continue et un système de contrôle des prix, une obligation de dépôt d'un exemplaire auprès de certaines bibliothèques, etc.

163 M. Rose, Authors and owners, précité, bibliographie, n° 249, p. 47 : c'était là le signe de la « *Parliament's resistance to the full force of the booksellers' claim that literary property was the same as that of houses and other estates* ».

98. ***Common law*** **contre** ***Statute.*** Loin d'être le terme de la discussion sur la nature et les contours du droit sur les œuvres, le *Statute* constitua, au contraire, le point de départ de la grande bataille des libraires, qui ne se termina qu'en 1774. La question centrale fut celle de la source du droit : *common law*, *equity* ou *statute*[164]. Ce *Statute* venait-il simplement renforcer une propriété *at common law*, naissant du fait de la création ? Devait-il au contraire l'abroger et s'y substituer ? Selon la *common law*, le droit des auteurs était un droit perpétuel de propriété, sur un objet immatériel ; selon le *Statute*, il importait peu de le qualifier de propriété ou pas : ses conditions et son régime étaient autonomes, fixés par la loi spéciale. La question de la source du droit et de la procédure applicable était première, c'était elle qui déterminait la nature du *copyright* et non pas l'inverse.

99. La propriété littéraire ***at law.*** Une fois expirée, en 1731, la première période de protection du *Statute*, les libraires s'adressèrent aux cours d'*equity* qui, elles, n'étaient liées par aucune limitation temporelle. Ils obtinrent plusieurs injonctions de la *Court of Chancery*, pour des livres sur lesquels la protection du Statut d'Anne avait expiré[165]. Or, selon l'adage « *equity follows the law* », l'*equity* ne peut accorder d'injonction qu'au soutien d'un droit existant *at law* ; les arrêts cités supposaient donc l'existence d'un droit d'auteur *at law*, indépendant du Statut.

C'est bien le raisonnement que suivit lord Mansfield[166], posant le premier jalon de la bataille des *Booksellers*[167], dans l'affaire *Millar v. Taylor*, en 1769. Lord Mansfield consacra en *common law* les injonctions déjà rendues en *equity*. Renversant la traditionnelle hiérarchie de la *common law* et de l'*equity*, il conclut : « *I look upon these injunctions as equal to any final decree* »[168]. Elles étaient justifiées par le devoir de justice de réserver à l'auteur le fruit de son labeur et l'usage de son nom. Les fondements de la propriété littéraire *at law* étaient avant tout d'ordre moral : « *thus matters of propriety became entangled with matters of*

---

164 Sur les sources du droit anglais, voir l'introduction de cette partie, § 47.

165 A. Birell, *Seven lectures…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 104-105 : en 1735 et 1736, Sir Joseph Jekill, *Master of the Rolls*, puis Lord Warwicke, en 1739 et en 1752, accordèrent des injonctions contre les libraires ayant imprimé, sans autorisation de l'auteur ou de son cessionnaire, des ouvrages qualifiés par le Statut de « *old books* », sortis de la période de protection. Les deux dernières injonctions portaient sur *Paradise Lost* de Milton.

166 William Murray, devenu plus tard Lord Mansfield, fut un personnage central de la suite de la controverse ; il a indélébilement attaché son nom à la théorie de la propriété perpétuelle des auteurs.

167 Une première affaire, *Tonson v. Collins*, lancée en 1760, présentait aux juges un parfait cas d'école. Il y fut plaidé, d'une part que la propriété des œuvres *at law* était fondée par l'acte d'invention et d'autre part que les droits des auteurs, comme ceux des inventeurs, n'avaient jamais été que des créations royales. Apprenant que l'action avait été artificiellement portée en justice par une collusion des libraires londoniens, Lord Mansfield fut finalement dispensé de trancher. De nombreux détails sont relatés par le professeur Rose sur les circonstances des affaires, l'argumentation des parties, et le rôle de Lord Mansfield dans la justification du droit des éditeurs par le droit naturel et perpétuel des auteurs sur leurs œuvres (M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 67 et s.).

168 A. Birrell, *Seven lectures…*, précité, bibliographie, n° 239, p. 119.

property »[169]. Lord Mansfield ajouta que, si l'œuvre semble être rendue chose commune par la divulgation et la publication, ce n'est que parce que le droit, jusque-là, n'avait pas décidé de la protéger ; mais que rien ne l'empêchait de le faire[170].

Cette solution était soutenue par la majorité de la doctrine anglaise[171].

Le juge Yates, seul dissident, adversaire de la propriété littéraire *at law* depuis *Tonson v. Collins*, soutint que le *copyright* était un monopole conféré (« *vested* ») et entièrement régulé par le *Statute*, que les biens incorporels ne pouvaient être objets de propriété car ils sont non identifiables et insusceptibles de possession, que la publication d'un ouvrage est un don fait au public. Il inaugura un argument nouveau et toujours actuel : à supposer que l'auteur soit propriétaire de son œuvre, il doit être soumis, comme tout propriétaire dans l'exercice de son droit, « *to the general rights of mankind, and to the general rules of property* »[172].

Deux protections coexistaient ainsi : celle du *Statute*, fondée sur des exigences particulières, temporaire et sanctionnée par amende ; et celle de la *common law*, propriété de fait, entérinée par le droit, perpétuelle et sanctionnée par des dommages-intérêts ou des injonctions équitables.

---

169 M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 79-81 : « Ainsi s'imbriquèrent aux considérations de propriété, des questions de morale. » Un autre juge en appela à la « *natural reason and moral rectitude* ». Même si les juristes anglais se réfèrent moins volontiers au droit naturel que les continentaux, remarquons comment le fonctionnement combiné de la *common law* et de l'*equity* permet aux juges de faire droit de ce qui leur semble juste ou évident.

170 Cette remarque nous paraît d'une belle actualité : il est parfois soutenu que les droits de propriété intellectuelle ne peuvent être des propriétés, car, sans la loi, ils ne seraient pas ; mais il semble que la propriété matérielle elle-même serait peu de chose sans la protection de la loi.

171 Dès 1747, un pamphlet intégrait la propriété littéraire aux *movables* (par opposition aux *immovables*), *artificial* (plutôt que *natural*) et *produced by the mind* (et non pas *by the hand*) : W. Warburton, *A letter from an author to a member of parliament concerning literary property*, London, 1747, réédité par S. Parks, précité, bibliographie, n° 294. M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 91 : dans la plaidoirie composée pour Tonson (sur l'affaire *Tonson v. Collins*, voir ci-dessus, note 167), Blackstone avait comparé une œuvre à un *estate*, et sa publication, avec mention du nom de l'auteur et autres indications de propriété, à la distribution de clefs, sans le droit de les reproduire : l'auteur « *may give out a number of keys, by publishing a number of copies ; but no man, who receives a key, has thereby a right to forge others, and sell them to other people* ». Puis, dans ses *Commentaries* publiés de 1767 à 1769, il classait le droit de l'auteur sur ses œuvres, fondé sur l'invention, dans les *rights of things*, au titre des *things personal* (W. Blackstone, *Commentaries on the law of England*, 1765-1769, bibliographie, n° 130, p. 405-406). M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 83 : en Écosse prévalait le point de vue inverse, exprimé dans un rapport intitulé « *Speeches or arguments of the Court of King's Bench in the cause of of Millar against Taylor* ».

172 M. Rose, *ibidem*, p. 86. Argumentation résumée et critiquée par E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*, Little, Brown and Company, Boston, 1879, bibliographie, n° 146, p. 31-36.

100. Le revirement de 1774. Le droit semblait donc fixé… et pourtant, en 1774, dans une affaire similaire à *Millar v. Taylor* : *Donaldson v. Becket*[173], où Becket, demandeur, avait pu plaider avec succès, en première instance, que « *Donaldson is committing a trespass on my property* »[174], un revirement eu lieu. Quelque peu redondantes, les questions posées aux juges portaient sur l'existence d'un droit originel en *common law* et sur l'effet du *Statute* sur ce droit et sur son action en défense[175].

Les avis furent très partagés, et une majorité d'une seule voix donna au *Statute* « *the murderous effect of destroying the very property it sought to protect* »[176]. Il fut décidé que la *common law* reconnaissait bien à l'auteur un droit perpétuel et une action pour le protéger, mais que le *Statute*, sans que son effet sur le droit soit clairement tranché, éteignait toutefois l'action en *common law* pour lui substituer la sienne.

On put lire, dans le *Morning Chronicle*, que « *which was yesterday thought property is now reduced to nothing* »[177], et il s'ensuivit pétitions et tentatives de réformes de ce *Statute* finalement perturbant[178]. La décision semble avoir été déterminée par l'hostilité aux libraires plus qu'à la propriété des œuvres. L'argument de l'intérêt général fut également soulevé[179]. Lord Camden rappela que les droits revendiqués par les libraires n'avaient jamais eu pour fondement que la Charte de la Compagnie et la prérogative royale, et non pas la *common law* et son droit de propriété ; que, d'ailleurs, quand il n'y eut plus ni *Licensing Act*, ni Chambre étoilée, c'est vers le Parlement, pour un *Bill*, source de droit artificielle, que se sont tournés les libraires et non pas vers les juges[180]. Il reconnaissait une nature particulière au génie, mais

---

173 Elle était si similaire qu'elle portait sur la même œuvre : les *Seasons* de *Thomson*, acquise par Becket auprès de Millar, et qu'encore, Lord Mansfield fut appelé à siéger. Estimant toutefois avoir déjà donné son avis, et se considérant désormais trop impliqué dans le débat, il refusa.

174 A. Birell, *Seven lectures.…*, précité, bibliographie, n° 239, p. 123.

175 Questions rapportées par R. R. Bowker, *Copyright, its history and its law – Being a summary of the principals and practice of the copyright with special reference to the american code of 1909 and the british Act of 1911*, éd. Constable & Co, Boston and New York, 1912, bibliographie, n° 142, p. 25-26. Elles demandaient : 1- si, en *common law*, l'auteur a le droit exclusif d'imprimer et d'éditer pour la première fois, et de vendre son œuvre (oui à 10 contre 1), et peut-il agir contre celui qui le ferait sans son consentement ? (oui à 8/3). 2- Si l'auteur a originellement un tel droit, la loi l'en a-t-elle privé ? (non à 7/4). 3- Si telle action existe en common law, la loi l'éteint-elle. (Oui à 6/5). 4- Si l'auteur a, en common law, le droit exclusif d'impression et d'édition à perpétuité ? (oui à 7/4). 5- Si ce droit est restreint par le Statute ? (oui à 6/5).

176 A. Birrell, *Seven lectures.…*, précité, bibliographie, n° 239, p. 128.

177 *Morning Chronicle*, 23 février 1774, cité par M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 97).

178 Le professeur Dealzey cite d'autres réactions toutes aussi alarmées, toutes fondées sur cette idée de propriété acquise à grand coût et réduite à néant : R. Deazley, *On the origine of the right to copy.…*, précité, bibliographie, n° 243, p. 214-220.

179 Pour une comparaison, sur cette question, des droits anglais et français, voir F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique.…*, précité, bibliographie, n° 207, p. 184-194.

180 Lord Camden, *Donaldson v. Beckett, Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, February 4 through February 22, 1774* : « *So little did they then dream of establishing a perpetuity in their*

estimait que ceux qui en étaient dotés étaient « *intrusted by Providence with the delegated power of imparting their fellow creatures that instruction which heaven meant for universal benefit* »[181].

101. Le précoce Statut d'Anne, en réalité, a enrayé le développement de la propriété naturelle et perpétuelle des œuvres, pour lui substituer un droit innommé, statutaire et temporaire[182]. Il ne le fit toutefois pas de manière radicale : une majorité de juges avaient confirmé l'existence du droit de l'auteur *at law* et cette circonstance permettra à l'argument propriétaire de ressurgir au cours du siècle suivant, maintenant la nature du *copyright* dans une durable incertitude.

B) Le prototype français de la propriété littéraire

102. La France du XVIII[ème] siècle fut également le terrain d'une bataille des libraires de la capitale contre ceux de la province, de la propriété contre le privilège. Elle culmina dans l'adoption successive du règlement du Conseil du Roi de 1777, puis des décrets de la Convention en 1793.

103. Les arrêts de règlement de 1777. À la suite des arrêts mentionnés plus haut[183], un réel effort de clarification du commerce de la librairie fut accompli par le Conseil du Roi, le 30 août 1777, en deux arrêts de règlement sur les privilèges de librairies et sur la contrefaçon des livres[184]. Selon le préambule du premier, le droit des auteurs n'y était toujours qu'une « grâce » royale, au contenu et à la durée variables, et créée par une patente authentifiée par le « Grand Sceau ». Il était certes reconnu, pour les auteurs, qu'elle était « fondée en justice », mais cela signifiait seulement que Sa Majesté, dans les « soins » qu'elle « v[oulai]t bien

---

copies, that the holders of them finding no prerogative security, no privilege, no licensing act, no Star Chamber decree to protect their claim, in the year 1708 came up to parliament in the form of petitioners, with tears in their eyes, hopeless and forlorn ; they brought with them their wives and children to excite compassion, and induce parliament to grant them a statutory security ». Le texte est reproduit sur le site Internet *Primary sources on copyright* (bibliographie, n° 397) et compilé par W. Cobett, *The parliamentary history of England, from the earliest period to the year 1803*, 1813, vol. XVII, colonnes 1077-1110, bibliographie, n° 241 ; Drone en cite également un extrait : E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*, précité, bibliographie, n° 146, p. 39-40.

181 Cité par E. Drone, *ibidem*, p. 39.

182 Lord Talfourd le compare au « prêtre de la fable qui donne sa bénédiction et refuse l'aumône » : Discours à la Chambre des Communes, le 18 mai 1837, traduit par E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, Auguste Durand, 1858, précité, bibliographie, n° 192, p. 91.

183 Voir *supra*, § 78.

184 Le premier règlement reconduisit le contrôle des publications *a priori* : aucun livre ne pouvait être publié sans un privilège préalable. Le privilège avait donc désormais une double nature : reconnaissance d'exclusivité et approbation de censure ; quand sa durée était expirée, l'administration royale distribuait des « permissions » qui, non exclusives, n'avaient donc plus qu'un rôle d'approbation. Texte reproduit dans le *Recueil général des anciennes lois françaises*, précité, bibliographie, n° 12, tome 25, p. 110 et s.

prendre » de ses sujets[185], avait à cœur le bien-fondé de ses décisions. Le souci de mettre en balance tous les intérêts en jeu, en revanche, était plus moderne : faire l' « avantage » des libraires (y compris les provinciaux) et du public, être « favorable aux gens de lettres » et « augmenter l'activité du commerce ».

Le droit des auteurs demeurait donc, sur le principe, une concession royale. Pour justifier le raccourcissement de la durée de protection du droit des libraires par rapport à celui des auteurs[186], le préambule déclarait pourtant que leur « accorder un plus long terme [que la vie de l'auteur], ce serait convertir une jouissance de grâce en une <u>propriété de droit</u> »[187]. Ce serait peut-être forcer le texte, que d'en déduire, *a contrario*, que le droit des auteurs était une « propriété de droit »... mais très peu[188]. L'avocat général Antoine-Louis Séguier le fit d'ailleurs dans son compte rendu présenté au Parlement en 1779[189]. Ainsi interprété et réaffirmé, le règlement reprenait finalement l'argumentaire d'Héricourt, qui avait déclenché le scandale cinquante ans auparavant, et celui des libraires londoniens en 1735 devant le parlement anglais puis devant les tribunaux[190] : la propriété existait de fait et le souverain ne faisait qu'en organiser les garanties[191].

En reconnaissant la propriété de l'auteur, mais en en régulant les modes d'exercice, ces règlements, dont Pouillet estima qu'il « form[ai]ent un véritable code de la propriété

---

185 Termes repris au préambule du règlement interprétatif de celui du 30 août 1777, rendu le 30 juillet 1778, et reproduit de même au *Recueil général des anciennes lois françaises…*, *ibidem*, p. 371 et s.

186 Voir *infra*, § 137.

187 Nous soulignons.

188 L. Pfister, *L'auteur, propriétaire… ?*, précité, bibliographie, n° 202, p. 367 et p. 372. « En qualifiant le privilège en librairie de « grâce fondée en justice », le préambule de 1777 bouscule la dichotomie et la définition doctrinale du privilège en tant que grâce royale. Par conséquent, il n'est pas permis de s'en tenir à l'emploi du terme « grâce » pour en déduire, comme une majorité d'historiens contemporains, que l'arrêt du Conseil s'inscrit dans l'esprit traditionnel d'un absolutisme arbitraire ». « Force est donc d'admettre que l'arrêt de 1777 reconnaît une propriété au profit de l'auteur ».

189 Le texte fut reproduit par E. Laboulaye et G. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII*^{ème} *siècle*, précité, bibliographie, n° 193, p. 482-596 : « C'est la première fois qu'il est parlé du droit des auteurs et de leur postérité. La propriété y est entièrement reconnue, tant dans la personne de l'auteur que dans celle des ses héritiers, et cette propriété paraît si évidente, qu'on permet à l'auteur de vendre chez lui son ouvrage ; faculté qui dérive du droit naturel, faculté jusqu'alors inconnue dans tous les règlements publics. (…) Toutes les fois que le Roi accorde un privilège, il n'est pas question de la propriété en elle-même, il ne s'agit que de la manière d'assurer cette propriété. (…) L'auteur propriétaire reste toujours propriétaire ; l'acquéreur ne perd point une portion de la propriété acquise, il a une propriété réelle, il n'en perd que l'assurance et la sauvegarde ; en un mot, la propriété ne dépend pas du privilège, mais la sauvegarde en dépend. »

190 Voir *supra*, § 78.

191 L. Pfister, *L'auteur, propriétaire… ?*, précité, bibliographie, n° 202, p. 368 et p. 374 : « Le privilège n'est pas lui-même la récompense due à l'auteur, mais il « a pour objet » de le récompenser. Le privilège n'est donc qu'un instrument juridique dont la finalité et la nature sont en mesure de garantir à l'auteur une jouissance exclusive de son bien » ; « ayant obtenu un droit exclusif, l'auteur en devient propriétaire. Cette propriété incorporelle s'ajoute à la propriété de son ouvrage. » Il arrive effectivement qu'il soit question de la propriété du pivilège, mais la structure fondamentale demeure que le bien est donc l'œuvre, et que le privilège est le droit portant dessus.

littéraire »[192], conciliaient les principes du droit naturel et les exigences du contrôle du marché de l'imprimerie. Ils furent les premiers à distinguer la propriété littéraire de celle du manuscrit et du privilège, lui-même si affaibli qu'il n'était déjà plus que l'ombre du privilège royal des siècles précédents. Il n'eurent pas la postérité qu'ils méritaient, puisqu'une dizaine d'années plus tard éclatait la Révolution qui allait les faire tomber, en même temps que la Bastille et la tête du Roi. Le vide juridique qui s'ensuivit n'est pas comparable à celui dont souffrirent les libraires londoniens après l'expiration du *Licensing Act*[193] : à la différence de ce dernier, le règlement royal avait déjà transféré le bénéfice du droit des éditeurs aux auteurs et entamé l'évolution du droit d'auteur vers sa définition moderne[194].

104. Les décrets révolutionnaires. Le règlement royal fut remplacé par le décret des 13-19 janvier 1791 instaurant le droit de représentation des auteurs dramatiques et celui des 19-24 juillet 1793[195], instaurant le droit de reproduction, rapporté par Joseph Lakanal, dont les mots sont relatés de manuel en manuel et que nous pouvons non plus résister à citer :

> « De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut blesser ni l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive ; c'est qu'une aussi grande révolution que la nôtre ait été nécessaire pour nous ramener sur ce point, comme sur tant d'autres, aux simples éléments de la justice la plus commune. »[196]

La qualification de *propriété* pénètre pour la première fois les dispositions du droit positif : le décret de 1791 évoque la propriété publique des ouvrages des auteurs morts depuis plus de cinq ans ; le décret de 1793 « relatif aux droits de propriété des auteurs sur leurs écrits en tout genre » l'évoque ensuite au sujet de la transmissibilité du droit[197]. Jusque-là, elle n'avait figuré que dans le préambule du règlement de 1777, le compte-rendu de Séguier et les

---

192 E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire*, précité, bibliographie, n° 40, p. 10.

193 *Contra* : D. Saunders, *Authorship and copyright*, précité, bibliographie, n° 250, p. 51.

194 H. Desbois, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours de droit, Paris, 1969-1970, bibliographie, n° 32, p. 26.

195 Reproduits par E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire*, précité, bibliographie, n° 40, p. 679-681.

196 *Le Moniteur universel*, 21 juillet 1793, cité par M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 185, p. 155.

197 C'est souvent au sujet des règles de cession qu'apparaît le terme de propriété – on ne sait pas, toutefois, s'il porte sur l'œuvre, ou sur le droit portant sur l'œuvre… La Cour de Cassation a eu récemment l'occasion de juger, sur le sujet, et en application du décret de 1793, « qu'il [en] résulte que la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la propriété d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux d'auteur … » - amalgamant ainsi les deux (Civ. 1ère, 25 mai 2005, *Propriétés intellectuelles*, n° 16, juillet 2005, p. 345, bibliographie, n° 441).

rapports de Le Chapelier[198] et Lakanal. La rupture des décrets révolutionnaires avec le règlement de 1777 n'est pas si nette que celle de la Révolution avec la Monarchie. Ils imposèrent un évident raccourcissement de durée : la perpétuité de principe se réduisit à cinq ou dix ans *post mortem*[199] et la défense du droit fut subordonnée au dépôt de deux exemplaires à la Bibliothèque Nationale ou au Cabinet des Estampes[200]. Pour Renouard, ce sont ici et là des « privilèges », même si, ici, ils « existent de plein droit » et là, ils « étaient des concessions individuelles, conférées, dans leur origine, à titre de faveur et nés de l'opinion qu'il n'existait de droits que ceux qui étaient octroyés »[201].

105. La postérité des décrets. Plus qu'à leur contenu positif, c'est aux rapports qui les ont introduits que ces décrets doivent leur rayonnement et leur postérité. Ce sont leurs rapporteurs qui ont proclamé en termes inoubliés une intention qui, dans les décrets eux-mêmes, n'était que tacite : la reconnaissance légale d'une propriété préexistant à la loi, naturelle, existant de fait[202]. À supposer qu'elle ait inspiré le *Statute of Ann*, cette idée n'y était que trop subtilement et incertainement évoquée pour faire carrière et fut expressément récusée par la décision *Donaldson*[203]. Selon la dogmatique révolutionnaire, en outre, cette propriété était estimée complémentaire et non pas dérogatoire aux libertés publiques. La propriété était le bastion de la liberté individuelle, son résultat aussi bien que sa garantie, et tirait de cela une bien plus solide légitimité[204].

106. Pour toutes ces raisons, multipliées par des phénomènes extérieurs au droit d'auteur, comme le rayonnement idéologique et territorial de la Révolution française, les décrets révolutionnaires français, plutôt que le *Statute* anglais de 1710, pourtant leur prédécesseur de presque un siècle, ont fourni à l'Europe le prototype de la propriété littéraire.

---

198 Rapport Le Chapelier en 1791, cité par A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, précité, bibliographie, n° 41, p. 309 : « La plus sacrée, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée de l'écrivain ». F. Hepp, « Le droit d'auteur, « propriété incorporelle » ? », *RIDA Numéro spécial consacré à la loi française du 11 mars 1957*, XIX, avril 1958, bibliographie, n° 263, p. 161 : « On peut se demander si lorsqu'il écrivait ces paroles fameuses, Le Chapelier avait conscience de proposer une énigme à la postérité. »

199 Article 2 du décret de 1791, article 7 du décret de 1793.

200 Article 6 du décret de 1793. M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 185, p. 157 : « Sans mésestimer l'importance de la loi de 1793, on peut cependant se demander si ses rédacteurs ont été bien inspirés en employant le terme de propriété, car cette expression ne correspond pas à la réalité des institutions qu'elle prétend désigner. »

201 A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 41, p.5. Voir aussi P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, Paris, 1969, bibliographie, n° 206, p. 39 et s.

202 H. Desbois, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, précité, bibliographie, n° 32, p. 28 : « Les droits d'auteur ne sont pas une création légale ; le législateur s'est contenté d'en reconnaître l'existence ».

203 Voir *supra*, § 100.

204 *Cf.*, soulignant la dimension utilitariste qu'avaient toutefois les décrets français en matière littéraire, J. Ginsburg, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique contemporaines », *RIDA* n°147, janvier 1991, p. 124 et s., bibliographie, n° 313.

C) La propriété des œuvres en droit allemand

107. La *Schrif-Eigentum.* L'idée de propriété littéraire allemande[205] se développa d'abord au XVIII[ème] siècle[206], dans l'élan de la Philosophie des Lumières et des décrets révolutionnaires français. Elle fut ensuite défendue, dans les années 1820, par plusieurs auteurs allemands inspirés par la *Philosophie du droit* de Hegel[207] : notamment Schmid[208], Krug[209] et Kramer[210]. À côté du strict concept civil de la propriété, ils reconnaissaient l'existence d'un concept plus large, de droit naturel, portant sur les choses corporelles, mais aussi sur la personne elle-même et les produits de ses activités[211]. La plupart voyaient dans le concept de propriété un *Arbeitsbegriff*, c'est-à-dire un concept utilitaire, un modèle juridique, et non pas la description exacte du droit sur les œuvres[212].

Elle rencontra l'opposition des défenseurs de la contrefaçon[213] et des représentants de l'école historique du droit (*historische Rechtschule*), qui déduisaient du droit romain qu'il ne pouvait exister de propriété que sur des objets corporels[214]. D'autres auteurs arguèrent que le droit des auteurs n'était qu'un effet secondaire des lois répressives[215].

---

205 V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum : eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum ?*, Mohr Siebeck, 2001, bibliographie, n° 224, p. 3-184. W. Bappert, *Wege zum Urheberrecht…*, précité, bibliographie, n° 83, p. 258 et s. M. Vogel, *Deutsche Urheber-…*, précité, bibliographie, n° 231.

206 M. Lange, « *Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum* », 1852, rééd. *UFITA* vol. 117, 1991, p. 169-248, bibliographie, n° 347, p. 173 : un mémoire de 1721, vraisemblablement écrit par J. H. Boehmer, déclarait que la production (*Erzeugung*) d'un bien intellectuel en fondait la propriété, qui se concrétisait par un droit de reproduction. Pütter marqua aussi les esprits de son temps, dans son *Büchernachdruck nach ächten Rechtsgrundsätzen des Rechts geprüft* (1774), où il fondait la propriété de l'auteur sur la théorie de la production (*Erzeugungstheorie*) de Boehmer, mais y ajoutait des éléments contractuels, concluant ainsi à une théorie du droit d'auteur mitigée entre propriété et contrat (M. Lange, p. 174). J. G. Fichte approfondit la théorie de la propriété littéraire (*ibidem*, p. 174-175). J. Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Ed. Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907, bibliographie, n° 92, p. 75 : Ehlers comparait la *Gedankeneigentum* (propriété de la pensée) à celle du fabricant sur son produit ; Becker la comparait aux produits de la terre.

207 G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*), Berlin, 1821, traduction française aux PUF, 2003, bibliographie, n° 71.

208 K. E. Schmid, *Der Büchernachdruck aus dem Gesicht des Rechts, der Moral und Politik*, Jena, 1823, bibliographie, n° 122.

209 W. T. Krug, *Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck, rechtlich, sittlich und klüglich*, Leipzig, 1823, bibliographie, n° 226.

210 W. A. Kramer, *Die Rechte der Schriftsteller und Verleger*, Heidelberg, 1827, bibliographie, n° 225. L'auteur voyait le droit d'auteur comme un « *quasi-dominium* » sur l'œuvre.

211 D. Klippel, « *Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts* », in E. Wadle, *Historische Studien zum urheberrecht in Europa*, Dunckler & Humblot, Berlin 1993, bibliographie, n° 272, p. 121-138, à la p. 126

212 M. Vogel, *Deutsche Urheber-…*, précité, bibliographie, n° 231, p. 148.

213 Höpfner, *Der Nachdruck ist nicht rechtswidrig* (« La réimpression n'est pas illégale »), Grimma, 1843, et L. F. Griesinger, *Der Büchernachdruck aus dem Gesichtspünkte des Rechts, der Moral und Politik betrachtet* (« La réimpression des livres du point de vue du Droit, de la morale et de la politique »), Stuttgart, 1822, cités par J. Kohler, *Urheberrecht…*, précité, bibliographie, n° 92, p. 83 et M. Vogel, *Deutsche Urheber-…*, précité, bibliographie, n° 231, p. 145 et s..

214 J. Kohler, *Urheberrecht…*, précité, bibliographie, n° 92, p. 74 et p. 84 : certains, rejoignant les rangs des défenseurs de la contrefaçon, en tiraient la conclusion qu'aucun droit ne pouvait exister sur les œuvres et

108. La théorie personnaliste. Elle fut également concurrencée par une théorie proprement allemande : la théorie personnaliste. Dérivée de l'analyse kantienne de la contrefaçon[216] et de l'analyse romaniste et pénaliste de Neustetel[217], celle-ci n'en était qu'à ses débuts au moment de l'adoption du premier texte allemand moderne et constituait alors un modèle moins fort que celui de la propriété[218].

109. Le droit des *Länder*. Dans l'Allemagne non unifiée, l'idée de la propriété littéraire rivalisait avec la pratique des privilèges et des approbations de censure. Elle fut reconnue dans le droit interne de certains États : la Prusse en 1794[219], le Grand-Duché de Bade en 1810[220], puis la Bavière, le Duché Saxe-Weimar Eisenach, celui de Brunswick et l'Autriche[221].

Plus tardive mais plus décisive pour l'évolution du droit au niveau fédéral, advint la loi prussienne du 11 juin 1837 « pour la protection de la propriété des œuvres de la science et de

---

d'autres, que la propriété n'était pas le modèle adéquat de construction du droit d'auteur. Selon Pütter, le droit de l'auteur n'était pas une propriété, mais y était apparenté ; de même, la contrefaçon n'était pas un *furtum*, mais un *quasi-furtum* (*Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft*, précité note 206).

215 J. Kohler, *ibidem*, p. 86: « *Einen lediglichen Rückschlag von Deliksgesetzen* ».

216 E. Kant, « *Von der Unrechtmäßigkeit der Büchernachdruck* » (De l'illégitimité de la reproduction des livres), *Berlinische Monatschrift*, 1785, p. 403-417, rééd. *UFITA* vol. 106, 1987, p. 137-144, traduction française dans le recueil *Vers la paix perpétuelle*, et autres textes, Flammarion, 2006, bibliographie, n° 343. Kant ne parlait toutefois que de *persönliches Recht* (selon lui, droit subjectif incorporel), et non pas de *Persönlichkeitsrecht* (droit de la personnalité). Sa paternité de la théorie personnaliste n'est donc pas directe. Voir W. Bappert, *Wege zum Urheberrecht*…, précité, bibliographie, n° 83, p. 244 , J. Kohler, *Urheberrecht*…, précité, bibliographie, n° 92, p. 76, et, en français, S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, P. A. Norstedt & Söners, Stockohlm 1966 (tome 1) et 1967 (t.2), bibliographie, n° 210, p. 184 et s.

217 L. J. Neustetel, *Der Büchernachdruck nach römischen Recht betrachtet*, Heidelberg, 1824, bibliographie, n° 229, consultable sur le site de Institut Max Planck d'Histoire juridique européenne (*Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*), *Digitale Bibliothek* : <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm>, bibliographie, n° 400. Il analysait la contrefaçon d'un livre, en droit romaniste, comme une *injuria* faite à l'auteur ouvrant droit à l'action pénale (p. 62).

218 Elle se développa au tournant du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècles : voir *infra*, § 288 et s.

219 Dans les travaux préparatoires du *Preußisches Allgemeines Landrecht* (Code national de Prusse), son rédacteur, C. G. Suarez, écrivit du droit d'auteur « qu'il appartient assurément à la théorie de la propriété, [qu']il n'y a rien de spécial à ajouter à ce sujet » ; le droit reconnu bénéficiait, au-delà des frontières de l'État légiférant, aux auteurs de tous les États allemands (L. Gieseke, précité, bibliographie, n° 220, p. 133, note 380).

220 J. Kohler, *Urheberrecht.*…, précité, bibliographie, n° 92, p. 89 ; H.-P. Götting, « *Der Begriff des geistigen Eigentums* », *GRUR* 5/2006, p. 353-440, bibliographie, n° 341, à la p. 355. Dans le Code de Bade figuraient des articles d'une clarté conceptuelle remarquable pour l'époque. Article 577, d, a : « Tout ouvrage écrit est la propriété originelle de celui qui l'a conçu » (sauf contrat de commande). Volontariste, son rédacteur, Brauer, déclara, dans son commentaire de 1809 du Code Napoléon : « pour bannir cette idée que la protection contre la réimpression ne peut s'obtenir que par lettre de privilège, pour en faire une véritable émanation du droit de propriété et des rapports entre citoyens, et pour habituer les citoyens à cette conception, nous avons intégré au Code civil [badois] ce qui, pour l'essentiel, était déjà de droit positif » (Brauer, *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzogliche Badische bürgerliche Gesetzgebung*, six volumes, Ch. Fr. Müller, Karlsruhe, 1809-1812, bibliographie, n° 211, consultable sur le site de l'Institut Max Planck d'histoire juridique européenne (précité, bibliographie, n° 400), p. 467).

221 Tous trois cités par Kohler, *Urheberecht* …, précité, bibliographie, n° 92, p. 91.

l'art contre la réimpression et la contrefaçon »[222]. Tout en prenant acte des timides principes proposés à tous les États allemands par la Confédération Germanique, elle les dépassa et, grâce à une véritable campagne de promotion, se posa en modèle pour tout le pays. Dans la même veine que le fier Victor Hugo[223], bien que plus modestement, un commentateur se délectait : « cela réjouit le patriote, de montrer au monde avec quel sérieux et quelle conscience de sa responsabilité un pays traite les intérêts intellectuels… »[224]. Dans son texte, après son titre et son préambule, la loi ne qualifiait plus le droit d'auteur de propriété, mais de « droit exclusif »[225], portant sur la reproduction totale ou partielle, « par réédition ou tout autre moyen mécanique ».

En vigueur dans les plus grands et les plus influents États allemands, ces lois ne valaient pas au niveau fédéral : face à la persistance de la censure et au mouvement antimonopoliste, elles peinaient à faire valoir leurs principes.

110. L'élaboration du droit fédéral. Au niveau de la Confédération, substituée au Saint Empire par le Congrès de Vienne de 1815, surgit également le thème de la propriété des auteurs, mais il pâtit de la disparité des positions nationales. Il fut impossible, dans le premier Acte fédéral (*Bundesakte* de 1815), de promettre expressément la protection de la propriété intellectuelle, initialement accolée à celle de la propriété et de la liberté de circulation[226]. Le droit d'auteur demeurait trop lié à la censure.

C'est en 1817, à Francfort, que la Confédération commanda, pour les étudier, une compilation des législations des États-membres sur le droit d'auteur. On réalisa, à cette occasion, que liberté de l'imprimerie et censure devaient être tenues pour indépendantes. Un

---

222 *Gesetz zum Schutz des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung*, reproduite par J. E. Hitzig, *Das Königlich Preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 zum Schutz des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst*, éd. de l'*Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, bibliographie, n° 90, p. 110 et s., commentée par L. Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung...*, précité, bibliographie, n° 220, p. 151-152), J. Kohler (*Urheberecht...*, précité, bibliographie, n° 92, p. 91), et surtout M. Lange (précité, bibliographie, n° 347, à la p. 170 : « la loi part de l'existence d'une propriété littéraire et lui assure protection... »). Traduction française de la loi par E. Romberg, Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique, Bruxelles, Paris, Londres, 1859, 2ème tome, bibliographie, n° 408, p. 112 et s.

223 V. Hugo, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international de 1878*, publié le mercredi 17 juin 1878, *Actes et Paroles*, volume 4, *Depuis l'Exil, 1876-1885*, bibliographie, n° 409, p. 97 : « Il faut pour cela [pour « l'éclairage des esprits »], certes, une prodigieuse dépense de lumière. C'est à cette dépense de lumière que depuis trois siècles la France s'emploie. Messieurs, laissez-moi dire une parole filiale, qui du reste est dans vos cœurs comme dans le mien : rien ne prévaudra contre la France. La France est d'intérêt public. La France s'élève sur l'horizon de tous les peuples. Ah ! disent-ils, il fait jour, la France est là ! »

224 J. E. Hitzig, *Das Königlich Preußische Gesetz* …, précité, bibliographie, n° 90, p. 46.

225 « *Auschließendes Recht* » (§ 1).

226 Il fut seulement concédé que l'Assemblée devra, dès sa première réunion, travailler à des « dispositions communes sur la liberté de l'imprimerie et la garantie des droits des écrivains et éditeurs contre la réimpression » (article 18, cité par L. Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung.*…, précité, bibliographie, n° 220, p. 131).

projet fut présenté à la Diète, en 1819, sous le titre « Loi pour la protection de la propriété littéraire » (« *Gesetz zum Schutz des literarischen Eigentums* »). Il fut adressé aux États, mais ceux-ci s'y montrèrent plutôt hostiles.

111. La suspension des négociations. En 1820, le Prince autrichien Metternich provoqua un premier arrêt dans cette évolution de la Confédération vers le droit d'auteur moderne, en remettant à l'ordre du jour le lien entre censure, régulation de l'industrie éditoriale et droits des auteurs. Et, « puisque les limitations préventives de l'imprimerie [étaient] nécessaires, l'autorité de surveillance [devait], en contrepartie, protéger la propriété privée littéraire née avec son approbation ». On réalise que la propriété, loin d'être toujours comprise comme un droit naturel, garantie de la liberté de l'individu, peut aussi être envisagée une récompense distribuée par l'État. Après le rejet de son plan par les autres gouvernements, Metternich s'employa à éviter que le projet discuté auparavant ne soit remis en débat.

Les discussions reprirent néanmoins en 1823, sur la base du projet de 1819, auquel adhéraient désormais une vingtaine d'États, sur une trentaine. Certains États (les États saxois) défendaient le principe que la propriété sur les produits de l'esprit était éternelle, de même que toute propriété civile[227]. Renvoyé à quelques mois, le débat en resta là pour plusieurs années.

112. Le droit fédéral. Dans un nouveau sursaut, l'Assemblée fédérale décida en 1833 de diminuer ses ambitions pour mieux les satisfaire, et de ne plus prétendre qu'à l'élaboration de principes uniformes et non plus de dispositions précises. Le projet fut certes beaucoup moins ambitieux que celui de 1819, mais il aboutit en 1835 à une décision fédérale (une *Bundesbeschluss*) réclamant l'interdiction de la réimpression non autorisée des ouvrages littéraires dans tous les États membres. Dans son rapport, la même Commission qui, en 1819, voyait le droit d'auteur comme une propriété protégée pendant une durée limitée dans l'intérêt du public, le comparait en 1835 à un brevet d'invention[228]. Plutôt qu'une propriété autonome, le droit d'auteur proposé en 1835 était un droit attribué par la loi, à la manière dont l'étaient les privilèges. Simplement, l'acte attributif était réalisé de manière générale et anticipée.

En juillet 1837, la Prusse fit le pas décisif, en publiant avec quelque éclat la loi dont elle venait de se doter en juin. On aboutit, le 9 novembre 1837, à la reconnaissance expresse, par la Diète, de la « *Eigentum des literarischen oder artistischen Werkes* » (« propriété de l'œuvre

---

227 L. Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung…*, précité, bibliographie, n° 220, p. 145.

228 Notons que ce dernier était considéré comme un droit par nature plus restreint que la propriété, car utilitaire (L. Gieseke, *ibidem*, p. 149).

littéraire ou artistique »)[229]. S'y ajoutèrent une décision de 1840 sur la protection des œuvres dramatiques et musicales et une décision de 1845 allongeant la durée de protection[230].

Ainsi, fut reçu en Allemagne un droit d'auteur moderne et, selon Gieseke, le premier droit uniforme dans le domaine du droit privé[231]. L'idée de propriété y était motrice, et les oppositions auxquelles elle se heurtait semblaient plus inspirées par le dogme romaniste de la propriété corporelle que par le mouvement antimonopoliste.

113. Conclusion. En Angleterre et en France, où la théorie de la propriété éditoriale s'était mieux développée qu'en Allemagne, la théorie de la propriété des auteurs s'inscrivit dans une certaine continuité avec le droit ancien. En Allemagne, où le poids de la tradition était plus léger, elle fut plus rigoureusement discutée, mais elle se révéla finalement le moteur principal du passage au droit moderne sur les œuvres. Le concept de propriété reçut également application dans le domaine industriel, bien que de façon moins systématique.

---

229 Au sujet de sa transmissibilité : article 2. Remarquons la possibilité d'allonger exceptionnellement, par traitement de faveur, la durée de protection des « œuvres importantes de la science et de l'art, nécessitant de lourds investissements ». Cette faculté fut ensuite mise à profit des œuvres de Schiller, Goethe, Richter… Schmid reproduit la décision en note de bas de page (P. Schmid, *Die Entwicklung des Geschmacksmusterschutzes in Deutschland*, Karl Georg Wiegandt, 1896, bibliographie, n° 118, p. 48, p. 747).

230 Reproduite en note de bas de page par P. Schmid, *Der Büchernachdruck…*, précité, bibliographie, n° 120, p. 47-49, et traduite en français par E. Romberg, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 408, p. 68-69. Notons qu'alors que la version originale allemande oscille entre *Recht* et *Eigentum* et qu'elle mentionne les *éditeurs*, la traduction française ne traite que de *propriété* et de *propriétaires* !

231 *Ibidem*, p. 155.

Section 3 : L'apparition des propriétés industrielles

114. Propriété industrielle et liberté. Nous avons vu, en première section, comment la modernisation du droit des biens industriels s'accomplit, en Angleterre et en Allemagne, dans un climat d'hostilité, en dérogation au principe de la liberté. L'idée de propriété industrielle ne connut d'application exhaustive qu'en France, où elle était considérée, au contraire, comme une garantie de la liberté individuelle.

115. Plan. Excepté le droit des brevets, l'Angleterre développa un droit des biens industriels fondé sur l'idée de propriété (A). La France, plus radicale, proclama le principe général de la propriété industrielle (B), propriété qui ne fut accueillie en Allemagne qu'avec circonspection (C).

A) La propriété industrielle en Angleterre

Le droit anglais des dessins et modèles et celui des marques se développèrent suivant l'idée de propriété. Cette qualification fut beaucoup plus immédiate pour les premiers, saisis par le s*tatute*, que pour les secondes, nées du droit prétorial.

116. La propriété des dessins et modèles anglais. On lit parfois que le droit des dessins et modèles fut « le premier droit moderne de propriété intellectuelle au Royaume Uni »[232]. En 1787, en effet, fut adopté, pour les dessins imprimés sur textiles le *Calico Printers Act*[233], « conférant la propriété aux concepteurs, imprimeurs et propriétaires » ; initialement temporaire, il fut définitivement reconduit en 1794 par un *Act* allongeant la durée de protection à trois mois. Bien qu'expressément fondé sur l'idée de propriété, ce *Calico printers Act* avait en vue la protection d'une industrie et de bénéficiaires particuliers, exploitant les textiles énumérés : lin, coton etc. Selon son intitulé, il *conférait* la propriété plutôt qu'il ne la *reconnaissait*.

---

232 L. Bently, « *Requiem for registration ? Reflections on the history of the United Kingdom registered designs system* », in A. Firth, *Perspectives on intellectual property, The prehistory and development of intellectual property systems*, Sweet and Maxwell, Londres, 1997, bibliographie, n° 364, p. 3. C'est considérer le *Statute of Ann* comme un texte encore prémoderne.

233 *An Act for the encouragement of the arts of designing and printing linens, cottons, calicos and muslins by vesting the properties thereof in the designers, printers and proprietors for a limited time* (L. Bently B. Sherman, *The making of modern copyright law – The british experience, 1760-1911*, Cambridge University Press, bibliographie, n° 238, p. 63).

La volonté de systématisation juridique qui se manifesta durant la première moitié du XIX[ème] siècle aboutit en juin 1839 à l'adoption de deux actes concurrents[234] : leur champ d'application respectif se recoupait[235], mais ils y appliquaient des régimes différents. Celui du 4 juin 1839 reprenait la protection automatique de trois mois créée par le *Calico printers Act* ; celui du 14 juin 1839, en revanche, visait à garantir leur *copyright* aux propriétaires pendant un à trois ans, sous condition d'enregistrement. L'enregistrement n'était qu'un acte procédural visant à faciliter la publicité et la preuve du droit du titulaire ; il n'emportait pas la preuve de la nouveauté et n'était donc pas attributif mais déclaratif de propriété. Ces deux actes accomplirent le passage d'une régulation catégorielle, « réponse passive à l'objet protégé »[236], contrôlée par un groupe industriel (les imprimeurs de textiles), à une régulation générale et abstraite, s'appuyant sur un registre public de propriété, influencée par le modèle français.

117. La propriété des marques anglaises. L'élaboration de la propriété des marques anglaises fut beaucoup plus évolutive. La meilleure introduction que nous puissions y faire est une citation du professeur Wadlow :

> « *The history of passing-off is sometimes presented in terms of a seamless progress in which a legal cause of action based on fraud arose by analogy with the tort of deceit, and was superseded in equity as early as the mid-nineteenth century, by one based on the protection of property rights. The truth is certainly more complex, but uneasy to unravel* »[237].

En droit anglais, le souci de protection du public a *in fine* donné naissance à trois actions : une action en tromperie (*action in deceit*), l'équivalent d'une action en parasitisme (*action in passing-off*) et l'action en défense de la propriété des marques. La scission entre l'action en *deceit*, ouverte à tous, et l'action en *passing-off*, ouverte au seul commerçant imité, se produisit peut-être dès le début du XVII[ème] siècle[238]. Ce passage de la logique de protection du public à celle de la protection des intérêts privés du commerçant fut le premier progrès du droit commercial vers le droit moderne des marques.

---

234 L. Bently, B. Sherman, *The making of modern copyright law*, précité, bibliographie, n° 238, p. 64 : *An Act for extending the copyright for Calico printers for designs*, et *An Act to secure to proprietors of designs for articles of manufacture the copyright of such designs for a limited time*.

235 Sur les champs d'application respectifs des deux *Acts* : *cf.* § 164.

236 L. Bently, B. Sherman, *The making of modern copyright law*, précité, bibliographie, n° 238, p. 75.

237 Ch. Wadlow, *The law of passing-off*, 2[ème] éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1995, bibliographie, n° 168, p. 9.

238 C. Wadlow, *ibidem*, p. 13 : la rupture s'accomplit peut-être dès l'affaire *Southern v. How*, en 1614. *Cf.* Underhay et Morgan, qui mentionnent la divergence des rapports sur cette affaire : selon l'un de ces rapports, elle n'aurait pas été déclenchée par un acquéreur trompé (*action in deceit*), mais bel et bien par le commerçant imité titulaire de la marque, et ce serait alors déjà une action en *passing off* (F. G. Underhay, T. W. Morgan, *Kerly on the Law of trade marks and trade name*, précité, bibliographie, n° 160, p. 1s). Quel que fut le plaignant, on sait que l'affaire fut tranchée en sa faveur, ce qui est remarquable si l'on se souvient que le *Case of Monopolies*, déclarant illégaux tous les monopoles, avait été jugé quelques années plus tôt seulement (en 1602, voir § 87).

L'action en *passing-off* demeurait toutefois une action en responsabilité civile, exigeant une *misrepresentation* (un acte générateur de confusion) et une intention frauduleuse. La *common law*, moins sollicitée que l'*equity* (car elle ne pouvait accorder que des dommages-intérêts, moins efficaces que les injonctions de l'*equity* face à des défendeurs souvent insolvables), persista à exiger un élément intentionnel pour réprimer le *passing-off*[239]. L'*equity*, elle, assouplit peu à peu sa notion de *fraud*, la tint finalement pour systématiquement établie et aboutit ainsi, dans l'affaire *Millington v. Fox*, en 1824[240], à une notion objective de la *misrepresentation*, devenue simple acte dommageable. Ce qui semble être une simple nuance de droit pénal est en réalité la transformation de la faute intentionnelle de *passing-off* en un acte objectif de *trespass*, deuxième progrès du droit anglais vers la propriété des marques. La solution fut discutée[241], mais finalement confirmée[242] par la Chambre des lords à la fin du XIX^{ème} siècle : nous le verrons au titre suivant.

B) La propriété industrielle en France

118. Propriété industrielle et liberté de l'industrie. La propriété industrielle en France fut conçue à la fois comme une propriété ayant de tous temps existé en droit naturel et comme un droit nouveau, sans histoire : « elle est née de la liberté même du commerce et de l'industrie proclamée par la loi du 17 mars 1791 »[243]. À la grande différence du *Statute of Monopolies*, qui voyait le droit des inventeurs comme une exception au principe général de liberté, le décret du 7 janvier 1791 érigeait leur propriété comme un élément constitutif de la liberté de l'industrie : la propriété permettait la liberté, et la liberté valorisait la propriété, les

---

239 Citons par exemple l'affaire *Singleton v. Bolton*, 1783, où Lord Mansfield, par ailleurs champion de la propriété littéraire (voir § 99), refusa de protéger une marque imitée, sans preuve de volonté de déception. Voir F. G. Underhay et T. W. Morgan, *Kerly on the Law of trade marks and trade name*, Sweet and Maxwell, 1927, bibliographie, n° 160, p. 1-16.

240 L. Bently, *From communication to thing : Historical aspects to the conceptualisation of trade marks as property*, *Univ. Iowa Legal Studies Research Paper*, november 2007, p. 1-48, bibliographie, n° 363, à la p. 13. L'affaire fut tranchée en equity par Lord Chancelor Cottenham, contre un concurrent ayant agi innocemment, sans même connaître l'existence du commerçant lésé, utilisant un nom devenu descriptif.

241 Pour une discussion de la question, avec citation des avis de plusieurs juges, *cf.* J. Bigland, *The law of trademarks*, Stevens & Son, 1876, bibliographie, n° 150, p. 11 et s.

242 Après un rejet de la plainte en première instance, infirmée en deuxième instance par Lord Cottenham, promoteur avec Westbury L. C. de l'idée de propriété (*Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth*, 1865, D. I. Bainbridge, *Cases and materials in intellectual property law*, 2ème éd., Pitman, 1999, bibliographie, n° 135). *Cf.* L. Bently, *From communication to thing*, précité, bibliographie, n° 363, p. 23-28.

243 Ed. Calmels, *Des noms et marques de fabrique et de commerce, De la concurrence déloyale*, Paris, 1858, bibliographie, n° 44, p. 2. Maillard de Marafy, rapporteur français au Congrès industriel de 1878, dans des propos rapportés par A. Darras, *Nouveau traité sur les marques de fabrique…*, précité, bibliographie, n° 47, p. I, déclara : « S'il est bon de connaître le passé, c'est uniquement, il n'y a qu'une opinion à cet égard, afin d'éviter avec soin de lui emprunter quoi que ce soit. »

deux étant complémentaires[244]. La doctrine française fut donc peut-être plus libérale que la doctrine anglaise dans la mesure où elle estimait que l'intérêt privé du propriétaire rejoignait nécessairement celui du public[245].

119. La propriété des dessins et modèles. La première propriété industrielle reconnue en France fut celle des dessins sous l'Ancien Régime. Dès la première moitié du XVIII[ème] siècle, une série d'arrêts consulaires et royaux reconnut expressément un droit de propriété sur les dessins préexistant à leur protection par le droit positif[246]. Cette série de textes, toutefois, ne concernait que les fabricants de soie lyonnais. L'objet en était le dessin, dans sa dimension intellectuelle, et non pas le support. Le droit était perpétuel et tout tiers pouvait être poursuivi pour l'avoir imité. Philipon note avec ironie qu'ainsi était reconnu, sur les dessins, ce qui était nié sur les œuvres et les inventions : le droit de propriété du créateur[247].

En 1787, un nouvel arrêt du Conseil étendit ces dispositions à l'ensemble du royaume. Mais, tout en se saisissant d'un droit particulier et régional pour en faire un droit général, le Conseil en limitait la durée et soumettait à dépôt la protection de la propriété[248]. Il en changeait ainsi la nature : d'un droit naturel protégé par règlement, il fit un droit positif, un privilège royal. Il fut, en tant que tel, aboli par la Révolution, et les dessins et modèles rejoignirent donc les œuvres et les inventions dans le domaine public.

Il n'en ressortit pourtant pas aussi vigoureux qu'elles : la Constituante proclama le principe de la propriété industrielle, mais oublia de l'appliquer aux dessins et modèles. On

---

244 Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » Comparer au rapport Boufflers : « Qu'entend-on par liberté ? Est-ce la faculté de disposer de ce qu'on a, ou de ce que l'on n'a point ? » (précité, bibliographie, n° 419, p. 15). « La liberté suffit (…). Mais comment suffit-elle ? C'est en admettant tout ce qui ne lui est pas contraire. La liberté suffit, mais avec la propriété … » (réponse de de Boufflers aux objections élevées contre la loi du 7 janvier 1791, lors de la discussion, en mai suivant, de sa loi d'application, cité par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 67, p. 100 et s., qui consacre lui-même (p. 9-10) des développements très théoriques à la complémentarité de la propriété avec la liberté, avec le travail, avec l'égalité).

245 Rapport Boufflers, précité, bibliographie, n° 412, p. 8. L'intérêt public justifiait aussi l'octroi de brevets d'importation (art. III et IX). Pour l'exposé des motifs de la loi de 1857 sur les marques, *cf.* A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, Paris, 1858, bibliographie, n° 63, p. 401.

246 E. Philipon, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles industriels*, Paris, Marescq, 1880, bibliographie, n° 57, p. 14-20. L'ordonnance du Consulat de la ville de Lyon du 25 octobre 1711 faisait « très expresses inhibitions et deffenses à tous marchands, maîtres-ouvriers, compagnons et autres employés dans la manufacture (…) de voler, prendre, prêter, (…) les dessins qui leur ont été confiés pour fabriquer », et fut homologuée par arrêt du Conseil du Roi du 1[er] mars 1712. Elle fut suivie par un arrêt du Conseil portant règlement, du 1[er] octobre 1737, rehaussant les sanctions ; puis par un arrêt du Conseil portant règlement, du 19 juin 1744, permettant de poursuivre tout tiers imitateur, et non plus seulement l'employé déloyal.

247 E. Philipon, *ibidem*, p. 32.

248 Arrêt du 14 juillet 1787, limitant la durée de protection à 6 ou 15 ans, et fixant le lieu et les conditions du dépôt d'échantillon. E. Philipon, *ibidem*, p. 26-30 : les Lyonnais obtinrent une dérogation au raccourcissement de la protection.

leur appliqua donc, par analogie, la loi des 19 et 24 juillet 1793 et son principe général de propriété[249].

Ce ne fut qu'en 1806, au retour d'un séjour à Lyon, que Napoléon Bonaparte, discernant la particularité des soieries par rapport aux gravures et sculptures des Beaux-Arts, leur consacra le décret du 18 mars 1806, dotant la ville d'un Conseil de Prud'hommes dont l'une des tâches était la « conservation de la propriété des dessins »[250]. C'était une propriété objectivement existante, donc, que les magistrats ne faisaient que préserver. En revanche, le droit ne pouvait être protégé que là où siégeaient les magistrats spécialisés.

Progressivement étendue et précisée[251], cette loi demeura l'unique source du droit spécial des dessins et modèles, jusqu'au début du XX^{ème} siècle. La plupart des auteurs du XIX^{ème} déploraient l'insuffisance et l'incertitude de leur protection, pourtant fondée sur le principe de propriété[252].

120. La propriété des inventions. Nous avons vu plus haut comment, en 1790, une loi sur les inventions fut réclamée au législateur, sous l'influence du très admiré *Statute of Monopolies*[253]. Le rapporteur de la loi française, Boufflers, en faisait lui-même la louange. Son rapport, fait le 30 décembre 1790, à l'Assemblée nationale, fut, en propriété intellectuelle, le plus explicite de tous :

> « L'invention, qui est la source des arts, est encore celle de la propriété ; elle est la propriété primitive, toutes les autres ne sont que des conventions. »[254]

---

249 Avec tous les inconvénients de l'analogie : « les fabricants étaient exposés aux variations et aux hésitations de la jurisprudence » (P. Greffe et A. Casalonga, *Traité des dessins et modèles*, Dalloz, 1937, bibliographie, n° 51, p. 4).

250 La section 3 du titre de 2 du décret est reproduite par C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, Paris, Rousseau, 1898, bibliographie, n° 48, p. 21. Selon son article 2, le dépôt est nécessaire pour « pouvoir revendiquer, par la suite, devant le tribunal de commerce, la propriété d'un dessin ». Philipon cite l'exposé des motifs (cette section « attribue aux prud'hommes une fonction nouvelle, protectrice de la propriété ») et le rapport de M. Pernon, dans la même veine (A. Philipon, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles*, précité, bibliographie, n° 57, p. 35).

251 C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles…*, précité, bibliographie, n° 48, p. 24. Après celui de Lyon, expressément créé par la loi de 1806, des Conseils de prud'hommes furent établis dans d'autres villes, étendant la zone de protection des dessins, mais la maintenant sur la base de protections locales. En 1825, une ordonnance royale permit à tout fabricant de déposer ses dessins, en déclarant que, là où ne siègeait aucun Conseil de prud'hommes, le greffe du tribunal de commerce ou celui du tribunal civil pourrait recevoir les dépôts. Cette dichotomie entre le droit et ses moyens d'application se retrouve également dans les arrêts portant règlement de la librairie de 1777 (voir *supra*, § 103), par exemple, et est étrangère à la logique anglaise ou un adage enseigne que « *where there is no remedy, there is no right* ».

252 E. Philipon, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles*, précité, bibliographie, n° 57, p. 41. A. Fournier, *Des transformations de la législation des dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 1908, bibliographie, n° 49, p. 36-37 : « Toutes ces imperfections, ces lacunes, la restriction originaire de l'intervention législative, et surtout l'absence d'une définition de l'objet de la loi, susceptible de permettre la détermination de son rôle en matière intellectuelle, laissaient à la pratique un large champ d'action ».

253 Voir *supra*, § 90 et § 92.

254 Rapport précité, bibliographie, n° 419, p. 3. Plus tard, en mai 1791, lors de la discussion de la loi d'application, Mirabeau, Président de l'Assemblée, confirmera que « les découvertes de l'industrie et des

Après avoir déclaré, dans son préambule, que :

> « tous les principes de justice, d'ordre public et d'intérêt national lui command[ai]ent impérieusement de fixer désormais l'opinion des citoyens sur ce genre de propriété »,

le décret du 7 janvier 1791 proclamait, en son premier article, que :

> « Toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la propriété de son auteur ; en conséquence, la loi lui en garantit la pleine et entière jouissance ».

Mais la loi ne venait pas simplement en protection de cette propriété naturelle : elle en régissait l'exploitation en passant un contrat avec l'inventeur. Les obligations de ce dernier consistaient en la divulgation de l'invention, le partage de son utilité dans le temps[255] et le paiement des arrhes ; il recevait, en contrepartie, la protection de la puissance publique[256]. Ce que l'on appelle aujourd'hui des limitations de propriété dans l'intérêt du public se présentait originellement comme des concessions contractuellement accordées par l'inventeur en échange de la protection publique[257]. Ce contrat n'était pas une fiction, mais bien un accord passé par l'inventeur en toute liberté, puisqu'une alternative lui était proposée, par la loi du 22 août 1790 instaurant un régime de « récompenses nationales aux inventions et découvertes en tous genres d'industrie »[258].

121. La propriété des marques. En France, le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, renforcé par la loi Le Chapelier du 14 juin suivant, supprima toutes les corporations de métiers et instaura la totale liberté du travail… « mais la liberté ne tarda pas à dégénérer en licence »[259]. La première loi française sur les marques fut adoptée pour y remédier le 22 Germinal an XI (1803)[260] : « elle eut pour but d'imposer des bornes à la concurrence, en même temps que de faire disparaître l'inégalité choquante » du traitement des marques des différents métiers « en plaçant toutes les marques, quel que fût le genre d'industrie, sous un

---

arts étaient une propriété avant que l'Assemblée nationale ne l'eût déclaré ». La loi fut reproduite par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention.…*, précité, bibliographie, n° 67, p. 98.

255 Article XV du décret précité § 91, note 139.

256 P. 5 et s. du rapport.

257 S'y ajoutent l'obligation d'exploiter dans les deux ans de la délivrance et l'obligation de divulgation effective (article XVI).

258 Loi et rapport ultérieurement rendu par Boufflers (« Sur l'application des récompenses nationales aux inventions & découvertes en tous genres d'industrie en exécution de la loi du 11 août 1790 », 9 septembre 1791, bibliographie, n° 413) consultables sur le site de la Bibliothèque nationale de France (précité, bibliographie, n° 399). La loi du 7 janvier 1791 s'y articule en son article VI.

259 A. Darras, *Nouveau traité sur les marques de fabrique.…*, précité, bibliographie, n° 47, p. XIV.

260 « La contrefaçon des marques particulières que tout manufacturier ou tout fabricant a le droit d'appliquer sur des objets de sa fabrication, donnera lieu : 1) à des dommages-intérêts envers celui dont la marque aura été contrefaite ; 2) à l'application des peines prononcées contre le faux en écritures privée » (Article 16 de la loi, telle que reproduite par E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 62, p. 1185). La rigueur des peines encourues dissuada toutefois les juges de les prononcer, et la protection des marques demeura donc très insuffisante.

régime uniforme »[261]. Le premier progrès du droit des marques fut donc de devenir un droit général et abstrait.

Une loi plus précise survint en 1824[262], « relative aux altérations et suppositions de noms dans les produits fabriqués », atténuant les sanctions de la contrefaçon (et les rendant ainsi applicables) pour les noms des fabricants, les raisons commerciales et les indications d'origine des produits. Même si la loi se présentait comme la définition d'une infraction, l'exposé des motifs considérait clairement le droit sur les marques comme une propriété[263]. L'idée de propriété ne passa de l'exposé des motifs au texte même de la loi que quelques décennies plus tard, ce que nous verrons au prochain titre.

Plus fortement concurrencée, en Allemagne, par les privilèges et le mouvement antimonopole[264], l'idée de propriété fut y moins répandue.

C) La propriété industrielle en droit allemand

122. La mixité doctrinale. À l'image du droit, la doctrine allemande se distinguait par son hétérogénéité. Certains auteurs soutenaient une approche instrumentale des droits sur les inventions, les marques et les modèles, qu'ils concevaient comme de pures créations législatives[265]. D'autres, inspirés par les doctrines françaises, défendaient l'idée de la propriété naturelle des auteurs et inventeurs[266]. Beaucoup tentaient plutôt de trouver un compromis entre le naturalisme français et le strict positivisme de ses opposants, tantôt en

---

261 A. Darras, *Nouveau traité des marques de fabrique.…*, précité, bibliographie, n° 47, p. XV : après le décret d'Allarde, des décrets épars protégèrent les marques des produits les plus attaqués.

262 Loi des 24 juillet et 4 août 1824, reproduite, avec l'exposé de ses motifs, par A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 63, p. 457 et s.

263 A. Rendu, *ibid.*, p. 464 : « Le nom d'un fabricant devenu célèbre par la supériorité constante de ses produits, la fidélité et le bonne foi dans ses relations commerciales, de même que celui d'une ville qui a créé un genre d'industrie connu et réputé dans toutes les parties du monde, sont donc plus qu'une propriété privée : ils forment une propriété publique et nationale » ; « qu'on ne dise pas non plus qu'on établit par la loi un monopole ou un privilège (…). Il ne s'agit ici que de donner une garantie légale à la propriété des noms qu'il n'est pas permis d'usurper. »

264 Voir *supra*, § 93.

265 E. Wadle, *Der Einfluß Frankreichs.…*, précité, bibliographie, n° 359, p. 893-895. Mohl (1853) soutenait que le droit des brevets était une « mesure policière » (*polizeiliche Massregel*), tolérable pourvu que de strictes conditions de durée, de publicité, et de proportionnalité y soient imposées ; Krugg (1866) insistait sur la fonction économique de la marque pour en faire un droit-fonction, justifié dans la seule mesure de sa proportionnalité et de son utilité.

266 E. Wadle, *ibidem*, p. 892 : Weinlig (1843) défendait l'idée de propriété des inventeurs et des auteurs, refusait tout examen préalable, mais acceptait toutefois la limitation de durée et l'obligation d'exploiter comme des exigences d'intérêt public. Schmid désigne Meißner, pour ses *Vier Gesetze für das deutsche Gewerbewesen* de 1848, comme « l'un des premiers et des plus zélés défenseurs de la protection de la propriété intellectuelle » : P. Schmid, *Die Entwicklung.…*, précité, bibliographie, n° 118, p. 51.

trouvant aux divers droits intellectuels des fondements différents[267], tantôt en affinant la doctrine du droit naturel, en lui trouvant d'autres manifestations que la propriété[268].

123. L'incertitude du droit positif. Le droit français eut une influence directe sur celui de certains États allemands : dans les pays rhénans annexés, il entra automatiquement en vigueur et, même après leur restitution à l'Allemagne, le resta jusqu'aux réformes nationales[269]. D'autres États, non annexés, l'adoptèrent librement[270]. Tous adhéraient à l'idée de propriété industrielle.

Par ailleurs, certains *Länder* se mirent en devoir de promouvoir l'idée de la propriété industrielle au niveau fédéral. À la dixième conférence de l'Union douanière, le député de Bade, par exemple, proposa la protection des modèles d'ouvrages de fabrique ; peu après, en 1854, une commission d'experts, appointée par Berlin, publiait une proposition de loi de protection de la propriété des articles de fabrique[271]. Mais ces efforts relèvent déjà de la deuxième moitié du siècle, marquée par un contexte particulièrement hostile à l'idée de propriété intellectuelle : nous les étudierons donc dans le titre suivant.

---

267 Wieck acceptait la propriété des marques, mais pas celle des modèles, simples droits de politique industrielle. La Prusse, ayant reconnu la propriété des auteurs avant tous les autres États allemands, en excluait expressément les dessins et modèles industriels (§ 25 de la loi de juin 1837 ; voir P. Schmid, *ibidem*, p. 47), et considérait les brevets d'inventions et les marques comme des monopoles accordés par opportunité (voir *supra*, § 92). Klostermann concevait les droits intellectuels comme des droits de propriété, sauf la marque, où il voyait plutôt un droit de la personnalité : R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz und Markenschutz*, Ed. I. Guttentag, 2ème éd., 1876, bibliographie, n° 108, p. 430. E. Wadle, *Der Einfluß Frankreichs.*…, précité, bibliographie, n° 359, p. 893-896 : dans le premier véritable traité de droit des modèles, Klostermann fit de ceux-ci une « sorte de propriété intellectuelle » (« *eine Art von geistiges Eigentum* »), mais la mettait sur « un niveau inférieur » (une « *nidrigen Stufe* »), en raison du moindre travail intellectuel requis par un modèle que par une œuvre ou une invention.

268 Kleinschrod (1855) fondait la protection légale sur l'idée de récompense (*Belohnungstheorie*).

269 E. Wadle, *Der Einfluß Frankreichs*…, précité, bibliographie, n° 359, p. 873. Le projet d'abroger la loi française de protection des marques à Cologne provoqua en 1840 une violente protestation des commerçants et des industriels.

270 E. Wadle, *ibidem*, p. 880 et s. Le Grand-Duché de Berg, par exemple, adopta en 1811 le système français de protection de la propriété des modèles par des Conseils de prud'hommes. Le Wurtemberg adopta en 1828 une ordonnance fondant expressément son droit des marques sur l'exemple français, mais maintenait, pour les brevets, le système de concession princière. Le droit français fut discuté en détail lors des négociations menées dans le cadre du *Zollverein* sur le droit des brevets en 1854 et 1858.

271 P. Schmid, *Die Entwicklung*…, précité, bibliographie, n° 118, p. 47 et s.

Conclusion du chapitre 2

124. Justice individuelle et bien commun. Les principales idées auxquelles il fut recouru pour légitimer les droits privatifs sur les biens intellectuels sont communes à nos trois pays . Le devoir de justice envers le créateur et le devoir du législateur de faire le bien commun se rejoignaient pour en justifier la protection.

125. Propriété et modernité. Le rôle de l'idée de propriété fut en revanche très varié, voire contradictoire. Les lois persistant dans la logique du privilège avaient tellement évolué qu'elles reconnaissaient de véritables droits subjectifs. À l'inverse, la propriété, quand elle ne prenait pas directement racine dans les anciens privilèges, était fort éloignée de la notion absolutiste du droit civil contemporain. Il serait donc caricatural d'opposer, en fonction de la place donnée au modèle de la propriété, les lois réactionnaires aux lois libertaires : ce serait là un critère injuste.

126. Les particularités nationales. Le passage au droit intellectuel moderne s'accomplit par ailleurs de diverses manières d'un pays à l'autre, et chaque ordre juridique national tira d'une qualité qui lui était propre une source d'influence sur ses voisins.

127. Propriété et liberté en droit anglais. L'Angleterre fut le berceau de la liberté du commerce et du droit des brevets, du droit des auteurs et du droit sur la marque. Sa précocité lui fit exercer une forte influence sur les droits français et allemands, qui appliquaient encore, à l'époque du *Statute of Monopolies* et du *Statute of Ann*, le système des corporations et des privilèges. Les principes de liberté individuelle et de méfiance envers les actes étatiques, qu'ils soient d'origine royale ou parlementaire, l'ont conduit à établir une hiérarchie entre l'idée de liberté, la plus haute, et la réservation privative qui ne faisait qu'y déroger, à la fois justifiée et contenue par l'utilité sociale. Ce schéma vaut toujours à l'égard du droit anglais actuel – nous le vérifierons dans la seconde partie de cet ouvrage.

128. Propriété et liberté en droit français. La France fut à l'origine du prototype de la propriété intellectuelle. Son caractère volontariste et proclamatoire, et le rayonnement de la Révolution Française, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, puis de l'Empire napoléonien, lui acquirent de larges sympathie dans les milieux philosophiques et politiques d'Angleterre et d'Allemagne. Aux significatifs progrès déjà accomplis par le droit monarchique, le droit révolutionnaire ajouta une unité conceptuelle, et adossa cette nouvelle propriété aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Les mêmes principes qu'en droit anglais de liberté individuelle et de méfiance envers l'arbitraire étatique l'ont mené à la

conclusion opposée : en droit français, la protection de la propriété privée était la meilleure garantie de la liberté individuelle. Liberté et propriété, selon ce schéma, étaient les sœurs siamoises, desquelles la recherche de l'utilité sociale pouvait seulement, çà et là, requérir quelques concessions.

129. La richesse dogmatique allemande. Le droit allemand, éclaté, divers et plus tardif, acquit de son retard une plus grande prudence que le précoce droit anglais et l'enthousiaste droit français. Du droit anglais, il adopta l'opposition entre propriété privée et liberté commune ; du droit français, il reçut la force évocatrice et unificatrice du concept de propriété intellectuelle. Son relatif retard et son approche particulière des questions théoriques donnèrent à sa doctrine, riche et diverse, un effet rétroactif sur ses prédécesseurs. La circonspection des auteurs allemands et la rigueur du dogme de la propriété dite romaniste leur fit développer plusieurs théories de compromis, ainsi que la théorie personnaliste. Résultat de toutes ces influences, l'idée allemande de propriété intellectuelle est à comprendre par analogie, plutôt que par identité avec le concept général de propriété. Notons enfin que c'est en Allemagne, surtout, que furent le plus précisément examinées les implications de l'idée de propriété intellectuelle. En Angleterre et en France lui furent opposées plutôt les notions extérieures de liberté du commerce et d'utilité sociale. C'est en Allemagne, également, que fut développé le seul véritable modèle alternatif à la propriété : le modèle personnaliste. Les notions de monopole et de concession étatique sont nettement moins porteuses de sens et moins distinctives de celle de propriété : d'ordre plutôt économique que juridique, elles peuvent en outre recouvrir la propriété elle-même.

Chapitre 3

-

Les premiers éléments techniques de la modernité

130. La mise en forme technique du modèle théorique. L'étude des modèles théoriques ayant inspiré les premiers textes modernes de droit intellectuel, tout en mettant en valeur le tropisme qui attire les biens intellectuels vers le droit de propriété, a montré une réalité politique complexe et de grandes divergences dans l'articulation de la liberté et de la propriété. Laissons là les proclamations politiques et les dogmes économiques et examinons maintenant ce que la structure technique donnée à ces nouveaux droits peut nous dire de leur nature.

131. Problématique. Quels furent les points de droit qui attirèrent la plus grande attention des législateurs ? Fut-ce la détermination du contenu du droit selon l'opportunité économique ? On se trouverait alors dans la logique d'un monopole artificiel de droit positif. Fut-ce plutôt l'identification de ses contours naturels selon le sentiment de la justice ? Il s'agirait donc d'un droit naturel de propriété, mis en forme et protégé par la loi.

132. Plan[272]. Il apparaîtra dans ce chapitre que ce qui permit aux droits intellectuels d'accéder à leur forme moderne fut la définition propre de leur titulaire et de leur objet. Notre première section traitera donc de l'identification des nouveaux titulaires des droits intellectuels et de ce qui les distingue des titulaires de tout autre droit : leur activité créative. La deuxième montrera comment s'est dégagé l'objet tout particulier qui vaut à notre matière son qualificatif d'*intellectuelle* : le bien immatériel, issu de l'activité cérébrale.

[272] Traitant de problématiques sur lesquelles nous ne prendrons pas le temps de revenir spécifiquement, ce chapitre dépasse parfois la limite chronologique du titre : le tout début du XIX^{ème} siècle. Les textes qui n'ont pas été vus dans le présent titre le seront dans le suivant. Nous prions notre lecteur d'excuser ces prolepses.

Section 1 : L'identification des titulaires des droits intellectuels

133. Acte créatif méritoire. Le premier progrès qui fit entrer les droits intellectuels dans leur histoire moderne fut l'expulsion de tout autre sujet de droit que le créateur, auteur ou inventeur. Les droits intellectuels devaient dorénavant n'exister qu'au profit du concepteur intellectuel, de celui qui était à l'origine du bien. Le premier phénomène fut donc l'identification, par leur génie ou leur inspiration, d'une nouvelle classe de sujets de droit. Ce transfert suivit les critères du génie, de l'effort, du travail, voire du risque, non plus dans l'exploitation du bien, comme dans la propriété éditoriale ou dans une grande partie des privilèges industriels, mais dans sa création : la notion-clef, caractéristique du droit intellectuel moderne, devenait le mérite originel.

134. Plan. Distinguant les biens intellectuels selon leur problématique respective, nous exposerons successivement le transfert aux auteurs du droit sur leurs œuvres (A), la limitation aux inventeurs des droits sur les inventions (B), la reconnaissance du fabricant de modèles (C) et la subjectivisation du droit de marque (D).

A) Le transfert aux auteurs du droit sur leurs œuvres

135. L'évolution de la théorie littéraire. Le transfert aux auteurs du droit sur les œuvres correspondait à l'évolution des pratiques d'écriture. Par opposition à la théorie de l'auteur reproducteur des thèmes traditionnels, ce fut la reconnaissance du génie et de l'originalité individuelle. Cette problématique naquit de la Renaissance, anima la querelle des Anciens et des Modernes et se perpétua, sous d'autres formes, dans la découverte de l'individualisme, puis dans l'élan romantique[273]. En corrélation avec cette émancipation intellectuelle, les auteurs se libérèrent petit à petit du « *patronage* » (mécénat) pour se transformer en « *professional authors* »[274].

La doctrine allemande s'engagea plus loin encore sur cette voie, en développant l'analyse inédite du droit d'auteur comme un droit de la personnalité. Son célèbre concepteur,

---

273 Pour un rapprochement du préromantisme anglais, du mouvement allemand du *Sturm und Drang* et de la querelle des Anciens et des Modernes en France, voir S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, tome 1, p. 102 et s.

274 Le professeur Rose parle même, pour les auteurs, de leur « professionnalisation » (M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 4). Voir, en français, B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, Essai Seuil, 2004, bibliographie, n° 187, p. 211 et s.

Emmanuel Kant, voyait dans le contenu intellectuel du livre un discours par lequel l'auteur s'adressait directement au public. Quand un éditeur imprimait et vendait un livre sans l'autorisation de l'auteur, il le faisait parler malgré lui et portait atteinte à sa personnalité plutôt qu'à son patrimoine[275]. Selon la doctrine personnaliste du droit d'auteur qui se développa sur cette idée, mais que Kant n'avait pas formalisée, l'acte créatif non seulement désignait l'auteur comme titulaire originel du droit, mais modifiait aussi la nature et renforçait l'intensité de ses prérogatives. De droit patrimonial, le droit d'auteur devenait un droit de la personnalité, l'œuvre devenait un élément de la personne, et chaque hésitation sur la portée et les limites de leur protection devait être tranchée en faveur de l'auteur. Influencés par ces conceptions, les trois pays étudiés désignèrent enfin l'auteur comme titulaire originel du droit sur son œuvre.

136. Le *copyright*. L'apparition de l'auteur, dans le *Statute of Ann*, était relativement inattendue, puisque ses initiateurs qui le réclamaient au Parlement, étaient les éditeurs[276]. C'est ainsi que, dans le *Statute of Ann*, l'auteur devint le titulaire originel du droit de *copy*, et l'éditeur n'était plus que son ayant droit (« *purchaser* »[277]). C'est par la partie de la jurisprudence convaincue de l'existence d'une propriété littéraire perpétuelle *at law* fondée sur des principes de droit naturel[278], que la théorie de l'auteur fut le plus richement développée. Des considérations moins idéalistes venaient également soutenir le transfert du droit aux auteurs. Daniel Defoe, dont l'implication était d'autant plus personnelle qu'en 1704, il sortait fraîchement de la prison où l'avait fait jeter sa précédente publication, milita ardemment pour la propriété des auteurs sur leur œuvre, juste compensation de leur responsabilité pénale[279].

137. Le droit d'auteur français. Nous avons vu comment, en France, le règlement de 1777 posa les premiers jalons du droit moderne des auteurs[280]. Par la grâce royale, le droit naissait, perpétuel et héréditaire, entre les mains de l'auteur, mais sa cession à un éditeur en

---

275 E. Kant, « *Von der Unrechmässigkeit des Büchernachdrucks* », précité, bibliographie, n° 343.

276 Entre 1695 et 1709, pas moins de treize *Bills* furent présentés au Parlement, visant tous à rétablir le *Licensing Act*, mais échouant tous successivement (R. Deazley, précité, bibliographie, n° 243, p. 1 à 29). Les éditeurs finirent aussi par se prévaloir de la cession de la propriété des auteurs (voir *supra*, § 99).

277 Les titulaires en étaient ainsi définis : « *the Author of any Book or Books already Printed, who hath not Transferred to any other the Copy* » ou « *the Bookseller or Booksellers, Printer or Printers, or other Person or Persons, who hath or have Purchased or Acquired the Copy* », désignés plus bas comme les « *Proprietors of the Copy* ». *Statute* précité note 160.

278 Voir *supra*, § 99.

279 D. Defoe publia un *Essay on the regulation of the Press*, puis une série d'articles rythmant les années suivantes (M. Rose, précité, bibliographie, n° 249, p. 34-39, qui conclut : « *the heart of Defoe's argument in the Essay is an appeal to the complementarity of punishment and reward rather than to labor* »).

280 Voir *supra*, § 103.

réduisait étrangement la durée à la vie de l'auteur[281]. Les termes employés au préambule signalaient même entre les deux « grâces »[282] une différence de nature et non pas seulement de « motifs ». Les éditeurs réagirent violemment à cette disposition[283], qui fut sensiblement tempérée par l'interprétation qu'imposa un règlement de 1778 de la notion de cession[284]. Cette dichotomie fut très critiquée, de tous bords, comme une contradiction inexplicable : comment le droit pouvait-il changer de nature en changeant de main ?

Abandonnant la logique de la grâce royale et perdant la liberté créatrice qu'elle donnait au législateur, les décrets révolutionnaires étaient plus clairs. Le droit était désormais défini par rapport au seul auteur. L'éditeur n'en était qu'un ayant droit innommé, compris dans le groupe « héritiers et cessionnaires »[285] ; il en acquérait, en revanche, la propriété entière.

138. En droit allemand. En Allemagne, au début du XVIII[ème] siècle, certaines des premières expressions de la doctrine de la propriété éditoriale (« *jüngere Verlagseigentumslehre* ») fondaient le droit de l'éditeur sur l'acquisition du manuscrit de l'auteur[286]. Cela constituait une première réorientation de la propriété éditoriale vers les auteurs. Les premiers textes allemands attribuant la propriété originelle à l'auteur datent de la fin du XVIII[ème] siècle et du début du XIX[ème][287]. Au niveau fédéral, la troisième assemblée

---

281 Article 5.

282 « L'auteur a sans doute un droit plus assuré à une grâce plus étendue, tandis que le libraire ne peut se plaindre, si la faveur qu'il obtient est proportionnée au montant de ses avances et à l'importance de son entreprise », texte précité note 184. Nous soulignons.

283 Voir, par exemple, l'*Opinion de Linguet touchant l'arrêt sur les privilèges*, *Annales politiques, civiles et littéraires*, Londres, 1777, consultable sur le site *Primary sources on copyright*, précité, bibliographie, n° 397, dont on trouve des extraits chez E. Laboulaye, G. Giffrey, *La propriété littéraire…*, précité, bibliographie, n° 193, p. 221-264. Laboulaye et Guiffrey citent encore les *Lettres à un ami* de l'abbé Pluquet (p. 265-358). F. Rideau mentionne l'avocat Cochu (F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 207, p. 173). Voir aussi A.-C. Renouard, *Les droits d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 41, p. 173 et s. Mme Dock fait de ces réactions un résumé très clair : M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 185, p. 133-137. Voir également L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?…*, précité, bibliographie, n° 202, p. 380 et s.

284 Règlement du 30 juillet 1778, précité note 185, en son article 2, selon lequel les auteurs pouvaient bien « faire imprimer » et « faire vendre » leurs ouvrages « pour leur compte », sans que cela ne constitue une cession. Par ailleurs, les éditeurs pouvaient obtenir un privilège en propre ; celui-ci était alors d'une durée déterminée de dix ans au moins, voire étendue à la vie de l'auteur, si celui-ci survivait au privilège de son libraire (articles 3 et 4).

285 « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs, qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront, durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou partie » (article 1 du décret des 19 et 24 juillet 1793 précité § 104). « Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs » (article 2).

286 M. Vogel, *Deutsche Urheber-…*, précité, bibliographie, n° 231, p. 42 et s.

287 Le *Preußisches Allgemeines Landrecht* de 1794 ne traitait du droit sur les œuvres que le transfert contractuel à l'éditeur, dans son titre « Sur l'acquisition de la propriété entre vifs » (H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Metzner, 1970, bibliographie, n° 70, § 996 à 1036, p. 163-164, spéc. § 998). Ce titre inspira des avis contrastés : Kohler regrettait « qu'il lui manque ce principe clair, que l'éditeur n'est qu'un ayant-droit de l'auteur », et qu'il ne soit pas expressément question de propriété littéraire (J. Kohler, *Urheberrecht…*, précité, bibliographie, n° 92, p. 89). Kostermann a sur les

annuelle de la Confédération germanique, en 1818, posa comme principe que le droit de l'éditeur dérivait bien de l'acquisition de celui de l'auteur[288]. Après les vicissitudes relatées au chapitre précédent, la Confédération aboutit, le 9 novembre 1837, à la reconnaissance expresse au profit de l'auteur de la « propriété de l'œuvre littéraire ou artistique »[289].

139. L'actualité du principe personnaliste. De même que la reconnaissance de l'auteur en droit correspondait à l'évolution des pratiques de l'écriture, les techniques actuelles de production culturelle de masse et les structures impersonnelles de l'*industrie* culturelle inspirent aujourd'hui une réticence nouvelle envers le dogme de l'auteur. Il nous semble que le courant de la « mort de l'auteur »[290], considérant l'œuvre comme le produit d'un siècle plutôt que d'un esprit original, indépendante de celui qui, de façon contingente, s'en est trouvé le rédacteur, est plutôt une redécouverte de la distinction des idées et de leur expression que la remise en cause de la titularité originelle de l'auteur. Par ailleurs, les nouvelles techniques de création et de distribution des œuvres nous paraissent devoir avoir plus d'impact sur le droit contractuel d'auteur que sur sa titularité initiale.

Alors qu'il s'agissait, quant aux œuvres, d'une remontée du droit vers son origine, c'est une véritable expulsion qui survint en droit sur les inventions.

B) La limitation aux inventeurs du droit sur les inventions

140. Le mérite des inventeurs. Le droit moderne des brevets se recentra sur ceux-là seuls qui l'avaient mérité par leur ingéniosité technique, leur audace, ou les risques pris à l'étranger pour en rapporter les techniques inconnues à la patrie; tous ceux dont le monopole ne se fondait sur aucun exploit de ce type le perdaient.

---

mérites du *ALR* une idée plus favorable, et considère qu'au contraire, la naissance du droit entre les mains de l'auteur y est partout présente, que la portée et la modernité de ces dispositions ont par la suite été injustement méconnues (R. Klostermann, *Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, nach Deutschem und internationalem Rechte*, 1er tome, Guttentag, Berlin, 1871, bibliographie, n° 82, p. 49). De même, E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3ème éd., Springer-Verlag, 1980, bibliographie, n° 99, p. 42. Mentionnons également le Code national de Bade de 1809, qui reconnaissait la « propriété originelle » de tout ouvrage à « celui qui l'a conçu » (art. 577 da), et précisait que « la propriété littéraire s'étend non seulement à l'écriture, mais aussi à son contenu » (art. 577, d, b). Le professeur Vogel y voit la première loi allemande sur les droits propres des auteurs (M. Vogel, *Deutsche Urheber-*…, précité, bibliographie, n° 231, p. 123).

288 L. Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung*…, précité, bibliographie, n° 220, p. 131.

289 « *Eigentum des literarischen oder artistischen Werkes* » (au sujet de sa transmissibilité : art. 2).

290 Le professeur Bently expose succintement les théories littéraires de M. Foucault et R. Barthes et le courant de doctrine juridique qui en déduit l'inadéquation, en droit, du dogme de l'auteur puis en fait la critique (L. Bently, *Copyright and the death of the author in Literature and law*, *The Modern law Review*, 1994, vol. 57, p. 973-986, bibliographie, n° 365).

141. Le mérite des inventeurs en droit anglais. Dans l'affaire *Clothworkers of Ispwich*[291], le *King's Bench* louait le mérite des inventeurs, enfin distincts des autres bénéficiaires de monopoles, et fondait leur droit sur leur travail et les risques qu'ils avaient dû faire courir à leur patrimoine, mais aussi parfois à leur vie[292]. Plus sobre, le *Statute of Monopolies* parlait du « *true and first inventor* », l'opposant à tout le reste de la société, à « *all person and persons, bodies politic and corporate whatsoever* »[293].

142. Le mérite des inventeurs en droit français. De même qu'en matière littéraire, le droit monarchique, en droit français des inventions, avait ouvert au droit révolutionnaire la voie de la modernité. En 1762, une déclaration royale avait voulu renforcer le caractère personnel du privilège donné en récompense aux inventeurs[294]. À sa suite, le rapport du Chevalier de Boufflers[295] exaltait les talents particuliers des inventeurs, distincts des gens ordinaires par une « faveur que la nature leur a faite exclusivement », et le décret pris sur ses recommandations reconnaissait donc positivement cette propriété née « primitivement » dans l'esprit du concepteur[296]. Plus tard, Boufflers se félicitait, en termes presque épiques, que cette « foule d'hommes habiles en tous genres [avaie]nt repris un nouveau courage et même un nouvel être ; (…) et [que] tandis qu'ils s'efforc[ai]ent de hâter les destinées qui leur [étaie]nt promises (…), une foule d'hommes utiles, attirés des États voisins et des contrées lointaines, [étaie]nt prêts à se fixer dans la patrie des talents »[297].

143. Le mérite des inventeurs en droit allemand. Alors que le droit allemand développait pour le droit sur les œuvres, les marques et les dessins et modèles une analyse favorable au créateur individuel, il se montrait au sujet des inventions beaucoup moins

---

291 Affaire précitée § 88.

292 « *If a man has brought in a new invention and a new trade within the kingdom in peril of his life and consumption of his estate or stock...* » (D. Young, A. Watson, S. Thorley, R. Miller, *Terrell on the Law of Patents*, précité, bibliographie, n° 169, p. 3).

293 Texte précité § 89. Renouard en a publié une traduction française (A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 84-88).

294 … Et regrettait que « les privilèges en fait de commerce, qui ont pour objet de récompenser l'industrie des inventeurs (…) semblent plutôt être un patrimoine héréditaire qu'une récompense personnelle à l'inventeur… » : A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 41, p. 72. Il fut donc décidé de ne plus octroyer de privilège perpétuel, et de soumettre toute transmission aux héritiers à la vérification de leur compétence. A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques…*, précité, bibliographie, n° 43, p. 26-27 : l'obligation d'exploiter dans l'année de l'obtention du privilège fut également posée. Il nous semble juste d'y voir « la transition entre le régime juridique purement coutumier et le régime réglementaire qui s'établit par la suite », suivant en cela J. Isoré, « De l'existence des brevets d'invention en droit français avant 1791 », *Revue historique de droit français et étranger*, 4-16, 1937, bibliographie, n° 314, p. 106.

295 Rapport précité, bibliographie, n° 420.

296 Préambule et article 1er. Notons qu'alternativement aux patentes, l'inventeur pouvait renoncer à cette propriété et recevoir une simple récompense financière (loi du 22 août 1790).

297 Boufflers, lors de la discussion de la loi d'application de celle du 7 janvier 1791 (A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 101).

personnaliste que les droits anglais et français et, nous l'avons vu, restait attaché au système des privilèges d'intérêt national.

C) Le droit des modèles

144. La confusion de l'inventeur et du fabricant des dessins et modèles. Comme nous l'avons déjà remarqué[298], le droit français des modèles fut le plus précoce, puisque, dès les arrêts de règlement rendus par le Conseil du Roi pendant la première moitié du XVIII^{ème} siècle, était reconnue aux « maîtres-fabricants » la propriété de leurs dessins. La loi de 1806 désignait toujours les fabricants comme titulaires du droit de propriété. Pourtant, l'exposé des motifs visait « ceux qui inventent ou perfectionnent la partie de la fabrication qui appartient aux arts du dessin »[299]. De même, le premier *Act* anglais permettant la réservation des dessins et modèles s'adressait aux « *designers, printers and proprietors* », et les suivants ne se firent pas plus précis[300]. Cet amalgame entre titulaire originel et cessionnaire, entre créateur et exploitant, aujourd'hui encore, trouble souvent l'analyse des droits intellectuels.

D) La subjectivisation du droit sur la marque

145. Contrairement aux droits sur les œuvres et les inventions, le droit sur la marque ne trouva pas son titulaire moderne en expulsant les anciens. Nous avons vu[301] que les droits anciens sur la marque étaient très divers, souvent collectifs et, surtout, qu'ils émanaient de lois éparses de police du commerce : ce n'étaient pas des droits privés.

146. Le passage au droit individuel sur le signe. Dans une période intermédiaire, des lois générales leur furent consacrées, mais elles demeuraient des lois de droit public, sanctionnant des délits perpétrés non pas contre un droit individuel, mais contre la confiance publique. En Angleterre, la *common law* sanctionnait le délit de tromperie, depuis 1614, par une action en *deceit* ouverte à tout acquisiteur trompé[302]. En Allemagne, dans bien des *Länder*, la marque n'était qu'un « *Gegenstand des Strafrechts* », un objet de droit pénal, et l'action en justice

298 Voir *supra*, § 119.
299 Cité par E. Philipon, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles industriels*, précité, bibliographie, n° 57, p. 35, note n° 1.
300 Voir *supra*, § 116.
301 Voir *supra*, § 69.
302 1614, *Southern v. How*, précitée note 238. Voir D. I. Bainbridge, *Cases and materials…*, précité, bibliographie, n° 135, p. 628 et s.

pouvait souvent être déclenchée indépendamment du titulaire[303]. Ces textes ne faisaient naître que des droits d'agir en justice et profitaient à tout individu lésé[304].

L'un des premiers progrès du droit des marques fut donc de créer un droit subjectif au profit d'un nouveau type de titulaire : le détenteur du signe. En Angleterre, l'action du titulaire du signe en *passing off*[305] compléta l'action du public en *deceit*[306]. En France, la loi du 22 Germinal an XI (1803), afin de mettre fin à la licence résultant de la loi du 7 mars 1791, mit à la disposition des fabricants et commerçants lésés une action civile et une action pénale. Ce glissement, en Allemagne, se produisit au XIX^{ème} siècle[307].

147. L'analyse personnaliste de la marque. Le premier progrès du droit des marques fut ainsi de passer d'une logique de protection du public à une logique de protection du commerçant qui a su attirer sur sa marque la confiance du public. Cette personnalisation du droit sur la marque était le résultat de la libération de l'artisanat et de la manufacture et de la personnalisation de leurs produits : le but de la marque apposée sur les produits du commerçant ou du fabricant était de « leur imprimer, aux yeux du public, le caractère de sa personnalité »[308]. La personnalité du titulaire de la marque, exprimée à travers ses produits, est également centrale dans la notion de *passing off*, qui désigne à la fois l'action de confondre les produits et celle de confondre les fabricants ou commerçants[309]. Cette personnalisation de la marque et des biens sur lesquels elle était apposée mena la doctrine allemande de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle jusqu'à l'intégrer à la doctrine des droits de la personnalité[310]. Nous aurons plus bas l'occasion de confirmer cette tendance[311].

---

303 E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz…*, précité, bibliographie, n° 121, tome 2, p. 337 et p. 359. Le *Preußisches Allgemeines Landrecht*, par exemple, sanctionnait le délit de tromperie du public (H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, précité, bibliographie, n° 70, *Betrug des Publici*, § 1445 et s.).

304 Voir *supra*, § 92.

305 Le professeur Bainbridge le définit comme « *the use, by a person, on his own goods, of a mark or get-up belonging to another person, with the intention of passing off the goods as being those of that other person* » (D. I. Bainbridge, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 134, p. 625). Notons, tout d'abord, l'application au signe du verbe « appartenant ». Soulignons ensuite que le lien entre le titulaire et sa marque n'est que la conséquence de celui, plus fondamental, entre le titulaire et ses produits.

306 C. Wadlow, *The law of passing-off*, précité, bibliographie, n° 168, p. 14 et s. : *Keech v. Sanford*, 1726, en *common law*, puis *Blanchard v. Hill*, 1742, en *equity* (si ce n'est déjà dans *Southern v. How*, 1614).

307 Voir *infra*, § 244.

308 Rendu, au sujet de la loi de 1857 que nous verrons plus bas (A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 63, p. 1). Dans la même veine, il écrivit au sujet de la loi sur les noms de 1824 : « cette propriété est fondée, du point de vue industriel, sur le droit naturel qui appartient à chacun de profiter seul de la valeur particulière que peut donner à ses produits l'apposition d'un nom qu'il a su entourer, par son talent et sa probité, d'une juste considération » (p. 243).

309 T. W. Morgan, F. G. Underhay, *Kerly on trade marks...*, précité, bibliographie, n° 160, p.13.

310 « Le signe est le mode d'expression de l'auteur, la manifestation de l'activité productive du fabricant ». J. Kohler, *Warenzeichenrecht*, Mannheim et Leipzig, 1910, bibliographie, n° 111, p. 62 et s. : le droit du fabricant est donc « une des émanations les plus importantes du droit de la personnalité ». C'est, selon

148. Conclusion. De façon plus ou moins spectaculaire, l'un des apports majeurs des premiers textes modernes, sur les biens intellectuels, fut de leur désigner, pour titulaires, les personnes à qui ils devaient leur existence, donnant ainsi un effet juridique à l'acte créatif dont l'ancien droit ne tenait pas compte, ou seulement occasionnellement. Le second apport de ces textes fut de mieux déterminer leur objet et de le caractériser comme bien intellectuel.

Klostermann, « un droit patrimonial dont le fondement est en droit de la personnalité » (R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung…*, précité, bibliographie, n° 108, p. 430 et s.).

311 Voir notamment *infra*, § 292.

Section 2 : L'identification des biens intellectuels

149. Définition de l'objet du droit. La transformation de la personne en propriétaire et celle de la création en bien furent les deux conséquences de la découverte juridique de l'acte créatif. L'identification du bien intellectuel fut toutefois plus empirique et plus confuse que celle de son du titulaire car, si le concept de propriétaire était connu du droit, celui de bien intellectuel était inédit. Moins personnaliste que la notion de créateur, elle fit intervenir les critères économiques et sociaux de l'utilité générale, du service au public, du bien commun.

150. Plan. Respectant la particularité de chaque bien intellectuel, tout en soulignant l'analogie de leur évolution, nous étudierons successivement : la détermination de l'invention nouvelle et industriellement applicable (A), la définition de l'œuvre originale (B), la spécificité des dessins et des modèles (C) et la définition du signe distinctif (D).

A) La définition de l'invention nouvelle et utile

151. La nouveauté de l'invention. Le brevet fut historiquement le premier droit intellectuel à identifier son objet et à se débarrasser de tout ce qui n'était pas une invention nouvelle, industriellement applicable et capable de contribuer à la prospérité nationale. En furent donc exclus tous les produits déjà connus, voire de première nécessité (cartes à jouer, épices...[312]), sur lesquels portaient auparavant les privilèges, chassés par l'idée que la réservation des inventions doit contribuer à l'enrichissement commun. Le croisement de la volonté libérale de restreindre au minimum les actes étatiques et du désir de stimuler l'industrie nationale conduisit à limiter et à mieux orienter le nombre de brevets. Mais la nouveauté, premier ferment de modernité dans le droit des brevets, était un concept plutôt politique que scientifique : elle était relative au territoire national et non pas scientifiquement absolue. « Nouveauté » signifiait plutôt « utilité sociale » que « progrès scientifique ». Dans la plupart des textes cités, des brevets d'importation étaient donc délivrés au premier introducteur, dans le pays, d'une industrie connue dans un autre[313].

---

312 L'affaire *Darcy v. Allein*, 1602, en Angleterre, portait sur des cartes à jouer (voir *supra*, § 87). Pour des exemples de monopoles sur les épices au Wurtemberg, voir M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht*, précité, bibliographie, n° 218, p. 21.

313 Notamment dans la jurisprudence anglaise *Clothworkers of Ispwich* (précitée § 88), dans les articles 3 et 9 du décret français de 1791, le paragraphe 2 du *Publikandum* prussien de 1815, et l'article 141 de l'ordonnance wurtembergeoise de 1836. L'introduction du traitement national des ressortissants d'États allemands voisins, dans la Convention d'Union douanière, ne fit qu'étendre le territoire pris en compte, sans changer la nature du critère.

152. La nouveauté en droit anglais. Ce progrès fut premièrement accompli par le très précoce *Statute of Monopolies*, adopté par le Parlement anglais en 1623, protégeant « *any manner of new manufactures* » [314]. En 1667, le *Privy Council* rappela le principe d'utilité sociale des brevets : le Roi, avisé par son Conseil, déclarait qu'une invention était une « industrie nouvelle, (…) qu'elle était profitable au Royaume, et que le privilège accordé était un privilège juste et légal, voué à être protégé et respecté »[315].

153. La nouveauté en droit français. Dans le même esprit, le décret français du 7 janvier 1791 portait sur les « découvertes et nouvelles inventions »[316], moins sobrement qualifiés par Boufflers de « conquête sur l'ignorance », « secours et consolation à nos faiblesses et infirmités »[317]. Boufflers insistait sur la différence immense entre l'objet de la « patente » et celui du « privilège exclusif d'entreprise, c'est-à-dire, un monopole dans les objets actuellement connus d'industrie et de commerce ». Lors de la discussion de la loi d'application en mai 1791, Boufflers, cherchant à mieux cerner la valeur que le brevet doit protéger dans l'invention, en offrit deux critères, « dont l'un est plus éclairé que vous ne le pensez, et l'autre infaillible : l'intérêt et l'expérience »[318].

154. La nouveauté en droit allemand. En Allemagne, malgré la dispersion juridique du pays et la persistance des privilèges jusqu'au XIX^{ème} siècle, la grandissante hostilité aux monopoles obtint à peu près partout leur limitation aux seules inventions à l'exclusion des produits déjà connus. Les concepts de « *Neulichkeit* », « *Eigentümlichkeit* », « *Gemeinnützichkeit* » s'imposèrent dans la plupart des textes alors promulgués[319] et furent repris dans la Convention d'Union douanière de 1842[320].

---

314 Texte précité § 89.

315 E. W. Hulme, « *Privy council law and practice...* », précité, bibliographie, n° 382, p. 68.

316 Article 1 du décret précité § 120. La loi d'application adoptée en mai suivant fut elle-même plus précise que celle de janvier, puisqu'elle déclarait ne s'appliquer qu'à « des objets d'industrie jusqu'alors inconnus » (elle est reproduite par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 104-109).

317 Rapport du 30 décembre 1790, précité, bibliographie, n° 419, p. 40 et 42.

318 Discussion et loi précités § 120.

319 « Nouveauté », « caractère propre », utilité commune ». Notamment dans le *Publikandum* prussien (1815), les ordonnances bavaroises (à partir de 1825), et wurtembergeoises (à partir de 1828). Pour une plus longue énumération, *cf.* J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, précité, bibliographie, n° 113, p. 22 et s. Le *Publikandum* prussien s'intitulait « pour la stimulation et la récompense de l'effort dans l'art » (« *Zur Ermunterung und Belohnung des Kunstfleisses* »). Ajoutons la codification de 1794, limitant l'octroi des privilèges à « la découverte de machines nouvelles et utiles », ou au lancement de « produits inconnus et avantageux ». Y. Plasseraud et F. Savigon, *L'Etat et l'invention.…*, précité, bibliographie, n° 60, p. 55.

320 W. Bernhardt et R. Kraßer, *Patentrecht*, précité, bibliographie, n° 102, p. 54. Article 1 de la convention : les brevets ne devaient plus être délivrés « que pour des objets réellement nouveaux », et non plus pour des « objets qui, avant la délivrance du brevet, étaient déjà pratiqués ou connus, de quelque manière que ce soit, dans le territoire de l'Union » (traduite par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 174-176).

155. La portée de l'obligation de divulgation. Puisque la valeur qui faisait de l'invention un bien industriel était son utilité sociale, partout se développa la question de la teneur des descriptions et du régime de la publication. Le caractère utilitaire de l'invention en facilitait la délimitation d'une double façon : il rendait relativement objectif ce qui, dans l'invention, intéressait son usager et justifiait en outre sa divulgation en vue du développement technique national.

156. Illustrations. En Angleterre, où le *Statute of Monopolies* ne faisait que poser les principes de la liberté industrielle et commerciale et des quelques exceptions qui y étaient tolérées, ce fut la jurisprudence du *Privy Council*, puis des cours communes de *common law* et d'*equity* qui posèrent progressivement les principes de la divulgation. L'affaire *Garill* précitée portait précisément sur l'obligation, pour l'impétrant, de divulguer son invention ; celui qui s'y refusait n'obtenait aucune protection juridique[321]. En France, l'idée du contrat passé entre l'inventeur propriétaire et la société justifiait la divulgation exigée en contrepartie de la protection étatique, et l'incomplétude de la description entraînait la déchéance du brevet[322]. En Allemagne, la plupart des lois accordant des brevets exigeaient une divulgation complète de l'invention, afin que le public puisse la mettre en œuvre à l'expiration du monopole[323]. La Convention d'union douanière de 1842, en revanche, ne requérait que la publication d'une « désignation générale de l'objet, du nom et du domicile des détenteurs et de la durée du brevet » dans les journaux officiels[324].

157. Utilité sociale et divulgation : les deux outils de mesure de la valeur des inventions étaient orientés vers le public. L'œuvre littéraire, en comparaison, paraissait insaisissable.

B) La définition de l'œuvre originale

158. Alors que le brevet, parmi tous ses possibles objets, n'en retenait qu'un seul type, caractérisé par sa nouveauté, le droit sur les œuvres conservait les mêmes objets qu'auparavant, mais s'efforçait de mieux les cerner conceptuellement. Tandis que la valeur de

---

321 E. W. Hulme, « *Privy council law and practice*... », précité, bibliographie, n° 382, p. 66. C'est ainsi que l'obstination de Garill le priva de brevet, et a soustrait son invention à la postérité. La plupart des autres affaires relatées par Hulme portaient sur les modalités de la description. Affaire précitée note 136.

322 Articles 4, 1, 16 du décret du 7 janvier 1791, précité, bibliographie, n° 419.

323 Article 156 de la loi wurtembergeoise du 29 juin 1842 : « Le breveté qui, dans l'intention de conserver le secret de son procédé après l'expiration du brevet, aura gardé le silence, dans la description présentée, sur une partie essentielle de son invention, sera condamné aux peines portées contre l'escroquerie… » (traduction : A.-C Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 175).

324 A.-C. Renouard, *ibidem*, p. 176.

l'invention résidait dans une utilité relativement objective, celle de l'œuvre était plus subjectivement appréciée.

159. Le support, la pensée et le discours. Deux distinctions majeures furent accomplies, isolant petit à petit au sein du manuscrit l'objet du droit d'auteur moderne : celle de l'œuvre intellectuelle et de son support matériel puis celle des idées et de leur mise en forme. Alors que la première était purement juridique, la seconde se fondait sur l'évolution de la création littéraire et artistique, la découverte de l'auteur-individu et la théorie nouvelle du génie[325]. Les écarts chronologiques entre pays furent plus réduits quant aux œuvres que quant aux inventions : même si, ici ou là, la loi fut plus lente à se former, les mêmes idées étaient à peu près partout acquises.

La définition de l'œuvre littéraire s'accomplit en dehors des textes et fut le fait des défenseurs de l'idée de propriété : ceux qui niaient l'existence de quelque droit que ce soit, naturellement, n'avaient pas à en chercher l'objet, et ceux qui n'y voyaient qu'une concession légale contigente ne s'attardaient pas sur la question.

160. *Statute versus common law.* En Angleterre, le *Statute of Ann* était un texte parlementaire plutôt technique que proclamatoire. Il distinguait mal le manuscrit de son contenu : la détention de la *copy* symbolisait la titularité du *copyright*[326]. Le travail conceptuel sur l'œuvre-objet intéressa plutôt les défenseurs des *booksellers*, qui cherchaient à dégager les principes d'une propriété littéraire *at law*, indépendante du restrictif *Statute of Ann*[327]. La question de l'objet se posait donc en dehors du *Statute*, voire contre lui. Refusant au *Statute* la compétence exclusive du droit sur les œuvres, les porte-parole de la *common law* se mirent en quête de l'objet spécifique d'une propriété littéraire indépendante de tout texte parlementaire, de même structure que la propriété des choses matérielles[328]. Le plus célèbre d'entre eux fut Blackstone, qui identifiait l'objet de la propriété littéraire dans « les sentiments et le

---

325 B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, précité, bibliographie, n° 187, p. 211 et s. Et voir *supra*, § 135.

326 Voir citation du *Statute*, § 136, note 277.

327 Une première étape avait été franchie dans l'affaire *Pope v. Curl*, en 1741. Le litige portait sur les lettres adressées par Alexander Pope à Jonathan Swift, publiées sans autorisation par le libraire Curl. Lord Hardwicke, dans un jugement embarrassé, fondé à la fois sur le *Statute* et les principes de la *common law*, déclara que la propriété du manuscrit n'emportait pas le droit de l'éditer. Le jugement est analysé par M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 64 et s. ; et par F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 207, p. 318 et s.

328 W. Enfield, *Observations on literary property*, Londres, 1774, réimprimé par S. Parks, *The literary property debate*..., précité, bibliographie, n° 294 : *« Literary property doth not consist in the exclusive possession of the books in which a composition is written or printed, but in the exclusive composition itself.* » Citons également un essai de F. Warburton, plus précoce et moins explicite : *A letter from an author to a member of Parliament concerning literary property* (Londres, 1747, réimprimé par Sparks, ibid.).

langage »[329]. Il traitait la question de l'objet du *copyright* de façon absolue : là où existait un objet de valeur, existait aussi un droit de propriété en *common law*, loi non écrite préexistant à tout jugement et à tout *Statute*.

161. Les textes français. Les textes français n'étaient pas plus prolixes sur la question de leur objet que le *Statute* anglais. L'arrêt du Conseil du Roi de 1777, investissant l'auteur du droit sur son œuvre, ne cherchait pas à caractériser celle-ci. Les lapidaires décrets révolutionnaires n'en disaient pas plus : ils ne qualifiaient pas les œuvres protégeables, et les rapports de Lakanal et Le Chapelier ne donnaient que de vagues indices, lorsqu'ils louaient « la plus personnelle des propriétés », qui portait sur « le fruit de la pensée d'un écrivain »[330]. La tâche fut accomplie par la doctrine et la jurisprudence, guidées par la philosophie.

162. Le droit allemand. En Allemagne, les philosophes de la fin du XVIII[ème] et du début du XIX[ème] avaient commencé à cerner l'objet du droit des auteurs : ce n'était pas le livre en lui-même, mais son contenu, et le droit portant dessus était une propriété[331]. Contemporain des lois sur les privilèges que nous avons vues plus haut, le *Badisches Landrecht* de 1809 déclarait que « la propriété littéraire couvre non seulement l'écrit, mais aussi son contenu… »[332]. Par la suite se dégagea, toujours en doctrine, la distinction des idées et de leur mise en forme. Parmi les plus importants, Schmidt parle de « l'habillage de la pensée » (*die Gedankeneinkleidung*)[333]. Mais la décision fédérale de 1837 ne reprit pas ces subtiles distinctions et, comme le droit français, les abandonna à la doctrine.

C) La spécificité des dessins et modèles

163. A mi-chemin du droit des auteurs et de celui des inventeurs, le droit des créateurs de dessins et de modèles eut une évolution distincte à la fois de l'un et de l'autre.

---

329 Dans l'affaire *Tonson v. Collins* (1766, précitée note 167), considérant la valeur comme le critère de toute propriété, Blackstone identifiait celle des œuvres littéraires dans les sentiments qu'elles exprimaient, et plaida donc que celles-ci devaient être objet de propriété. Dans ses *Commentaries* publiés par la suite, il tenta de préciser encore l'objet de la « propriété » : « *now the identity of a literary composition consists entirely in the sentiment and the language ; the same conceptions, cloathed in the same words, must necessarily be the same composition* » (W. Blackstone, *Commentaries on the law of England*, 1765-69, 15[ème] éd., 1809, rééd. Abingdon, 1982, bibliographie, n° 130, p. 405-406).

330 Le Chapelier, rapport précité § 104, note 198. Nous soulignons.

331 Kohler cite les travaux de Hegel et de Fichte à partir desquels seulement la théorie pouvait « se développer sérieusement » (J. Kohler, *Urheberrecht*…, précité, bibliographie, n° 92, p. 80 et s.). M. Lange, précité, bibliographie, n° 347, p. 174 : Fichte distinguait entre ce que le lecteur pouvait retenir de l'œuvre (*sich zu eigen machen*), et qui était donc un bien commun (*Gemeingut*), de la forme, sur laquelle l'auteur avait un droit de propriété, dont seul l'usufruit passait à son éditeur.

332 Code national de Bade, vu plus haut (§ 138, note 287) article 577, d, b.

333 Schmidt est cité par J. Kohler, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 92, p. 81. Ce dernier mentionne encore les efforts de Krug et Kramer pour distinguer les idées inappropriables de leur expression personnelle.

164. Le fractionnement des dessins et modèles. En France, la protection des dessins par la loi de 1806 se concentrait originellement sur le cas précis des soiries de Lyon[334]. Un avis du Conseil d'État rendu en 1823 la déclara applicable à tous types de dessins, y compris, selon l'espèce, les papiers peints[335]. Une jurisprudence bienveillante continua d'en élargir le domaine en y intégrant les modèles, « que l'on considéra comme des dessins en reliefs »[336]. En Angleterre, de même, le *Calico printers Act* de 1787 limitait sa protection à certains textiles énumérés[337], tous d'origine végétale ; en 1798, un *Sculpture copyright Act* permettait la réservation des figures humaines et animales en trois dimensions : l'*Act* du 4 juin 1839 étendit celui de 1787 à tous types de textiles, y compris les textiles d'origine animale ; celui du 14 juin 1839 recouvrait tous les articles manufacturés[338].

165. Dessins et modèles et droit d'auteur. Tout en étendant son domaine, le droit des dessins et modèles cherchait à se distinguer du droit d'auteur. L'avis précité du Conseil d'État français, intégrant les dessins pour papiers peints au champ de protection de la loi de 1806, les excluait de celui de la loi de 1793 « puisque, malgré les progrès considérables qu'a faits cette fabrication, et quoiqu'elle imite les tableaux ou les gravures, les procédés qu'elle emploie sont purement mécaniques »[339]. Il faisait ainsi, entre les dessins et modèles industriels et les œuvres des Beaux-Arts, une différence de nature et non pas seulement de degré de qualité : les uns étaient reproduits à grande échelle et mécaniquement, tandis que les autres portaient la marque de leur auteur, non seulement dans leur conception, mais aussi dans leur exécution.

L'*Act* anglais du 14 juin 1839 posait une condition d'enregistrement. Outre l'indication ainsi donnée quant à la nature du droit[340], l'enregistrement ouvrait la voie à une compréhension abstraite de l'objet du droit. Cet *Act* permettait donc non seulement une extension du domaine du droit, mais aussi une meilleure détermination conceptuelle de son objet. Notons que sa fonction de publicité, par ailleurs, fut très mal acceptée : beaucoup d'imprimeurs de modèles préférèrent sacrifier la durée de leur protection au maintien du secret et, pour ne pas devoir déposer leur modèle, optèrent pour la plus brève protection de l'*Act* du 4 juin 1839.

---

334 Voir *supra*, § 119.

335 C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, précité, bibliographie, n° 48, p. 18-19 ; l'avis du 30 mai 1823 est reproduit p. 23 : « Elle portait en elle le caractère de toute législation utile et féconde : celui d'être générale ».

336 P. Greffe et A. Casalonga, *Traité des dessins et modèles*, précité, bibliographie, n° 51, p. 5.

337 Voir *supra*, § 116.

338 L. Bently, *The making of intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 238, p. 65 et s.

339 C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, précité, bibliographie, n° 48, p. 23 ; il n'y avait donc pas lieu de les déposer à la Bibliothèque nationale, mais au bureau du Conseil de Prud'hommes.

340 Voir *supra*, § 116.

D) La définition du signe distinctif

166. La définition de la marque fut plus complexe que celle de l'œuvre, de l'invention ou du modèle. Le droit a pour objet un signe qui désigne des produits ; le droit a donc dû s'affiner sur ces deux points.

167. La notion souple du signe. Concernant le signe lui-même, le droit anglais et les droits continentaux (français et allemand) suivirent des évolutions inverses, mais aboutirent au même résultat. La logique de protection du consommateur orientait les législateurs qui y étaient sensibles vers une large protection de tous types de signes. Elle se manifesta dans les lois allemandes du début du XIX[ème] siècle[341], dans les principes de la *common law* et de l'*equity* anglaises qui accordaient plus d'attention aux circonstances de l'acte transgressif qu'à la nature du signe, et dans la loi française du 22 Germinal an VIII qui portait, sans distinction, sur toutes les « marques particulières »[342].

168. La notion stricte du signe. Dans le souci de faire de la marque un indicateur explicite de l'origine des produits, certaines lois ne protégèrent plus, comme marques, que les noms commerciaux et les indications d'origine. Tandis que s'affirmait le droit subjectif du titulaire de marque, apparut la nécessité de mieux en cerner l'objet afin de mieux assurer la sécurité juridique et commerciale. Au cours du XIX[ème], une même volonté de préciser et resserrer la protection mena le droit anglais et les droits continentaux à des conclusions inverses. Les droits continentaux tendaient à ne plus protéger que les mots exprimant directement l'origine du produit : le nom de son fabricant, de sa ville[343]. Le droit anglais, guidé plutôt par la notion d'arbitraire dans le choix du signe et s'approchant ainsi de la notion de distinctivité, prit la direction inverse et ne retint plus que les marques figuratives[344].

169. La convergence des deux notions. À la fin de cette période de passage au droit moderne de la marque, le droit de nos trois pays convergèrent sur le principe initial : la

---

341 E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz…*, précité, bibliographie, n° 121, p. 106 et s. ; notamment le *preußisches Allgemeines Landrecht* (H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, précité, bibliographie, n° 70), en son § 1445, et le Code pénal bavarois de 1813, en son article 263.

342 Article 16, précité § 121, note 260.

343 La loi française du 28 juillet 1824, en son article 16, ne mentionnait plus que les noms, les raisons commerciales et les indications d'origine. En Allemagne, la conférence de Dresde, en 1838, se prononça pour la restriction de la protection aux seuls signes qui contenaient le nom ou la raison sociale du fabricant, ou l'indication de l'origine du produit, notamment suivie en Prusse, en Bavière et au Wurtemberg. Voir E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz…*, précité, bibliographie, n° 121, p. 360, et pour la loi prussienne du 4 juillet 1840, p.123 et s. Voir également O. von Gamm, *Warenzeichenrecht*, C. H. Beck 1965, bibliographie, n° 106, p.18, n° 2.

344 T. W. Morgan, F. G. Underhay, *Kerly on trade marks*, précité, bibliographie, n° 160, p. 7 et s. : le *Trademark Registration Act* de 1875, donnant à la protection des marques un fondement statutaire, en excluait cependant les noms ; le *Patent, Design et Trademarks Act* (*PDTA*) qui le suivit, en 1883, réintégra au champ de la protection les noms de fantaisie (« *fancy words* »).

protection des signes de tous types, des marques nominatives, des marques de fantaisie des marques figuratives. La jurisprudence anglaise, partant de la notion de « noms de fantaisie », développa la notion moderne de distinctivité et aboutit donc à la protection, sous cette condition, de tous les types de marques[345]. La loi française du 23 juin 1857[346] et la loi allemande du 30 novembre 1874[347] s'ouvrirent à nouveau aux marques figuratives.

170. L'identification du signe. La sécurité juridique et commerciale et l'intérêt du public furent finalement mieux servis par les formalités d'enregistrement et de publicité, retenues dans toutes les lois de la fin du XIX^{ème} siècle[348], que par la restriction des types de signes réservables. L'exigence d'enregistrement permit au droit sur la marque de dépasser définitivement la logique de la responsabilité civile et de devenir un droit subjectif, dont l'objet et le titulaire étaient désormais déterminés avec certitude et publicité.

171. La distinctivité du signe. Au-delà du type de signe, restait à en déterminer les qualités. La recherche de la valeur qui devait faire du signe un bien juridique prit plusieurs voies selon les pays étudiés, mais aboutit encore une fois à une même notion : la distinctivité. Nous avons observé, dans le reste de la matière, comment le droit a acquis une structure bipolaire tendue entre une personne et une chose. Le droit sur la marque, plus complexe, s'étire entre trois pôles : le titulaire, le signe et les produits marqués.

La jurisprudence anglaise fut amenée par les termes du *Patent, Designs and Trademarks Act* de 1883 à définir la notion de « *fancy word not in common use* ». L'expression, à première vue, ne concernait que le mot lui-même, mais les juges anglais l'interprétèrent finalement en relation avec les produits marqués et aboutirent ainsi aux notions de distinctivité et de descriptivité[349]. Le droit français, fondé sur le droit du titulaire de marque

---

345 Cour d'Appel, *Van Duzer's and Leaf's Tms*, 1887, rapporté par T. W. Morgan, F. G. Underhay, *Kerly on trade marks*, précité, bibliographie, n° 160, p. 8.

346 « Sont considérées comme marques de fabrique et de commerce les noms sous une forme distinctive, les dénominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes, et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce » (article 2, énumération non limitative). La loi fut reproduite et commentée par A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 63, p. 377.

347 § 3, alinea 2, reproduit par R. Klostermann, *Die Gesetzgebung…*, précité, bibliographie, n° 108, p. 473.

348 D. I. Bainbridge, précité, bibliographie, n° 134, p. 628 et T. W. Morgan, F. G. Underhay, *Kerly on trade marks*, précité, bibliographie, n° 160, p. 5 : le *Trademarks Registration Act* anglais de 1875 fut précisément adopté pour éviter aux titulaires de réitérer la preuve de leur marque à chaque procès. En droit allemand, il s'agit de l'article 1 de la loi de 1874. Sur le lien entre enregistrement et intérêt public. *Cf.* E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz*, précité, bibliographie, n° 121, p. 200 et s. A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 63, p. 408 : il s'agit en droit français de l'article 2 de la loi de 1857, dont l'intention de protéger le public est rendue évidente par l'exposé des motifs.

349 Le mot devait être « *obviously and notoriously inappropriate as neither to be descriptive or deceptive, nor to be calculated to suggest description or deception* » (jugement cité par T. W. Morgan, F. G. Underhay, *Kerly on trade marks*, précité, bibliographie, n° 160, p. 157 et s.).

plus que sur celui du public[350], privilégiait la relation du titulaire au signe plutôt que la relation du public aux produits et tendait à voir la valeur de la marque dans la nouveauté du signe en lui-même[351]. La jurisprudence rendue sous la loi de 1857 l'orienta de plus en plus vers les produits marqués et aboutit ainsi à la notion de distinctivité[352]. En Allemagne, la persistance de la logique protectrice du consommateur et la résistance aux idées françaises de propriété privée de la marque, au cours du XIX^{ème} siècle, « fi[ren]t du risque de confusion un critère de plus en plus important de l'identité de la marque »[353].

172. Conclusion. Par des voies plus ou moins détournées et avec plus ou moins de clarté, le droit des marques, à la fin du XIX^{ème} siècle, était parvenu à identifier son objet dans toute sa complexité. D'un côté, il résolvait avec souplesse la question de la nature du signe et de l'autre, il mettait en place l'appareil jurisprudentiel et doctrinal exprimant la subtile relation de la marque aux produits qu'elle désigne.

350 E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique…*, précité, bibliographie, n° 62, p. 15 « La loi de 1857 a été édictée dans l'intérêt du fabricant ; si elle protège le consommateur, ce n'est qu'indirectement… ».

351 A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 63, p. 15 : les caractères essentiels de la marque, sous les lois de 1803 et 1824, étaient sa nouveauté et sa spécialité (son caractère distinct des autres signes) ; la capacité du signe à distinguer les produits ne semblait pas centrale.

352 Ed. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856, bibliographie, n° 45, § 171 : l'article 1er, alinéa 3, de la loi de 1857 définit les marques comme les « signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce ». Les signes « peuvent ne présenter en eux-mêmes aucune nouveauté, il suffit que leur application soit nouvelle, c'est-à-dire qu'ils ne soient pas déjà employés à distinguer les produits similaires d'une autre fabrique ». Plus tard, en 1912, Pouillet exprimait beaucoup plus clairement déjà la relativité de l'identité du signe aux produits qu'il désignait : « la dénomination arbitraire ou de fantaisie est celle (…) qui n'éveille pas forcément l'idée de l'objet auquel elle s'applique, qui ne ressort ni de la nature, ni du genre de l'objet, qui est si indépendante en un mot du produit lui-même qu'il peut être reconnu et désigné sous un autre nom » (E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 62, p. 75 ; exemples de jurisprudence pages suivantes).

353 E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz*, précité, bibliographie, n° 121, p. 359.

Conclusion du chapitre 3

173. La découverte juridique de l'acte intellectuel. Quel que fut le modèle théorique suivi, le moteur de la révolution qui s'est produite en droit intellectuel, entre le XVIII^{ème} siècle et le milieu du XIX^{ème}, fut la découverte des effets juridiques de l'acte intellectuel. Il donna à notre matière sa légitimité, son unité et son qualificatif. Le fait individuel fut consacré comme le fait générateur de la protection légale, qui se trouvait donc prédéfinie en dehors du droit. Les manifestations pratiques de ce nouveau principe furent la désignation, plus ou moins empirique, du titulaire du droit et de son objet. Le contenu du droit, bien que déjà controversé et déjà lié à la qualification de propriété, fut défini dans la continuité des droits prémodernes.

Conclusion du titre 1

174. Le rôle de l'idée de propriété. Le rôle de l'idée de propriété variait encore d'un pays à l'autre et d'un bien intellectuel à l'autre. L'Angleterre n'appréhendait pas le droit intellectuel dans son unité et régissait les divers biens selon des modèles différents ; elle n'acceptait le modèle de la propriété que pour les marques et les modèles, laissant indéterminée la nature du droit sur les œuvres et conservant l'analyse restrictive des brevets comme exceptions à la liberté de l'industrie. La France opta résolument pour un principe général de propriété des biens intellectuels, le déclinant dans les textes respectifs et l'affiliant au concept nouveau de droits de l'homme. L'Allemagne, enfin, ne put trouver d'unité qu'en matière littéraire et se prononça en faveur du modèle de la propriété ; pour les biens industriels, elle se montra beaucoup plus sensible au mouvement de contestation qui commençait dans les années 1850.

Même lors de son essor, la doctrine de la propriété intellectuelle n'a donc jamais totalement régné sur la matière en Europe occidentale. Elle était – seulement – la théorie la plus frappante et la plus cohérente présentée pour en rendre compte, et jouissait en outre du rayonnement du droit français lors de la révolution et des conquêtes napoléoniennes.

175. Le rôle du modèle technique de la propriété. Même au niveau technique, les changements décisifs qui firent entrer les droits intellectuels dans leur histoire moderne concernèrent les deux pôles de la propriété : le bien et la personne, unis par un lien d'exclusivité. Le modèle propriétaire fournit la meilleure grille de lecture de l'évolution du droit vers la modernité. Puissance politique, simplicité technique : telles sont les qualités qui firent du droit de propriété le modèle théorique et technique des droits intellectuels nés pendant cette première période.

Au milieu du XIX^{ème}, s'ouvrit toutefois, pour la doctrine de la propriété intellectuelle, une période de déclin. Ce fut l'époque du développement technique de l'appareil juridique, dans un contexte de recul de l'idée de propriété intellectuelle et d'hostilité aux droits eux-mêmes, quelle que fût leur qualification : elle fait l'objet de notre deuxième titre.

TITRE 2 : LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ DANS LA CRISE ET LA RÉSISTANCE DU DROIT INTELLECTUEL AU XIX^{ÈME} SIECLE

176. La contestation. À partir du mitan du XIX^{ème} siècle, le droit intellectuel subit des attaques venues de toutes parts. La politique, l'économie et la doctrine juridique elle-même, chacune selon ses arguments et méthodes propres, s'attaquèrent à cette branche du droit relativement nouvelle. La contestation frappa parfois seulement la doctrine de la propriété des biens intellectuels mais alla aussi jusqu'à remettre en cause l'institution juridique elle-même, quelque forme qu'elle prenne, et obtint un très large soutien dans l'opinion publique et spécialisée.

177. L'extinction de la contestation. La contestation s'éteignit à la fin du siècle. Le signe le plus symbolique de son échec fut, dans le dernier quart du siècle, l'adoption des premières lois allemandes instaurant un droit intellectuel général et abstrait, valant pour tout le territoire de l'Empire. En Angleterre et en France, les réformes de la deuxième moitié du siècle montrèrent que les droits intellectuels ne seraient pas abolis. Ces lois portèrent toutefois, dans leurs motifs et préambules, les marques de l'hostilité de l'époque au principe de réservation des biens intellectuels. L'aménagement technique des droits, en revanche, reflétait peu ce changement de philosophie.

178. L'idée de propriété et la crise. Notre tâche sera de comprendre quel fut l'effet mutuel de la crise et de la doctrine de la propriété intellectuelle. Il s'agit, dans un sens, de comprendre ce qui, dans la crise et dans son issue, était dû à l'idée de propriété sur les biens intellectuels : fut-elle responsable de l'inimitié de l'opinion et de la doctrine ? Dans le sens inverse, la question est celle de l'effet de la crise sur la doctrine de la propriété intellectuelle : a-t-elle opéré comme une étrille, débarrassant la doctrine de ses imperfections et exagérations, pour la faire parvenir à un plus haut degré de maturité conceptuelle ? Prise en ses deux sens, la question fondamentale est toujours celle du lien entre les droits et leur modèle théorique : les droits intellectuels pouvaient-ils exister et progresser sans référence à la propriété ?

179. Plan. Traitant de la crise elle-même, notre premier chapitre étudiera ses formes et son ampleur, pour distinguer les arguments visant les droits eux-mêmes, des arguments visant leur qualification propriétaire. Cela nous permettra d'apprécier en suite comment et en quel état survécut l'idée de propriété intellectuelle.

Chapitre 1

-

La remise en cause de la propriété intellectuelle

180. Les modalités de la contestation. Depuis la fin du XVIII^{ème} siècle pouvait-on croire le droit intellectuel acquis en Angleterre et en France et en voie de l'être en Allemagne. Pourtant, au milieu du XIX^{ème}, la propriété intellectuelle fut violemment remise en question en tant que doctrine, mais aussi en tant qu'institution juridique. La contestation partit d'une simple volonté de réforme, qui éveilla ensuite des attaques de diverses natures. Les plus radicales avançaient que le principe de la réservation privée des produits de l'esprit était, en soi, socialement et économiquement néfaste. Nous ne pourrons ici entrer dans cette discussion : non seulement elle nécessite des investigations sociologiques et économiques, mais elle conduit surtout à prendre une position de nature plutôt politique que scientifique.

181. La doctrine de la propriété intellectuelle. Il nous revient en revanche de discerner ce qui, dans la crise, était dû à l'idée de propriété. Il faut pour cela rechercher si les attaques menées contre l'institution elle-même recoupaient les arguments avancés contre la doctrine qui la soutenait. Il apparaîtra bientôt que l'une et l'autre, l'institution et sa doctrine, n'étaient dissociables que dans une certaine mesure. Beaucoup d'arguments contre la réservation des biens intellectuels étaient indifférents à leur nature. Beaucoup de ceux qui étaient avancés contre la doctrine de la propriété intellectuelle, en revanche, touchaient au cœur de leur structure, à leur justification et à leur fonctionnement, montrant par là que ce modèle n'était pas qu'un schéma formel dont il aurait été possible de se dispenser, mais une structure essentielle.

182. Plan. Progressant de la périphérie vers le cœur de la question, nous verrons tout d'abord rapidement le mouvement abolitionniste, expression la plus radicale de la crise, mais fondée sur des arguments externes au droit intellectuel (section 1), pour examiner ensuite la récusation de la qualification propriétaire elle-même (section 2).

Section 1 : Le mouvement abolitionniste

183. Examinons tout d'abord les arguments du mouvement prônant l'abolition du principe de réservation privative des biens intellectuels (A), pour ensuite montrer comment ils firent entendre (B).

A) Les arguments abolitionnistes

184. Le mouvement libre-échangiste. Depuis les années 1770, les économistes, surtout britanniques, soutenaient les principes du libéralisme économique[354]. Au début du XIX^{ème} siècle, pourtant, régnait en Europe un nationalisme économique résolument protectionniste[355]. Quelques décennies plus tard, l'expansion de la révolution industrielle sur le continent, le succès des expositions industrielles et, de manière plus générale, la réaction contre l'Europe cloisonnée favorisèrent le retour à l'idée d'un commerce ouvert et permirent l'essor, dans les années 1860-70, d'un fort mouvement libre-échangiste[356]. Il est bon de souligner que la contestation des droits intellectuels était le fait non pas des mouvements socialistes qui dénonçaient la propriété elle-même, mais des libéraux[357].

185. L'inutilité des brevets. Les droits sur les inventions furent les premiers concernés. Certains arguaient que le haut degré de développement des pays européens réduisait la marge d'inventivité et rendait inutile la stimulation des efforts des inventeurs : les nations développées n'avaient donc plus besoin de brevets[358]. Ce raisonnement s'inscrivait dans la

---

354 Voir, par exemple, A. Smith, *Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Londres, 1776 ; D. Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Londres, 1817.

355 Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention…*, précité, bibliographie, n° 60, p. 67.

356 J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution...*, précité, bibliographie, n° 245, p. 57. L'Angleterre, la première, abandonna en 1846 ses *Corn laws* interdisant l'importation de céréales. En 1860 fut signé un traité de libre-échange entre la France et l'Angleterre. En outre, « *Free trade and the revival of working-class unrest in 1842 and 1848 were the dominant domestic issues. Patent reform, by comparison, was unimportant, esoteric and dull* ». Nous avons vu (*supra*, § 93) les principes sous-tendant les conventions d'unions douanière allemande dans les années 1842 et suivantes.

357 Malapert, par exemple, bien que pourfendeur du brevet, « répudie donc hautement toute solidarité avec les arrangeurs qui veulent s'emparer de tout pour régir l'actif social à leur guise » (F. Malapert, *Des lois sur les brevets d'invention dans leurs rapports avec les progrès de l'industrie*, Paris, 1889, bibliographie, n° 198, p. 7-8).

358 Actes du *Select committee on patents, Parliementary Papers*, XVIII, 1851, p. 456 : « *in a rude and infant society where there is a great room for improvement, patents may be (...) ; the more improved the society becomes (…), the less patents can be supported…* » (rapportés par J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 24). Klostermann relate que « parmi les opposants de la législation sur les brevets, l'on rencontre souvent l'idée selon laquelle notre industrie, en son état actuel, n'a plus besoin de stimuler l'invention » (R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung aller Länder…*, précité, bibliographie, n° 108, p. 6).

continuité parfaite de la conception anglaise des brevets, qui opposait liberté commune et droit individuel. Selon cette analyse, les brevets étaient des exceptions au principe général de liberté, ils n'étaient tolérés par acte parlementaire que pour des raisons d'équité et d'utilité nationale[359]. Le mouvement libéral négligea la justification en équité, ne retint que celle du bien commun et la considéra comme devenue inopérante. Inutiles, les brevets devaient être abolis.

186. La nocivité des droits intellectuels. Pis encore : les droits intellectuels étaient analysés par beaucoup comme des entraves à la liberté du commerce et de l'industrie, la hérissant de barrières individuelles, lui imposant partout des monopoles privés qui en ralentissaient l'épanouissement et en augmentaient les prix[360]. L'utilité sociale des brevets, qui, en France, figurait au préambule du décret du 7 janvier 1791 sur les inventions et qui ne participait donc qu'indirectement au droit positif, constituait au contraire une condition expresse de la licéité du droit des brevets anglais[361]. Les lourdes procédures d'obtention du brevet aboutissaient bien souvent, en outre, à l'accorder à quelqu'un qui ne le méritait pas, faisant de lui la récompense de la fraude[362]. Outre le commerce et l'industrie, les droits intellectuels freineraient la pénétration des idées et inventions nouvelles dans la société tandis que la libre reproduction permettrait de répandre le progrès[363].

---

359 Voir *supra*, § 84 et s.

360 F. Malapert, *Des lois sur les brevets d'invention…*, précité, bibliographie, n° 198, p. 3 « Il m'est difficile de comprendre comment l'industrie se trouve protégée par des lois qui lui enlèvent le droit de faire certains produits ».

361 Les abolitionnistes anglais purent s'appuyer sur la condition, posée par le *Statute of Monopolies* (voir § 89), que les patents soient « *not contrary to the law nor mischievous to the State, by raising prices of commodities a home, or hurt of trade, or generally inconvenient* ». R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions, pleas and plans for cheaper books and greater industrial freedom*, Edinburg, Clarke, 1879, bibliographie, n° 159, p. VIII : ils rappelaient que les droits des auteurs et des inventeurs étaient « *for the State to determine on the ground of expediency* ». Robert Andrew Macfie, grand industriel écossais, élu au Parlement anglais en 1868, fournit au mouvement l'une de ses voix les plus retentissantes.

362 Klostermann fait un synthétique exposé – en allemand – des arguments économistes de la *Antipatentbewegung* (mouvement antibrevet) (R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung…*, précité, bibliographie, n° 108, p. 4 et s.). En anglais, voir Dutton : « *in short, the social costs of patents exceeded any benefits which the system created* » (J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 17-33, spécialement p. 25), et Batzel, décrivant les « *professional patent manipulators* » (V. M. Batzel, *Legal monopoly in liberal England*, dans la revue *Business History*, Londres, vol. XXII, 2 juillet 1980, p.189-202, bibliographie, n° 362, à la p. 193). En français, Huard détaille, au titre de l'histoire de la propriété intellectuelle, les arguments des ennemis de la « propriété des inventions » (A. Huard, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 1909, bibliographie, n° 37, p. 19-20).

363 E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire…*, précité, bibliographie, n° 192, p. L : « à entendre les adversaires de la propriété littéraire, il semble toujours que les contrefacteurs n'aient souci que de répandre les idées d'autrui et d'éclairer le monde. » Ainsi, on lit dans le plaidoyer de Macfie pour des livres moins chers, que « *the idea of recognising or even of constituting* property *was alien to the whole proceeding, as we have just said. To get or multiply, for sale at reasonable prices, useful books was the aim...* » (R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions…*, précité, bibliographie, n° 159, p. IX).

Les droits de propriété intellectuelle auraient, en outre, constitué une nouvelle classe de spéculateurs, là où régnaient auparavant le désintéressement, le génie et la spiritualité. La propriété intellectuelle aurait perverti les inventeurs et les auteurs, naturellement concentrés sur leur seule production intellectuelle, en les transformant en capitalistes d'un nouveau genre[364]. Établis pour la stimuler, ils nuiraient à l'industrie, en détournant les efforts des inventeurs, des créateurs et des industriels vers la défense de leur monopole et vers la spéculation, plutôt que des les laisser se consacrer à leur activité naturelle de création ou d'exploitation. Pour toutes ces raisons, les inconvénients des droits intellectuels dépassaient largement leurs avantages[365]. Nuisibles, ils devaient être abrogés.

B) Du réformisme à l'abolitionnisme

187. Provoqué par un simple désir de réforme, l'abolitionnisme gagna l'Angleterre, la France et l'Allemagne[366].

188. En Angleterre. L'Angleterre établit une série de *Select Committees*[367]. Ils devaient recevoir les avis des acteurs concernés et élaborer des projets de réforme. Celui de 1851, sur les brevets, était présidé par un ardent abolitionniste (lord Granville) et reçut des témoignages si accablants pour le système des *patents*, qu'en 1869, *The Economist* croyait pouvoir prévoir

---

364 J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, Libraire-éditeur Dentu, Paris, 1863, bibliographie, n° 204, p. 175 : « À genoux devant le veau d'or, l'homme de lettres n'a qu'un souci, c'est de faire valoir au mieux de ses intérêts son capital littéraire. » E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*…, précité, bibliographie, n° 40, p. 23 : « C'est ainsi que le législateur, en accomplissant une œuvre d'incontestable justice, en protégeant la plus sacrée des propriétés, a cependant fait aux lettres et aux arts, qu'il a rendus fatalement mercantiles, un mal peut-être inguérissable. »

365 Malapert écrivait au sujet des brevets d'inventions : « le possesseur de ce droit exclusif n'y gagne ordinairement rien ; il ne s'en sert pas ou s'en sert mal. Son privilège lui est inutile et est nuisible à la société » (F. Malapert, *Des lois sur les brevets d'invention…*, précité, bibliographie, n° 198, p. 55). Macaulay décrivait ainsi le *copyright* : « *a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers* », et « *a tax on innocent pleasures is a premium on viceous pleasures* » « *considered as a boon to them (authors), it is a mere nullity ; but, considered as an impost on the public, it is no nullity, but a very serious and pernicious reality* » (Macaulaye, *Discours au parlement sur la durée du copyright*, rapporté par E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*…, précité, bibliographie, n° 146, p. 81-82). En matière de propriété littéraire et artistique, voir L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?*, précité, bibliographie, n° 202, p. 520 : « la propriété de l'œuvre, un droit contraire au désintéressement du créateur ».

366 F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », *The Journal of economic history*, 1950, rééd. Kraus Reprint, 1967, précité, bibliographie, n° 384, p. 6. Il nous sera permis de sortir du strict cadre géographique de notre étude, pour remarquer que les seuls pays européens à avoir suivi les recommandations des opposants aux monopoles furent la Suisse en 1863, et les Pays-Bas en 1869.

367 Notamment en 1829 et en 1851 pour les brevets ; en 1840, pour les dessins et modèles ; et en 1862, pour la marque. Sur ce dernier, *cf.* L. Bently, B. Sherman, *The making of intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 238, p. 78 et s.

qu'il était « assez probable que les lois sur les brevets seront abolies avant longtemps »[368]. La Chambre des lords vota, en 1873, une réforme restreignant sensiblement les possibilités de réservation des inventions[369].

189. En France. En France, la contestation des brevets approcha moins qu'en Angleterre de la victoire : de grands noms la soutinrent dans les cercles politiques et universitaires[370] mais ne parvinrent pas à mettre le brevet en réel péril. Des commissions de réflexion furent mises en place[371] - nous verrons plus bas à quoi aboutirent leurs travaux[372].

190. En Allemagne. En Allemagne, l'absence de droit uniforme en matière industrielle, donna à la discussion un tour différent : il ne s'agissait pas de déterminer s'il fallait abroger les droits sur les biens industriels, mais au contraire s'il fallait les instaurer. L'inertie qui favorisait le maintien du *statu quo* (l'absence des droits) était compensée par la force des exemples anglais et français.

La Prusse joua un rôle ambigu dans les discussions menées au sein des instances pangermaniques : la Confédération germanique (*Deutscher Bund*) et l'Union douanière (*Zollverein*). Partisane résolue de la propriété littéraire, elle se montrait franchement hostile à la propriété industrielle, qu'elle analysait comme un instrument de politique économique,

---

368 *The Economist*, 5 juin 1869, rapporté par J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution*…, précité, bibliographie, n° 245, p. 23 (« *Probable enough that the Patent Laws will be abolished before long* »).

369 F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 4.

370 *Cf.* F. Malapert, *Des lois sur les brevets d'inventions* …, précité, bibliographie, n° 198. Ed. Picard et X. Olin, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles, 1866, bibliographie, n° 59, p. 21 : « Si vous voulez une récompense pour l'auteur, ne lui livrez donc pas ce titre la propriété de son invention : cette rémunération serait exorbitante pour ses mérites, elle serait inique et injustifiable au point de vue du public. » Bastiat, fervent libéral rendu célèbre pour son pamphlet parodique *Pétition au Parlement français de la part des fabricants de chandelles*, député à l'Assemblée nationale depuis 1848, lança plusieurs appels à l'abolition.

371 En 1828, une commission fut mise en place avec pour mission d'élaborer un projet de réforme du droit des brevets ; Renouard en fit partie. La question préliminaire qui lui était posée était : « continuera-t-on de délivrer, pour les inventions industrielles, des titres qui, sous la dénomination de brevets, confèreront le droit privatif d'exploiter ces inventions pendant un temps déterminé ? » (A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention.*…, précité, bibliographie, n° 65, p. 1 et p. 118). Le résultat de ces réflexions servit de base à la loi du 5 juillet 1844. En 1825, une commission devant proposer un projet « tendant à améliorer l'état de la législation sur la propriété littéraire », y compris la « propriété des productions des arts » fut mise en place sous la présidence du vicomte de la Rochefoucault, et deux décennies de débats parlementaires s'ensuivirent, relayés par les commissions de 1836 et 1861 (E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon.*…, précité, bibliographie, n° 45, p. 21 ; A. Huard, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence.*…, précité, bibliographie, n° 37, p. 23). Après l'abandon du projet présenté par la commission de 1825, une nouvelle commission fut appointée en 1836, sous la présidence du comte de Ségur (A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Cosse et Marchal, Paris, 1862, bibliographie, n° 35, p. 55). Après l'échec du projet de 1841 devant les députés, une autre commission fut instituée en 1861, sous la présidence du comte Walewski (S. Strömholm, *Le droit moral.*…, précité, bibliographie, n° 210, tome 1, p. 164).

372 Voir *infra*, § 238 et s.

plutôt que comme un droit civil d'inspiration naturaliste[373]. Or, son attitude inspirait une bonne partie des autres *Länder*. Elle adressa aux autres gouvernements allemands deux circulaires, posant chacune, en termes subtilement tendancieux, la question de la nécessité de la réservation privative des modèles et des inventions ; les résultats furent défavorables[374]. En 1868, le Chancelier prussien Otto von Bismarck exprima le même point de vue[375].

L'auteur emblématique de ce mouvement antimonopoliste fut Victor Böhmert, dont la plus célèbre phrase fut une prophétie malheureuse :

> « Les brevets sont prêts à tomber, et seront de plus en plus largement reconnus comme un fruit pourri de la civilisation humaine »[376].

Un autre de ses chefs de file fut l'économiste John Prince-Smith, élu au premier *Reichstag* en 1870, dont le discours devant le Congrès des économistes allemands (*Kongress deutscher Volkswirte*), en 1863, avait conduit à une déclaration de ce dernier en faveur de l'abolition des brevets dans les États où ils étaient reconnus[377].

191. Conclusion. Ce mouvement rejetait la réservation privative des biens intellectuels sous quelque forme que ce soit, pour des raisons sociales et économiques ; il ne concernait qu'indirectement la doctrine de la propriété des biens intellectuels. Une autre tendance, tout en maintenant son appui aux droits intellectuels, s'en prit à l'idée de propriété intellectuelle en tant que théorie juridique.

---

373 En 1837, par exemple, lorsqu'elle adopta sa loi sur la propriété littéraire, elle en exclua expressément les dessins et modèles (voir *supra*, § 112). Elle continua à résister jusqu'à la loi de 1876, que nous verrons plus loin (§ 245).

374 Respectivement : à 37 voix contre 10, au sujet des modèles, en 1854 (J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens*…, précité, bibliographie, n° 233, p. 86) et à 46 contre 16, au sujet des inventions, en 1863 (E. Wadle, « *Zur Vorgeschichte des Musterschutz im Deutschen Reich* », précité, bibliographie, n° 286, aux p. 20-21).

375 W. Bernhardt et R. Kraßer, *Patentrecht*, précité, bibliographie, n° 102, p. 64.

376 V. Böhmert, « *Die Erfindungspatente nach volkswirthschaftlichen Grundsätzen und industriellen Erfahrungen mit besonderer Rücksicht auf England und die Schweiz* », 1869 (J. Kohler, *Handbuch des Patentrechts*, précité, bibliographie, n° 113, p. 26).

377 Wehr cite J. Prince-Smith (J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens*…, précité, bibliographie, n° 233, p. 87). Machlup résume les succès des opposants aux brevets (« *Erfolge der Patentgegner* » : F. Machlup, *Patentwesen*, *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Mohr, 1962, p. 231-252, bibliographie, n° 348, à la p. 236).

Section 2 : La récusation de la doctrine de la propriété des biens intellectuels

192. La critique de l'idée de propriété intellectuelle. Parallèlement au mouvement abolitionniste, la seconde modalité de la crise visait à prouver que la propriété intellectuelle était non pas néfaste mais conceptuellement impossible. La question prit un tour très dogmatique en Allemagne, où la science juridique est particulièrement attachée à la rigueur des concepts et à l'ordonnancement juridique[378]. Bien que dans une moindre mesure, elle le fut également en France, où la hâte révolutionnaire avait négligé l'examen précis de la notion de propriété des biens intellectuels. Les juristes anglais, moins sensibles à l'ordonnancement juridique et à la systématique du droit, accordèrent moins d'efforts au rejet global de la qualification et plus à la contestation de ses conséquences pratiques.

193. Plan. Nous développerons ici les arguments les plus importants. Nous les discuterons en seconde partie sous leur angle technique et actuel : il ne s'agit pour l'instant que de faire une brève histoire des idées. Outre les faiblesses de l'idée de droit naturel (A), les principaux arguments avancés contre la qualification de propriété intellectuelle concernaient essentiellement l'objet intellectuel. Ils consistaient à le disqualifier pour la propriété, en raison de l'insaisissabilité de tout bien incorporel (B), de la vocation au partage des biens intellectuels (C) et de l'origine collective de toute création (D).

A) Le déclin du droit naturel

194. Après l'essor du jusnaturalisme au XVIII[ème] siècle[379], le XIX[ème] fut celui du positivisme[380], qui considérait la loi humaine comme la seule source du droit.

---

378 Ce dont Kohler se réjouit avec autant d'enthousiasme qu'il en peint les excès avec souci, opposant, à la « sorte d'immaturité décousue et débridée » qui règne sur la science juridique des autres peuples, « la volonté virile de dominer la matière de manière constructive… » qui anime la science allemande, au risque « d'asphyxier les forces motrices juvéniles du droit » et de lui substituer une « sénilité étriquée et ronchonnante » (J. Kohler, *Die Idee des geistigen Eigentums, Archiv für die civilistische Praxis (ACP)* 32, 1894, p.141-242, rééd. *UFITA* 123 (1993) p.99-167, bibliographie, n° 345, aux p. 99-100).

379 L'attention accordée aux lois naturelles de l'économie (par les physiocrates et les premiers libéraux), à la Raison en philosophie, et aux droits innés de l'individu en politique, en furent les manifestations.

380 A la suite de son inventeur, Auguste Comte, les juristes s'emparèrent de la méthode positiviste, pour l'appliquer à l'ordre juridique. L'école de l'exégèse française (sous la direction de Charles Demolombe), la Science des concepts allemande (Rudolf von Jhering), ou encore celle de la théorie pure du droit (enseignée par Hans Kelsen) en sont les résultats plus ou moins directs.

195. Le droit naturel en Allemagne. En Allemagne, l'idée d'une propriété intellectuelle de droit naturel avait atteint le sommet de son influence au tout début du siècle et fut vivement critiquée, dès les décennies qui suivirent, pour son inadéquation aux règles du droit civil et sa stérilité pratique[381]. Dans la même veine positiviste que le privilège se développaient les théories selon lesquelles les droits apparus sur les biens intellectuels n'étaient que le simple résultat d'une action pénale, l'effet réflexe (*Reflexwirkung*) ou secondaire (*Rückschlag*) des lois répressives, et que n'existait sur eux nul droit, ni d'origine naturaliste, ni même de droit civil[382].

196. Le droit naturel en France. En France, le Duc de Broglie rendit un rapport remarqué sur l'esclavage[383]. Semblant avoir, en son temps, joui d'une autorité certaine, ce rapport distinguait la propriété naturelle, ordinaire, de la propriété légale, extraordinaire. La propriété intellectuelle, selon ses détracteurs, appartenait bien entendu à la seconde et pouvait donc être remise en cause à tout moment. Les défenseurs de la propriété intellectuelle se montraient eux-mêmes plutôt sceptiques quant à ses éventuelles origines de droit naturel[384].

---

381 E. Wadle, *Der Einfluß Frankreichs*…, précité, bibliographie, n° 359, p. 893 et s. D. Klippel, *Die Idee des geistiges Eigentums in Naturrecht*…, précité, bibliographie, n° 273. L. Pahlow, « *Intellectual property, Propriété intellectuelle und kein geistiges Eigentum ? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenem Rechtsbegriff* », *UFITA*, 2006, p. 705 et s., bibliographie, n° 351, aux p. 717-719.

382 Kohler rejette également les notions de *droit exclusif* et de *monopole* : J. Kohler, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 92, p. 86. A la même page, il cite Jolly, l'un des rédacteurs du *BGB* : « Le droit de l'auteur (…) ne peut être qu'ainsi conçu, que l'infraction qui y est faite est un délit, puisqu'alors un acte, licite en soi en vertu de la liberté naturelle, est interdit seulement car il enfreindrait la sphère patrimoniale d'un tiers, justement protégée par le droit » (Jolly, *Schrift über die Lehre vom Nachdruck*, 1852). Bappert cite bien d'autres manifestations de ce courant instumentaliste : W. Bappert, *Wege zum Urheberrecht*…, précité, bibliographie, n° 83, p. 277-289.

383 Rapport cité par E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence* (précité, bibliographie, n° 45, p.31 et s. et par A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 86. Selon Renouard, la propriété naturelle « se forme spontanément, elle n'est point l'œuvre de l'État, (…) elle préexiste à la loi qui la protège », ce n'est « pas seulement une mesure utile, créée par le droit positif et que le droit positif pourrait détruire ; c'est une nécessité, c'est-à-dire une institution de droit naturel, dérivant de l'essence même de l'homme et des choses », tandis que la propriété légale « est l'œuvre même du législateur », elle est « artificielle, arbitraire » (A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 18 et s.).

384 Arnal, qui composa sa thèse sur *La propriété des marques de fabrique*, y écrivit : « la propriété de la marque doit à notre avis être considérée comme une création de la loi civile, et l'étranger n'a droit à la protection française que dans des conditions déterminées » (E. Arnal, *La propriété des marques de fabrique*, Montpellier, Imprimerie coopérative ouvrière, 1909, bibliographie, n° 181, p. 41). Selon Fournier, « si le droit d'exploiter les productions intellectuelles (…) n'est pas attribué exclusivement au créateur, ni interdit à toute autre personne par un texte formel, cette reproduction est licite et ne peut, par elle seule, être imputée à faute » et entraîner l'application de l'article 1382 du Code civil (A. Fournier, *Des transformations de la législation des dessins et modèles*, précité, bibliographie, n° 49, p. 5). De même, Ducreux déclarait, en raison surtout de l'absence d'objet de propriété, que « le droit d'auteur n'est bien en réalité qu'une concession purement gracieuse de la loi » (C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles*…, précité, bibliographie, n° 48, p. 34). Calmels considérait que son artificialité lui faisait perdre le droit au nom de propriété : « vous ne pouvez pas désigner du même nom, le droit que fait la loi au profit de quelques-uns, par l'effet d'une restriction apportée au domaine de tous » (E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45, p. 32).

Renouard lui-même considérait les droits des auteurs sur leurs œuvres comme des monopoles légaux[385].

197. Le droit naturel en Angleterre. En Angleterre, le droit naturel trouvait dans la *common law*, droit des juges[386] par opposition au *statute*, droit royal, une voie d'accès au droit positif. Cela donnait au débat plus de réalité que dans les pays continentaux, où le droit naturel était plus insaisissable[387].

En matière de *copyright*, l'ambiguïté de la décision rendue dans l'affaire *Donaldson v. Becket* permit à l'argument de la propriété de *common law* de ressurgir[388]. Drone considérait l'interprétation donnée au *Statute of Ann* dans *Donaldson v. Becket* comme une erreur historique[389], fondée sur les divagations d'un seul homme : le juge Yates[390], et indigne de constituer un précédent durable. Copinger, à l'origine d'une série de manuels sur le *copyright* désormais plus que centenaire[391], et Bowker[392] étaient du même avis. L'*Act* de 1814[393] aggrava le trouble en se déclarant « garantir » plutôt qu' « instaurer » le droit[394].

---

385 A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 18. A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs…*, précité, bibliographie, n° 41, p. 448 : « De ce que la limitation de la pensée par appropriation exclusive n'est pas nécessaire, le genre humain est en droit de conclure qu'elle n'est pas permise. »

386 D. Poirier, *Introduction générale à la common law*, Yvon Blais, 3ème éd., 2005, bibliographie, n° 126, p. 28 : « La *common law* est caractérisée par l'attitude qui consiste à concevoir le droit comme quelque chose de préexistant dans la vie et dans l'expérience (…) C'est de cette attitude qu'est née la théorie voulant que les juges ne créent pas le droit, mais ne font que confirmer un droit préexistant. »

387 Certains auteurs posaient néanmoins la question dans les mêmes termes que sur le continent. L'un des plus fervents abolitionnistes anglais, Macfie, prit le soin de préciser qu'à la différence de la propriété, qui « *does not originate in, nor depends on, legislation* », le *copyright* ou le *patent* « *does not recognise but constitutes [the right]* » (R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*…, précité, bibliographie, n° 159, p. 64, et p. VI). Plus loin, il relève les occurrences capricieuses et contradictoires des termes « *securing* » et « *granting* » dans les A*cts* en vigueur, et note que les *Acts* des États-Unis, « *perhaps receiving infection from France* », usent du premier (p. 95-96).

388 Talfourd, dans ses discours à la Chambre des Lords que nous verrons plus loin (§ 227), rappela « que ce fut une simple majorité de six juges contre cinq qui décida que ces mots restrictifs du Statut de la reine Anne, *et pas plus longtemps*, avaient changé le droit ».

389 E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*, précité, bibliographie, n° 146, p. 26 : « *The judicial interpretation given to that act by the House of Lords, in 1774, is contrary not only to the right and justice, but to the true purpose and meaning of the Statute*. »

390 « *The law which for a century has denied to men of letters in England and America the full fruits of their labor has grown out of the groundless theories of one man* » (ibidem, p. 48).

391 W. A. Copinger, *The law of copyright in works of literature and ar*t, Londres, Stevens and Haynes, 1870, bibliographie, n° 143, p. 3 : « *This is natural justice, and dictated by reason*. »

392 Selon R. R. Bowker, l'immunité de la propriété avant publication, jamais contestée, était le signe que la propriété littéraire était un « *natural inherent right* », fondé en *common law*, en *natural* or *customary law*, sanctionné par le *Statute* dont il a été injustement jugé qu'il était substitutif, et non pas additionnel (R. R. Bowker, *Copyright, its history and its law*, précité, bibliographie, n° 142, p. 4-5).

393 *An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, be securing the Copies and Copyright of Printed Books, to the Authors of such Books or their Assigns*, 1814, faisant durer le *copyright* autant que la vie de l'auteur, ou, si celui-ci décède, vingt-huit ans après publication (*Act* publié, ainsi que tous les documents relatifs au copyright, entre 1450 et 1900, par R. Deazley, sur le site *Primary sources on copyright*, bibliographie, n° 397).

394 F. Rideau, *formation du droit de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 207, p. 284-289 (« *securing* » plutôt que « *granting copyright* », ce qui suppose un droit préexistant).

Le professeur Rose, commentateur de l'histoire du *copyright*, reconnaît aujourd'hui encore que :

> « *Given the way Donaldson came to be understood, perhaps it should be simultaneously regarded as confirming the notion of the author's common law right.* »[395]

C'est ainsi que, dans la discussion de la durée du copyright, lord Talfourd pouvait continuer de s'en référer à la *common law* et au droit naturel pour justifier l'allongement de la durée de protection, alors que son principal opposant déclinait le lexique du monopole d'origine étatique et de la taxe arbitraire[396].

Nous avons vu que le droit sur les inventions, au contraire, avait toujours été de nature princière[397] : il demeura donc, sans grande discussion[398], majoritairement considéré comme purement statutaire[399]. À l'intersection des notions de contrat social, de récompense et d'intérêt public, le brevet d'invention était majoritairement analysé comme un marché passé entre l'inventeur et la société pour la divulgation de l'invention[400].

Un certain déclin du droit naturel était donc observable au cours du XIX^{ème} siècle, mais il faut reconnaître que ce concept s'est toujours plus ou moins présenté comme une fiction juridique. Les arguments disqualifiant les créations intellectuelles comme objets de propriété furent les plus vifs.

B) L'insaisissabilité de l'objet incorporel

198. L'argument de la matérialité fut central dans la récusation de la qualification propriétaire. Nous avons vu plus haut que la théorie dite *classique*, ou *romaniste*, de la

---

395 M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 112.

396 Lord Maccauley plaidait que le copyright était « *a tax on readers for the purpose of giving a bounty to the writers », et que « a tax on innocent pleasures is a premium on vicious pleasures* » (rapporté par E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*, précité, bibliographie, n° 146, p. 82). Nous reparlerons de Lord Talfourd au sujet de la résistance de la doctrine propriétaire au Parlement anglais, § 227. La discussion aboutit à l'adoption d'un bill que nous verrons plus bas (§ 268).

397 Voir *supra*, § 86 et s.

398 J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 18 : « *On the whole, it seems that the natural-rights-in-invention thesis was more intensively employed by continental countries, and consequently it is there that the critical writing appears*. »

399 Cunynghame écrivit en 1894 : « *the patentee's claim is not like a man's property in a copyright, it is a matter of grace and favor, only extended to him on account of the public advantage* » (H. H. Cunynghame, *English Patent Practice*, Londres, Clowes, 1894, bibliographie, n° 152, p. 3). Il était suivi en cela par Edmunds : « *the soveraign, as the fountain of honor, office, and privilege, the arbiter of trade, and the chief guardian of the common weal, has from time immemorial exercised this prerogative of the Crow in making grants to subjects* » (L. Edmunds, *The law and practice of letters patent for invention*, Londres, 2ème éd., 1897, bibliographie, n° 154, p. 1).

400 W. F. Agnew, *The law and practice relating to letters patent for inventions*, Londres, 1874, bibliographie, n° 149, p. 3 : « *The patentee may be looked upon as a purchaser from the public (…). The patentee is not obliged to make his invention known, he may keep it a secret; it is therefore only reasonable that if he makes it known he should receive some compensation from the public* » (nous soulignons).

propriété ne lui reconnaissait souvent d'objets que corporels[401] ; elle en excluait donc tous les biens intellectuels.

199. En droit allemand. La formulation la plus lapidaire de l'argument vint d'Allemagne, où Zoepfl, recourant au laconisme du latin, déclara « la propriété intellectuelle (…) une *contraditio in adjecto* »[402]. Selon Bluntschli, le concept de propriété littéraire était « inutilisable » (« *unbrauchbar* »), car l'œuvre « en tant que produit de l'esprit, a une nature essentiellement incorporelle »[403]. Les juristes allemands, particulièrement attachés à la rigueur de la dogmatique juridique[404] fondée entre autres sur principe de corporalité des objets de propriété[405], voyaient dans le concept de propriété intellectuelle plus qu'une simple erreur : un « danger pour la dogmatique »[406].

200. En droit français et anglais. On trouva la même idée en France, sous la plume de Ducreux, par exemple, selon qui « le droit de propriété suppose un objet distinct du titulaire du droit et sur lequel porte le lien juridique qui rattache cet objet à son propriétaire. Dans le cas actuel, rien de semblable : d'objet, il n'y en a point »[407].

---

401 Voir *supra*, § 13.

402 H. Zoepfl, *Grundriß zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie (Naturrecht)*, 2ème éd., Berlin, 1879, p. 134, rapporté par D. Klippel, « *Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht…* », précité, bibliographie, n° 273, p. 133 : « …car le spirituel ou les idées, en tant qu'incorporels (*als Unkörperliches*) ne peuvent, en raison de leur nature, être objets de propriété ».

403 J. C. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, Berlin, 1853, bibliographie, n° 73, tome 1, p. 184 et s., consultable sur le site de l'institut Max Planck d'histoire juridique européenne, précité, bibliographie, n° 400. Voir également Wächter, pour qui même une application par analogie du concept de propriété était « impensable » (O. Wächter, *Das Autorrecht nach dem allgemeinen deutschen Recht*, Ed. Ferdinand Enke, Stuttgart, 1875, bibliographie, n° 100, p. 12).

404 Le professeur Klippel résume la controverse de l'époque autour de deux grands thèmes : la conciliation des droits intellectuels avec la liberté de l'économie et le bien social (question qui n'est pas propre à l'Allemagne, mais qui a également animé le débat en Angleterre et en France), et la « question de la classification de la propriété intellectuelle dans la dogmatique du droit privé », question qui tourmenta plus les juristes allemands que les français, et, surtout, que les anglais (D. Klippel, « *Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht…* », précité, bibliographie, n° 273, p. 137).

405 L'Ecole historique diffusait l'idée que le droit romain de propriété ne s'appliquait qu'à des choses corporelles (*res corporales*). Le § 90 du *BGB* entré en vigueur en 1900 disposait que « les biens, au sens de la loi, ne sont que des objets corporels ». Nous verrons plus précisément en partie 2 (§ 414) cet article toujours en vigueur.

406 J. Kohler, « *Die Idee des geistigen Eigentums* », précité, bibliographie, n° 345 : le concept de propriété intellectuelle « relâcherait et dissiperait (« *ausdehnen und verflüchtigen* ») le concept de propriété, au point qu'il ne serait plus apte à servir la science juridique et à lui donner son soutien (« *die juristische Erkenntnis zu fördern und ihr Halt und Stütze zu geben* ») ». Voir des illustrations de cette critique chez L. Pahlow, « *Intellectual property, propriété intellectuelle und kein geistiges Eigentum ?…*, précité, bibliographie, n° 351, aux p. 715-716.

407 C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles…*, précité, bibliographie, n° 48, p. 30. Lire également L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ?… », précité, bibliographie, n° 318, spéc. à la p. 133, et sa thèse : L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?*, précité, bibliographie, n° 208.

Macfie, en Angleterre, le soutint en ces termes :

> « *True property is manifestly a right to an existing thing, visible and palpable, that only a single person, or at the most a limited number of persons can hold, occupy, employ or enjoy* », ... « *localisable, individual, and personal.* »[408]

A la source de cette théorie de la matérialité (selon lui erronée), Drone remontait à la nécessité de délimiter l'objet de propriété, telle qu'exprimée un siècle plus tôt par le juge Yates, dans l'affaire *Millar v. Taylor*, pour qui les choses incorporelles étaient « *not capable of distinguishable proprietary marks* » et, partant, incapables de propriété[409].

201. L'objet considéré n'était pas seulement incorporel : il était aussi intellectuel. Sa vocation était donc de circuler d'esprit en esprit, ce qui lui rendait tout à fait étranger le principe même de réservation exclusive.

C) La vocation collective de l'objet intellectuel

202. La vocation du bien intellectuel au libre parcours. Pour Renouard, « toute limitation de la pensée par appropriation exclusive [était] une impossibilité et une chimère » ; or, « qu'est-ce qu'une invention ? Un exercice de la pensée »[410]. En Allemagne, Bluntschli donna de la même idée une formulation plus juridique : « la finalité et, donc, le contenu du droit d'auteur sont différents de la finalité et du contenu de la propriété. Le propriétaire veut avoir la chose *pour lui*, l'auteur, au contraire, veut *partager* son œuvre avec le public »[411]. Macfie, en Angleterre, adopta une langue plus bucolique et compara les œuvres publiées avec des oiseaux qu'un propriétaire foncier aurait élevé sur son domaine pour les lâcher à l'époque de la chasse : ils deviendraient alors des « *ferae naturae* »[412].

203. La divulgation. La conséquence juridique en était qu'à supposer que l'auteur ou l'inventeur ait eu une propriété originelle sur son œuvre, son dessin, son invention etc., elle ne pouvait subsister après sa divulgation au public. L'argument se fondait sur l'idée très simple

---

408 R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*…, précité, bibliographie, n° 159, p. VI et p. 64.

409 E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions.*…, précité, bibliographie, n° 146, p. 7. Voir aussi Copinger, relatant que les juristes ont dû recourir à la « *summa ratio* », à la « *very nature of literary productions* » pour nier le concept de propriété littéraire (W. A. Copinger, *The law of copyright* …, précité, bibliographie, n° 143, p. 5).

410 A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 65, p. 18-19. Dans son *Traité des droits d'auteurs*…, Renouard cite Kant : « un livre est un écrit par lequel un auteur adresse la parole au public… », et la pensée « est comme le feu, qui se communique et s'étend sans s'affaiblir à un foyer » (précité, bibliographie, n° 41, p. 457 et p. 448).

411 J. C. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, précité, bibliographie, n° 73, p. 189. Voir aussi W. Bappert, *Wege zum Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 83, p. 282 et s.

412 R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*…, précité, bibliographie, n° 159, p. 63.

qu'exprime l'adage : « donner et retenir ne vaut »[413]. Il reposait en fait tantôt sur l'ancienne confusion du support et de son contenu intellectuel, tantôt sur celle des idées et de leur mise en forme. Selon chacune, la mise en circulation des premiers entraînait nécessairement celle des seconds. Il trouva écho dans la doctrine[414] et, plus largement, auprès des militants contre la doctrine de la propriété intellectuelle[415].

Calmels ironisait au sujet de cette propriété prépublication, « la plus sacrée, la plus inviolable ; mais cette propriété secrète (...), c'est le *dominium* romain *sine re* »[416]. Plus mordant, Drone faisait remarquer que cette analyse de la divulgation revenait à dire aux auteurs :

« *Your literary property is sacred, and shall continue inviolable as long as you do not use it.* »[417]

Un argument plus radical encore remontait le cours de l'idée et avançait que non seulement la finalité du bien intellectuel était collective, mais aussi son origine.

D) L'origine collective du bien intellectuel

204. La remise en cause de l'acte créatif. Outre l'acte de divulgation, l'acte de création ou d'invention paraissait incompatible avec le droit de propriété. Les opposants à la

---

413 Confirmé par Pothier : « propre et commun sont contradictoires » (L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? … », précité, bibliographie, n° 318, p. 191, note 32).

414 A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*…, précité, bibliographie, n° 41, p. 454 : « donner et retenir la pensée est une impossibilité, un non-sens », « en résumé, la pensée est, par son essence, inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins ». Voir également E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45, p. 36. En Angleterre, Drone recensa et critiqua les analyses de la publication comme un abandon ou un contrat de vente (E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*, précité, bibliographie, n° 146, p. 8-10). Copinger mentionnait simplement que : « *at one time it was contended that by publication the author or proprietor lost any right he might have had at common law* » (W. A. Copinger, *The law of copyright*…, précité, bibliographie, n° 143, p. 9).

415 J. MacLaurin, Lord Dreghorn, « *The origin and progress of literary property* », in R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*…, précité, bibliographie, n° 159, p. 13 : « *At common law, there is no such thing known as an exclusive perpetual literary property in an author after publication*. » Macfie lui-même considérait la propriété après publication comme une « *heresy* », impossible « *if law, conformable to nature, does not reconcile giving away and keeping* » (*ibidem*, p. 63). Un manuel de 1903 assignait *common law* et *statute* de part et d'autre de la divulgation : avant la divulgation, les droits de l'auteur étaient « *merely the common law incidents of property* », ensuite, « *the statute begins to operate, for once the manuscript is published it is open to anyone to copy it unless it is restrained by statute* », ce qui ne conférait qu'un droit artificiel (H. A. Hinkson, *Copyright law*, Bullen, Londres, 1903, bibliographie, n° 147, p. 1-2). L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ?… », précité, bibliographie, n° 318, p. 133 et s. : l'idée fut soutenue, en France, lors des débats parlementaires de 1841, par plusieurs orateurs : l'économiste Wolowski, les députés Lestiboudois, Berville (« publicité et propriété sont deux mots qui se repoussent naturellement, qui sont incompatibles » etc.

416 E. Calmels, De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence, précité, bibliographie, n° 45, p. 36.

417 E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*, précité, bibliographie, n° 146, p. 13. Il ajoute que l'on ne peut concevoir d'abandon sans volonté du propriétaire de perdre sa propriété, qui est absente de la divulgation (p. 9). Plus loin, il compare l'achat d'un exemplaire d'un livre, à celui d'un billet pour un spectacle (p. 12).

réservation privative des créations intellectuelles considéraient ces dernières comme des faits sociaux, des produits collectifs et non plus comme les créations individuelles de quelques hommes à la créativité ou à l'inventivité hors du commun. Cette remise en cause de l'acte créatif revenait à saper ce qui avait été le moteur de l'instauration des droits intellectuels, le fondement de l'édifice, le principe et le critère de la réservation[418].

L'idée apparut en Angleterre, où *The Economist* expliquait :

> « *Their minds and their inventions are part of the great whole of society, and they have no right of property in their inventions, except that they can keep them if they please and own all the material objects...* »[419]

En France, le député Lestiboudois s'exprima en ces termes à l'Assemblée :

> « l'humanité creuse pendant des siècles, un homme donne le premier coup de sonde, la vérité jaillit, mais elle n'est point à lui, elle est à tous ceux qui ont travaillé »[420].

Renouard, pourtant favorable à l'octroi d'un monopole aux auteurs et inventeurs et leur ayant consacré d'attentives études, ne considérait les biens intellectuels que comme « une nouveauté de combinaison dans les résultats de la pensée »[421]. Calmels argua qu'il n'y avait pas véritablement de *res nullius* dans le domaine de la pensée, puisque les idées n'étaient pas vacantes dans la nature mais qu'elles jaillissaient de la convergence et de la confrontation des esprits : l'occupation ne pouvait donc s'y appliquer[422].

En Allemagne, Klostermann résumait ainsi leur argument :

> « Même les inventions les plus importantes ne sont rien d'autre que la déduction des découvertes scientifiques et applications pratiques les précédant, déduction qu'à un moment précis n'importe qui aurait pu tirer, aussi certain que sans lui, elle l'aurait été par un second ou un troisième. »[423]

---

418 Voir *supra*, § 173.

419 Le même article exprimait aussi l'idée que la seule propriété possible, avant la divulgation, était le secret (*The* economist, 28 décembre 1850, cité par F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 15). J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution.…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 25 : peu après, devant le *Select Committee* appointé en 1851, J. L. Ricardo, neveu de l'économiste D. Ricardo, député en 1841 et l'un des plus précoces libéraux, déclarait que l'inventeur était un homme de chance plutôt que de mérite : « *there is no reason to reward him who might be lucky enough to be the first to hit on the thing required* ».

420 *Le Moniteur* du 24 mars 1844 (E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45, p. 36-37). Plus tard, Proudhon, dans ses *Majorats littéraires*, écrivait que « l'homme ne crée pas ses idées, il les reçoit ; il ne fait point la vérité, il la découvre ; il n'invente ni la beauté, ni la justice, elles se révèlent à son âme... » (précité, bibliographie, n° 204, p. 23). Selon Malapert, « toute œuvre humaine est collective ; la plus grande part, on pourrait dire presque le tout, en appartient au temps qui nous a précédé et à celui dans lequel nous vivons » (F. Malapert, *Des lois sur les brevets d'invention.…*, précité, bibliographie, n° 198, p. 15).

421 A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, précité, bibliographie, n° 41, p. 448.

422 E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45, p. 33 : « Y a-t-il, à proprement parler, dans ce domaine, de *res nullius* ? Ce que je prétends avoir découvert, un autre ne l'a-t-il pas déjà trouvé ?… ». Voir également Pfister, qui cite en illustration Wolowski, Renouard et Lestiboudois (« l'œuvre, produit d'une collaboration entre la société et l'auteur », L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?*…, précité, bibliographie, n° 202, p. 525).

423 R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung aller Länder*…, précité, bibliographie, n° 108, p. 6.

La réduction de la part du mérite individuel et la valorisation du rôle de la collectivité et du hasard dans la production des biens intellectuels rendaient injuste leur attribution privative.

205. La distinction des œuvres et des inventions. Les œuvres littéraires et artistiques échappaient parfois à cette vision réductrice : certains des opposants aux brevets d'invention maintenaient leur appui au droit des auteurs littéraires et artistiques. L'un de leurs plus éloquents représentants, Chevalier, dans le *Rapport du jury français sur l'exposition universelle de 1862*, reconnaissait aux œuvres littéraires et artistiques un caractère certain d'individualité, qui faisait défaut aux inventions ; seules les premières pouvaient donc constituer des objets de propriété[424]. À la même époque, au Congrès des économistes allemands[425], Wirth avait défendu un rapport minoritaire selon lequel, alors que les inventions émanaient de l'état de la technique plus que du génie humain, les œuvres étaient suffisamment personnelles pour constituer des objets de propriété[426]. Cette nuance trouvait quelques expressions dans les lois étatiques encore en vigueur avant l'adoption des lois impériales[427].

206. La perpétuité. Enfin, le thème de la perpétuité de la propriété fut également central dans le débat. La durée des droits n'étant pas encore fixée, elle était toutefois plutôt un enjeu de la controverse que l'un de ses arguments ; elle apparaissait plutôt en aval qu'en amont de la question de la qualification des droits.

207. Conclusion. Pour toutes ces raisons, la doctrine de la propriété intellectuelle pouvait être critiquée par des penseurs par ailleurs favorables aux droits eux-mêmes et y consacrant même leurs recherches. Selon un auteur allemand, Boufflers aurait inventé le concept de propriété intellectuelle par hypocrisie[428]. Renouard lui-même raillait « le droit de bourgeoisie que les écrivains, partie intéressée dans cette querelle, ont fait prendre à

---

424 Introduction au rapport du jury français sur l'exposition universelle de 1862, Paris, 1862, cité par F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 14. Peu après, Picard et Olin écrivaient que « la propriété littéraire serait encore de beaucoup plus justifiable que la propriété industrielle » (Ed. Picard et X. Olin, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 60, p. V et 19). L'un des plus grands abolitionnistes anglais lui-même, Macfie, accordait aux œuvres cette nature plus personnelle : « *copyright concerns subject matter the original and sole creation of which can be easily established. Patent-right concerns subject-matter, which may be and commonly is, originated by a plurality of persons in complete independance and ignorance one of another (…). Besides, it concerns trade much more than copyright* » (R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*, précité, bibliographie, n° 159, p. VI).

425 Il s'est tenu à Dresde en 1863.

426 Cité par F. Penrose et E. Machlup, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 13.

427 Voir *supra*, § 122.

428 H. Rentsch, *Geistiges Eigentum, Handwörterbuch der Volkswirtschaft*, p. 335 (rapporté par F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 16). Machlup écrivit lui-même que « la lecture jusnaturaliste de la propriété intellectuelle était un concept artificiel, tactique, stratégique, pour rendre intangible la protection des auteurs et inventeurs » (F. Machlup, *Patentwesen*, bibliographie, n° 348, p. 247).

l'expression de propriété littéraire, à la faveur de laquelle ils ont habitué les esprits à leurs prétentions »[429]. L'économiste Macfie (abolitionniste) s'exclamait :

> « *No wonder that, in order to justify the absurdity, a doctrine that the State merely recognizes and protects what is natural property has been elaborated, and is of late continuously « tried on ».* »[430]

[429] A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, précité, bibliographie, n° 41, p. 455.
[430] R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*, précité, bibliographie, n° 159, p. IX.

Conclusion du chapitre 1

208. Même si certains de leurs arguments se recoupaient, le mouvement abolitionniste et la réfutation doctrinale du concept de propriété intellectuelle se produisirent dans deux univers intellectuels distincts. Les abolitionnistes, pour la plupart, étaient des économistes. La discussion doctrinale fut plutôt alimentée par les théoriciens du droit qui, une fois les droits intellectuels politiquement acquis, voulurent passer leur schéma théorique au crible rigoureux des définitions juridiques.

L'alliance de ces deux courants constituait un mouvement fort et largement écouté. À la simple crainte des effets monopolistiques s'alliaient des interrogations plus profondes, concernant les sources du droit, l'existence et le rôle du droit naturel, les principes de la dogmatique juridique et la rigueur qu'il faut leur reconnaître. Aujourd'hui encore, d'ailleurs, les arguments qui viennent d'être exposés sont opposés à la doctrine de la propriété intellectuelle.

Nous savons toutefois que la propriété intellectuelle a survécu à cette tourmente : comment a-t-elle pu y parvenir ?

Chapitre 2

-

Le maintien de la propriété intellectuelle

209. L'effet de la crise. La crise ayant culminé dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle était une réaction aux excès d'une théorie en plein essor. Nous ne tenterons pas d'établir si elle aurait pu emporter l'institution elle-même et n'en faire qu'un court épisode de l'histoire juridique. La question a reçu la réponse de l'histoire et nous nous en contenterons. Mieux vaut rechercher quels furent les effets de cette crise sur la théorie et l'institution de la propriété intellectuelle qui en ressortirent au tournant du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle. N'eut-elle pour résultat que de ralentir la croissance de l'institution ? Eut-elle au contraire la vertu de débarrasser la théorie de ses excès et de fermer les voies de ses errances ?

210. Résistance ou renaissance de la propriété intellectuelle ? Précisons la question : la propriété intellectuelle, campée sur une tradition remontant aux premiers *Acts* anglais et jouissant du glorieux soutien des Lumières, a-t-elle simplement *résisté* à ses détracteurs ? La contestation a-t-elle au contraire provoqué la *renaissance* de l'institution et de son modèle propriétaire, épurés de leurs contradictions par la *catharsis* de la crise et dorénavant accessibles aux compromis de la vie sociale et politique ?

211. Plan. Pour le déceler, il faut examiner comment l'idée de propriété intellectuelle a pu perdurer à chacun de ses niveaux d'influence. Au niveau de la controverse intellectuelle, la propriété intellectuelle a résisté en tant qu'idée doctrinale et politique (section 1). Elle est demeurée un modèle persistant bien qu'affaibli sur le plan de la théorie législative (section 2). Enfin, elle continua à fournir un schéma valable au niveau de la technique juridique (section 3).

Section 1 : La résistance de l'idée de propriété intellectuelle

212. La vivacité politique de l'idée de propriété intellectuelle. Que subsista-t-il, à la sortie de la crise, de la conquérante doctrine de la propriété intellectuelle ? Nous montrerons dans cette section que, loin d'être reléguée à la mémoire du droit, la doctrine de la propriété intellectuelle se distinguait peu, après la crise, de ce qu'elle était auparavant.

213. Plan. Le maintien des droits intellectuels fut rapidement acquis (A). La doctrine de la propriété intellectuelle continua de recevoir le soutien des plus grands penseurs de la matière, avec les nuances déjà observées entre Angleterre, France et Allemagne (B). Elle trouva également des défenseurs devant les parlements (C).

A) Le maintien des droits intellectuels

214. Un contexte plus favorable. Le mouvement libre-échangiste n'aura que peu duré et l'idée patriotique de stimulation des énergies nationales retrouva bien vite son crédit. La multiplication des expositions universelles[431] accentua la compétition industrielle et culturelle, voire l'espionnage, mais, en accroissant le mal, vivifia aussi le désir d'y remédier. La Grande Dépression de 1873[432] provoqua un retour au protectionnisme[433]. La plupart des économistes soutenaient les droits de propriété intellectuelle[434].

215. Les associations de promotion de la propriété intellectuelle. Les associations d'industriels et d'auteurs, et les véritables campagnes de promotion qu'elles menaient,

---

431 1851 : Exposition à Londres ; 1855 : Paris ; 1862 : Londres ; 1867 : Paris ; 1873 : Vienne ; 1876 : Philadelphie ; 1878 : Paris ; 1880 : Melbourne ; 1888 : Barcelone ; 1889 : Paris ; 1893 : Chicago ; 1894 : Anvers ; 1897 : Bruxelles ; 1900 : France...

432 Elle débuta à Vienne, le 9 mai 1873, avec l'effondrement de la bourse, en raison de la faillite du *Kreditanstalt* ; elle se répandit ensuite en Europe et aux États-Unis, et dura jusqu'au milieu des années 1890.

433 Benjamin Disraeli, entré au Parlement britannique en 1837, se fit le champion à la fois de la propriété littéraire, (avec Lord Talfourd : voir plus bas, § 227), et du protectionnisme. J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 29 : « *With the emergence of protectionnism during the Great Depression the anti-patent movement collapsed as suddenly as it appeared.* » F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 6 : un *Bill* passé en 1872 devant la *House of Lords*, pour supprimer la protection des brevets, fut retiré en 1874 devant la *House of Commons*.

434 Ils les justifiaient le plus souvent par la théorie de la stimulation des énergies inventives, ou par celle de la récompense juste et proportionnée par le marché. Selon le résumé qu'en fait M. Batzel, citant Adam Smith, Jeremy Bentham, et John Stuart Mill, ils faisaient exception, pour les brevets, à leur hostilité générale aux monopoles : V. M. Batzel, *« Legal monopoly in liberal England »*, précité, bibliographie, n° 362. Voir aussi F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 17 et s. Macfie lui-même concédait que les « *views favored in this compilation are, if superficial appearance is to be trusted, not untertained generally* » (R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions*, précité, bibliographie, n° 159, p. III).

jouèrent également un rôle important dans le maintien des droits contestés. Ce furent les industriels et les praticiens, surtout, qui s'organisèrent contre l'abolition des brevets. Mentionnons en exemple la *Verein Deutscher Ingenieure*[435] et l'Union allemande pour la protection de la propriété industrielle[436], les activités de l'avocat britannique Webster[437], l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI)[438].

216. L'influence française. Par ailleurs, l'annexion de l'Alsace-Lorraine par l'Allemagne, en 1871, ouvrit dans tout le pays une voie au droit français, favorable à la réservation privative des biens intellectuels[439]. C'est ainsi, par exemple, que la Chambre de commerce de Mulhouse (alors *Mülhausen*) adressa une série de pétitions au *Reichstag* sur la nécessité de protéger la réservation des dessins et modèles[440].

217. Les congrès internationaux. Les congrès internationaux réunirent en Europe défenseurs et opposants des droits intellectuels. Ils étudièrent les questions de leur maintien, de leur nature et des conséquences de celle-ci sur leur régime et sur les droits des étrangers. Le Congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles, en 1858 s'accorda à reconnaître le droit d'auteur, sinon comme le « droit de propriété ordinaire », du moins

---

435 J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, précité, bibliographie, n° 113, p. 27 : elle fut créée en Allemagne dans les années 1850, et animée, entre autres, par le prospère industriel allemand von Siemens. Wehr fait état de la résolution prise en 1861 de lutter par tous moyens contre le mouvement antibrevets, et pour l'établissement d'une loi (J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens*…précité, bibliographie, n° 233, p. 87). Voir également H. Bluhm, « *Die Entstehung des ersten gesamtdeutschen Patentgestzes* », *GRUR* 1978, cahier 8/9, p. 341-346, bibliographie, n° 334, p. 344. Schmid cite la pétition des industriels allemands réclamant une loi de « protection de la propriété intellectuelle » sur les modèles, « qui ne constituerait qu'une prolongation des lois existant déjà » en faveur des écrivains, peintres et autres (P. Schmid, *Die Entwicklung*…, précité, bibliographie, n° 118, p. 64).

436 A. Ohly, *Geistiges Eigentum ?*, *JZ* 2003, p. 545-554, bibliographie, n° 349, à la p. 546 : la *Deutscher Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums*, créée en 1891, fut plus tard seulement renommée Union allemande pour les droits industriels et le droit d'auteur (*Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechstschutz une Urheberrecht*), afin d'abandonner dans son titre le mot « propriété ». Elle est aujourd'hui encore éditrice de la fameuse revue *GRUR*.

437 Batzel remarque la résistance des institutions d'ingénieurs et d'industriels aux adresses des abolitionistes qui cherchaient à rallier des praticiens à leur cause (V. M. Batzel, *Legal monopoly in liberal England*, précité, bibliographie, n° 362, p. 192-196). Machlup et Penrose énumèrent associations et pétitions, et soulignent le caractère méthodique et l'efficacité de la campagne probrevets (F. Machup, E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », précité, bibliographie, n° 384, p. 5). Voir aussi J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution.*…, précité, bibliographie, n° 245, p. 36-41, et p. 57 et s.

438 Créée à Paris en 1878, à l'initiative de la Société des gens de lettres et sous la présidence d'honneur de Victor Hugo, l'ALAI se donna pour premier objectif de susciter la création d'une convention internationale pour la protection de la propriété littéraire et artistique: <http://alai.org/>.

439 Selon Wehr, l'influence française, conjuguée aux besoins économiques, permit de vaincre le mouvement antimonopoliste (J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens*…, précité, bibliographie, n° 233, p. 58). Klostermann l'estime plus forte que l'influence anglaise (R. Klostermann, *Die Patentfrage*, précité, bibliographie, n° 110, p. 287). Pour une présentation des diverses modalités et des zones d'influence du droit français dans les États de l'Allemagne non unifiée, *cf.* E. Wadle, « *Der Einfluß Frankreichs* … », précité, bibliographie, n° 359.

440 P. Schmid, *Die Entwicklung.*…, précité, bibliographie, n° 118, p. 74 et E. Wadle, « *Zur Vorgeschischte des Musterschutzes im deutschen Reich* », précité, bibliographie, n° 286, p. 28.

comme une « propriété dont l'auteur pouvait disposer dans les limites que la loi lui assignait »[441].

Plus radical, le Congrès littéraire international tenu à Paris en 1878 résolut que :

> « Le droit de l'auteur sur son œuvre constitue, non une concession de la loi, mais une des formes de la propriété que le législateur doit garantir. »[442]

Le Congrès des brevets tenu à Vienne en 1873[443], où s'illustrèrent notamment l'ingénieur Pieper et les industriels Siemens[444], dans un style moins dogmatique qu'en matière littéraire, décida[445] que « la protection des inventions est à garantir dans les législations de toutes les nations civilisées, parce que la conscience des nations civilisées exige la reconnaissance du travail intellectuel ». Il s'étendit plus longuement sur les raisons de compétitivité[446]. Seul l'inventeur lui-même ou ses ayants droit pouvait en jouir, et les étrangers y avaient le même accès que les nationaux. La tâche fut reprise, peu après, lors du congrès tenu à Paris, en 1878, à l'occasion d'une nouvelle exposition, aboutissant au projet qui donnera lieu à la convention de Paris du 20 mars 1883.

Pour toutes ces raisons et d'autres encore, qu'il ne nous appartient pas de relater en détail, la tentation de l'abolition fut surmontée en quelques décennies[447].

---

441 V. Foucher, *Le congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858*, Paris, 1858, bibliographie, n° 406, p. 40. « Le principe de la reconnaissance internationale de la propriété des œuvres littéraires et artistiques, en faveur de leurs auteurs, doit prendre place dans la législation de tous les peuples civilisés » et « ce principe doit être admis de pays à pays, même en l'absence de réciprocité » (*ibidem*, p. 125). Voir également E. Romberg, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 407, p. 175 et A. Gastambide, *Historique et théorie…*, précité, bibliographie, n° 35, p. 72-74.

442 *Congrès littéraire international de Paris*, Comptes-rendus et documents, Société des Gens de lettres, Paris, 1879, bibliographie, n° 410, p. 369 : « le droit de l'auteur, de ses héritiers et de ses ayants cause est perpétuel » ; « toute œuvre littéraire, scientifique ou artistique, sera traitée dans les pays autres que son pays d'origine, suivant les mêmes lois que les œuvres d'origine nationale ».

443 Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention…*, précité, bibliographie, n° 60, p. 73-74 : à l'origine, il ne s'agissait que d'insérer incidemment le thème des brevets dans le programme de l'exposition universelle, mais un article publié dans une revue scientifique américaine, déclarant que les inventeurs américains ne participeraient que si leurs droits sur leurs inventions étaient suffisamment protégés, a inspiré aux organisateurs allemands et autrichiens l'ambition d'élaborer une véritable loi mondiale.

444 H. Grothe, *Der internationale Patent-Congress in Wien, 4-9 August 1873*, Berlin, Springer, 1873, bibliographie, n° 408, p. 11 et s. L'avocat britannique Thomas Webster y participa également (p. 12), mais il ne semble pas y avoir eu de participant français.

445 Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention…*, précité, bibliographie, n° 60, p. 74 : « comme pour mettre un point final à une controverse qui, en réalité, durait encore ».

446 H. Grothe, *Der internationale Patent-Congress in Wien*, précité, bibliographie, n° 408, p. 71-72.

447 Dès 1879, Lyon-Caen en parlait même avec une dédaigneuse désinvolture : « nous savons que, il y a quelques années à peine, un mouvement hostile à l'existence des brevets d'invention s'est produit en divers pays, notamment en Allemagne, et qu'en France, quelques rares coryphées de cette opinion ont réclamé contre le système de protection » (Ch. Lyon-Caen, *De la législation des brevets d'invention*, LGDJ, Paris, 1879, bibliographie, n° 52, p. 4). En 1908, Fournier écrivait que « l'ardent pamphlet de Proudhon et les éloquentes conférences de Michel Chevalier sont restées sans écho » (A. Fournier, *Des transformations de la législation des dessins et modèles*, précité, bibliographie, n° 49, p. 1). Nous avons vu cependant pourquoi la crise fut plus forte en Angleterre et en Allemagne (*cf.* § 189).

B) La résistance de la théorie de la propriété intellectuelle en doctrine

218. La résistance doctrinale. Nous préférons nous attarder sur la résistance opposée à ses critiques par la doctrine de la propriété intellectuelle. Les tenants de la propriété littéraire développaient toujours les arguments classiques de la rémunération du travail, de l'occupation, de l'acte créatif… Ce sont les mêmes arguments qu'au siècle précédent, à cette différence près que le ton était plus scientifique et moins idéaliste. Le recours au droit naturel était moins fréquent, puisque celui-ci avait lui-même perdu de son audience.

219. La résistance doctrinale en Angleterre. En Angleterre, le *copyright* restait majoritairement classé parmi les droits civils de propriété[448]. Les publications se multiplièrent dans les années 1870, concernant surtout le *copyright*[449]. Parmi elles, l'ouvrage de Copinger déclarait que le *copyright* « *may be classed among the species of property acquired by occupancy ; being founded on labor and invention* »[450].

220. Drone. Drone fut l'un des spécialistes majeurs de la fin du siècle en Angleterre, auteur d'un ouvrage influent déjà maintes fois cité[451]. Selon lui, les quatre théories rivales du *copyright*, à la fin du XIX^{ème} siècle, étaient :

> 1) qu'il existe un droit de propriété littéraire fondé en droit naturel, reconnu par la *common law*, et qui n'est ni perdu par publication, ni soustrait par le *Statute* ;
>
> 2) que les auteurs ont un droit exclusif de *common law* avant mais pas après publication ;
>
> 3) que ce droit de *common law* survit à la publication, mais succombe au *Statute* ;
>
> 4) que le *copyright* est une pure création législative.

Au cours des quarante pages qui suivent, Drone soutenait la conception jusnaturaliste, l'existence d'un droit en *common law* :

> « *Literary property, like all property, has its origin in natural law, and not in legislation; it is, therefore, a natural and not artificial right.* »[452]

---

448 Le premier manuel consacré au *copyright* date de 1828, fut écrit par Maugham, vigoureux défenseur de la *common law* et de la perpétuité du droit sur les œuvres (R. Maugham, *A Treatise on the Laws of Literary Property*, Londres, 1828, bibliographie, n° 148, réédité, et commenté par R. Deazley sur le site *Primary sources on copyright*, précité, bibliographie, n° 397).

449 Quant à la marque, elle était analysée par la majeure partie de la doctrine, à la fin des années 1860, comme une propriété. Lloyd, dans l'une des plus précoces analyses systématiques du droit de marque, qualifiait le droit sur la marque de « quasi-propriété », ou encore de « propriété composée » (car portant sur un signe lié à certains produits) : E. Lloyd, *On the law of trade marks*, 2ème éd., Londres, 1865, bibliographie, n° 158. H. Ludlow, H. Jenkins, *A treatise on the law of trade-marks and trade-names*, Londres, Maxwell & Son, 1873, bibliographie, n° 157 : il pouvait aussi être décrit comme un *jus in rem*. Le professeur Bently en donne d'autres exemples (L. Bently, *From communication…*, précité, bibliographie, n° 363, p. 28-31.

450 W. A. Copinger, *The law of copyright…*, précité, bibliographie, n° 143, p. 1.

451 E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions...*, précité, bibliographie, n° 146.

452 … Puis : « *it is based not only on natural law, but also on the necessities of the society* » (*ibidem*, p. 5 et p. 20).

On vérifie à nouveau[453] qu'en droit anglais, la *common law* et le *Statute* s'opposent dans une dialectique proche de celle qui oppose le droit naturel et le droit positif en droits continentaux. Pour Drone, le *copyright* était une des formes de la propriété, à laquelle étaient applicables tous les concepts habituels du droit des biens[454].

221. La résistance doctrinale en France. Parmi les auteurs de la doctrine française, il convient de mentionner Laboulaye[455] et Gastambide[456]. Les défenseurs français du concept de propriété intellectuelle au milieu du siècle se manifestèrent surtout dans les congrès internationaux. À ce titre, mentionnons Blanc[457], Calmels[458], les Laboulaye père et fils[459], Gastambide[460], délégués au congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858[461], ainsi que Lyon-Caen[462] et Huard[463], délégués au Congrès littéraire international de

---

453 Voir *supra*, § 97 et s.

454 L'acquisition, la possession, la transmission, etc. E. Drone, ibidem, p. 4-5 et p. 74 : « *It is simply a division, a species, of general property* », « *the title of an author to his intellectual productions is the same as that of the land-owner to his estate.* » Ajoutant toutefois que « *the property of the individual is subordinate to the general welfare, and may, without his consent, be taken for public uses* » (p. 17), et que « *if harmful to society, as obscene literature is, it may be seized* » (p. 18).

455 E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, 1858, précité, bibliographie, n° 193, p. XXII-LIV. Pour démontrer que « dans son principe, la propriété littéraire ressemble à toutes les autres », il se fondait sur une comparaison systématique avec les propriétés foncière et mobilière. Il faisait une comparaison qui paraîtrait aujourd'hui moins convaincante qu'à son époque : de même que le colon, qui, ne trouvant en Algérie que sables et marais, défriche, assèche et irrigue, s'est ainsi constitué une propriété foncière, et que le fermier qui, produisant des œufs, en acquiert la propriété mobilière, le mouleur de bronzes, qui a produit un modèle de moule, en a fait sa propriété artistique.

456 A. Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture*, Paris, Legrand & Descauriet, 1837, dont nous ne sous sommes pas procuré la première édition, mais qui est reconnu comme le premier traité général en la matière : il le proclame lui-même en 1862, et le professeur Strömholm, notamment, reconnaît qu' « il faut lui donner raison » (S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur*…, précité, bibliographie, n° 210, p. 13 et s.). Il écrivit plus tard, en 1862, que « l'ensemble des droits de l'auteur sur sa pensée est une propriété ; cette propriété est, de sa nature, temporaire ». A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 78 et p. 132 : « Prenez la propriété ordinaire, voyez-la dans ses causes efficientes, dans ses formes extérieures, dans ses modes de jouissance, et dites si la propriété des auteurs n'a pas au moins de nombreuses analogies avec elle. »

457 E. Blanc, *Code général de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, LGDJ, Paris, 1854, bibliographie, n° 25. Y sont recueillis les textes de tous pays en la matière, chapeautés par une introduction centrée sur l'idée de « propriété de l'intelligence » (p. II) et sur l'abolition des frontières nationales dans sa protection.

458 Ed. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45 ; *Des noms et marques de fabrique et de commerce, De la concurrence déloyale*, précité, bibliographie, n° 44.

459 E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire*…, précité, bibliographie, n° 192 ; *La propriété littéraire au XVIII*ème *siècle* …, précité, bibliographie, n° 193.

460 A. Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons*…, précité note 457 ; *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35.

461 E. Romberg, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 407, p. 22 et s.

462 Ch. Lyon-Caen, *De la législation des brevets d'invention* (précité, bibliographie, n° 52), discutant des améliorations à apporter à la loi de 1844, mais sans s'appuyer sur la qualification de propriété.

463 E. Romberg, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 407, p. 40 : le compte-rendu note qu' « il se prononce de la manière la plus formelle pour le principe de l'assimilation des ces deux propriétés : la propriété littéraire et la propriété matérielle ».

Paris, en 1878[464]. Tous fondaient leur discours plus ou moins directement sur l'idée de propriété des produits de l'esprit.

222. Les concessions faites aux critiques. La doctrine française de la propriété intellectuelle se tempéra néanmoins à partir du milieu du siècle et il fut admis que cette propriété était spéciale. Ses contradicteurs avaient très justement fait valoir que les biens intellectuels différaient par nature des biens matériels[465]. Il fallait leur accorder ce point, mais l'on pouvait se contenter d'en déduire qu'ayant un objet particulier, la propriété intellectuelle aurait également un régime particulier sans que l'essence du droit en fût changée. La différence d'objet entraînait donc seulement une différence d'organisation et non pas de nature. Ce raisonnement justifiait toutes les divergences pratiques entre propriété intellectuelle et propriété matérielle (leurs différentes durées, notamment)[466].

223. Pouillet. Ce fut Pouillet qui, au tournant des deux siècles, offrit à la doctrine de la propriété intellectuelle un décisif et inestimable soutien[467]. Faisant « l'exposé sommaire de

---

A. Huard publia, avec A. Beaume, un *Dialogue des morts sur la propriété littéraire*, mettant en scène des écrivains et philosophes illustres (Molière, Corneille, Pascal), à la conversation desquels sont conviés des juristes (Gaius, Ulpien, Domat et Pothier) et enfin Marmontel et Beaumarchais. Tous s'étonnent de « cette nouvelle absurdité que l'auteur n'est pas propriétaire de son œuvre » (Molière, à la p. 34), dans une discussion animée introduite par la constatation que « Mon cher Corneille, il y a longtemps que je vous le dit, nos petits-fils sont des niais » (Molière, p. 9), et se concluant sur l'avertissement : « Prenez garde d'en médire ! Les vivants publient parfois les dialogues des morts ! » (le même, p. 46) (Castel, Paris, 1862, bibliographie, n° 191).

464 *Congrès littéraire international de Paris*, 1878, précité, bibliographie, n° 410, p. 7 et s.

465 Voir *supra*, § 197 et s.

466 Ainsi Gastambide concédait-il que « que le droit des auteurs sur leurs œuvres est une propriété, mais aussi que cette propriété a ses caractères spéciaux ». Cela le dispensait de tirer toutes les conséquences techniques de cette qualification : « peut-être montrerons-nous que la portée du mot *propriété* a été exagérée par ses partisans comme par ses adversaires » (A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 78). E. Blanc, *Code général de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 25, p. III : « De ce que cette propriété a sa nature et ses exigences propres ; de ce que, placée en dehors de ce qui est matériel et saisissable, elle est plus faible contre l'usurpation, ils en concluent qu'elle n'est pas une propriété. Il y avait pourtant une conclusion plus simple et plus logique à tirer du caractère particulier de cette propriété, c'est qu'elle réclame une protection spéciale comme l'est sa nature. » A. Huard, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence…*, précité, bibliographie, n° 37, p. 31 : « Il ne faut pas oublier que cette expression [« propriété intellectuelle »] est alors prise dans son sens le plus large, la propriété au sens étroit étant le droit qui porte sur une chose matérielle. »

467 Pouillet publia, entre 1879 et 1918, les versions successives de son *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation* (1ère éd., Marchal et Billard, 1879, bibliographie, n°37), de son *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique* (Marchal & Billard, Paris, bibliographie, n° 61) de son *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres* (Marchal et Godde, Paris, bibliographie, n° 62) et de son *Traité théorique et pratique des dessins et modèles* (Marchal et Godde, Paris, bibliographie, n° 63). Selon le professeur Recht, il fut « incontestablement le chef de l'école de la propriété intellectuelle », « mais il a eu contre lui ceux qui se sont cru être des novateurs plus modernes en abandonnant le vocable de « propriété », auquel il est resté fidèle envers et contre tous » (P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, précité, bibliographie, n° 206, p. 64). *Contra*, S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 276 : « le problème essentiel, pour cet auteur, c'est de préciser ses idées par rapport à la doctrine, encore généralement répandue, de la « propriété » littéraire et artistique. Pouillet rejette cette doctrine, mais sans apporter réellement un système nouveau ». Peut-être cette réflexion fut-elle inspirée au professeur

[son] opinion personnelle » et reconnaissant, certes, que « la querelle est surtout dans les mots », il estimait que :

> « La propriété a ici quelque chose de plus certain, de plus indéniable, car, dans son origine ordinaire, la propriété consiste dans l'appropriation d'une chose déjà existante (…), tandis qu'ici elle consiste dans une création. »[468]

Le droit des auteurs, selon lui, était bien une propriété, originaire du droit naturel :

> « Que, tout en prenant sa source dans le droit naturel, elle ait demandé une organisation différente de l'organisation de la propriété ordinaire, cela est évident, mais en quoi cela touche-t-il à son principe ? »[469]

224. La résistance doctrinale en Allemagne. Concernant l'Allemagne, le tableau dressé de la fin du siècle par Kohler souligne la dispersion des théories et de la jurisprudence :

> « L'histoire doctrinale de la propriété intellectuelle au XIX[ème] siècle, telle que nous pouvons la résumer, consiste dans le combat des éléments justes de la doctrine de la propriété, qui trouveront dans l'*Immaterialrecht* leur forme finale[470], et qui remontent à la pensée de Fichte, Hegel et Schopenhauer, contre le schéma formaliste de Kant, d'une part, qui confond la propriété intellectuelle avec le droit de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*), et contre la jurisprudence erratique, d'autre part, qui s'est dispersée entre la théorie du privilège (*Privilegientheorie*), le droit de la concurrence (*Gewerberecht*), et un droit délictuel sans substance (*Deliktsrecht*). »[471]

225. La tiédeur de la défense allemande. Il est vrai que les défenseurs du droit intellectuel semblent attendre peu du référent de la propriété. Un ouvrage cité comme « l'épanouissement, à son point culminant »[472] de la théorie de la propriété intellectuelle parut en 1855[473]. En 1876 parut un recueil de plaidoyers contre l'abolition des brevets et en faveur de leur réforme : parmi les contributions, on ne trouve aucune référence systématique à la

---

Strömholm par la tiède introduction que donne Pouillet à l'exposé de son opinion (« la querelle est surtout dans les mots… »).

468 E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique…*, *ibidem*, p. 16-20 – chapitre repris de la première à la dernière édition.

469 *Ibidem*, p. 18. Il reprit la formule dans les éditions postérieures, jusqu'à la dernière, en 1908. Au sujet des brevets, il déplorait, sur un ton tantôt railleur, tantôt franchement indigné « l'énervant spectacle de ces discussions, où, chaque jour, de stériles idéologues essaient de remettre en question, sous une forme ou sous une autre, et le droit de propriété, et tous les droits qui y ressemblent » (E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention.…*, précité, bibliographie, n° 61, p. VII-XXVII, à la p.XXVII). Plus discret au sujet des marques, il se borna à constater qu'à la différence des œuvres et des inventions, elles ne donnaient lieu qu'à une propriété relative et issue du droit civil, à la différence de la propriété du nom relevant du droit des gens (E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique…*, précité, bibliographie, n° 62, 6[ème] éd., 1912 p. 131-133).

470 Nous verrons plus loin en quoi consistait cette théorie § 283 et s.

471 J. Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken.…*, précité, bibliographie, n° 92, p. 98.

472 M. Lange, « *Kritik der Grundbegriffe von geistigen Eigentum* », précité, bibliographie, n° 347, p. 187 : « *Man sieht hier die zum Kulminationspunkt gelangte Blüte einer Theorie, welche ihrem Untergang nahe noch einmal alle Mittel aufbietet.* »

473 Ch. F. M. Eisenlohr, *Das literarisch-artistische Eigentum und Verlagsrecht*, Schwerin, 1855, bibliographie, n° 86, p. 44 : « De même que la propriété est la souveraineté juridique totale sur un objet physique, la propriété littéraire et artistique est la souveraineté juridique totale sur un objet intellectuel ; les deux portent sur une chose, l'une sur la matière formée, l'autre sur une idée formée. »

propriété[474]. De même, parmi les trois auteurs qui ont directement influencé la loi sur les dessins et modèles de 1876, un seulement emploie le mot de *propriété*[475]. Parmi les défenseurs[476] du droit d'auteur : Wächter[477], Heydemann[478], Mandry[479], Klostermann…, seul ce dernier use de l'expression *geistiges Eigentum*.

226. Klostermann. Juriste respecté et prolifique de la fin du siècle, Klostermann fut l'un des premiers à tenter d'établir une théorie cohérente et une présentation systématique des droits intellectuels. Il usa dès son premier ouvrage, en 1869, du titre de « *geistiges Eigentum* »[480]. Son adhésion était toutefois assez sceptique et il alla jusqu'à écrire qu'en raison « de la différence essentielle de leurs objets », propriété intellectuelle et propriété matérielle « n'ont de commun que le nom ». Mais, puisque cette appellation était usuelle et qu'elle était utilisée aussi en droits anglais et français, il fallait continuer de l'utiliser « sans pour autant mettre en doute la différence générique entre le droit du créateur sur le produit de son esprit et le droit de propriété matérielle »[481]. Klostermann fondait plus volontiers la propriété intellectuelle sur l'opportunité sociale et industrielle que sur la justice, et soutenait plutôt les droits eux-mêmes que leur conception propriétaire[482]. Il écartait explicitement le droit naturel comme fondement de toute propriété, qu'elle soit intellectuelle ou foncière[483], et

474 C. et L. Kayser, R. Klostermann, J. Landgraf, J. Rosenthal, *Die Patentfrage*, Köln, Leipzig, 1876, bibliographie, n° 270.

475 « Les intérêts de l'industrie allemande exigent une loi de protection de la propriété des auteurs de modèles », indépendamment des formalités de dépôt (Jannasch, 1873) ; les autres, Landraf et Weigert, ne parlaient pas de propriété. Tous trois sont cités par P. Schmid, *Die Entwicklung…*, précité, bibliographie, n°117, p. 82-87.

476 Ils sont comptés par Dambach parmi « les plus brillantes étoiles au ciel du droit de la littérature » - sic ! (O. Dambach, *Über den neuesten Entwurf eines gesetzes für den Norddeutschen Bund betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken*, Guttentag, Berlin, 1870, bibliographie, n° 214, 1870, p. 1).

477 O. Wächter, Das Autorrecht nach dem allgemeinen deutschen Recht, précité, bibliographie, n° 100. E. Romberg, Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique…, précité, bibliographie, n° 407, p. 20 : il fut délégué, avec Heydemann, au congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858.

478 O. Dambach, L. E. Heydemann, *Die Preußische Nachdrucksgesetzgebung*, Enslin, Berlin, 1863, bibliographie, n° 215. E. Romberg, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 407, p. 20 : l'expression *geistiges Eigentum* n'y est employée qu'une fois (p. XVI), et les concepts généraux de la propriété ne sont pas appliqués. Heydemann fut délégué au congrès de Bruxelles en 1858.

479 Selon Mandry, ni la propriété, ni la protection de la personnalité ne rendent compte du droit d'auteur, que ce soit par extension de leur champ d'application ou par analogie (G. Mandry, *Entwurf eines gemeinsam deutschen Nachdrucksgesetzes*, *Kritische Vierteljahresschrift*, 1864, bibliographie, n° 227, p. 14, et *Das Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst*, Erlangen, 1867, bibliographie, n° 93).

480 R. Klostermann, *Das geistige Eigentum an Schriften…*, précité, bibliographie, n° 82.

481 *Ibidem*, p. 116 et s.

482 R. Klostermann, *Die Patentfrage*, précité, bibliographie, n° 110 et *Die Gesetzgebung aller Länder…*, précité, bibliographie, n° 108.

483 R. Klostermann, *Die Patentfrage*, précité, bibliographie, n° 110, p. 7 : la propriété n'est pas un « *Postulat des natürlichen Rechtes* ».

considérait la propriété comme une valeur secondaire dérivée du travail personnel, valeur primaire[484].

La doctrine allemande de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} était en réalité tournée vers les théories des *Immaterialgüterrechte* et des droits de la personnalité, que nous évoquerons plus bas[485].

Si, en doctrine, le soutien à la théorie de la propriété intellectuelle était encore *grosso modo* majoritaire, le rapport des forces lui était moins favorable devant les parlements.

C) La défense de la théorie de la propriété intellectuelle devant les parlements

227. Lord Talfour. La question gagna le Parlement anglais à l'occasion des allongements successifs de la durée du *copyright*[486]. La propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre trouva un fervent mais malheureux défenseur en lord Talfourd, qui demanda en 1837 l'allongement de la durée de protection[487]. Dans ses harangues aux députés, au ton parfois presque résigné devant l'obstination de l'opposition[488], il s'étendait sur le « génie », sur « l'étrangeté de sa nature », et demandait une plus généreuse protection du « droit de propriété sur les créations de l'intelligence »[489].

Constatant toutefois la division de l'opinion, il proposait un « compromis entre ceux qui niaient que les créations de la fantaisie ou les œuvres de la raison puissent être l'objet d'une

---

484 R. Klostermann, *Das geistige Eigentum an Schriften* …, précité, bibliographie, n° 82, tome 1, p. 10 : « Bien avant que ne soit conclu le premier troc de biens, étaient déjà échangés prestation pour prestation, travail pour travail. » Le droit de l'inventeur, par exemple, serait plutôt fondé sur le « droit d'exiger, pour le partage de leur invention (…), une contrepartie convenable (*eine angemessene Gegenleistung*) » (R. Klostermann, *Die Patentfrage*, précité, bibliographie, n° 110, p. 12). Il vise à convaincre, plutôt que de l'existence d'une propriété, de la cohérence des brevets avec la liberté de l'industrie et du progrès social.

485 « Les tentatives d'établir la propriété intellectuelle comme concept du droit civil positif ont simplement échoué. À sa place s'imposèrent les *Immaterialgüterrechte* et les *Persönlichkeitsrechte* comme catégories du droit privé subjectif » (D. Klippel, *Die idee des geistiges Eigentums…*, précité, bibliographie, n° 272). Sur ces catégories concurrentes, voir *infra*, § 283 et s.

486 En 1801, 1814, 1842. Voir *infra*, § 234.

487 En trois discours qui ont provoqué l'admiration de Laboulaye, lequel en reproduisit les traductions faites par son fils Paul dans ses *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, précité, bibliographie, n° 192. Un long extrait en version originale en est cité par E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions…*, précité, bibliographie, n° 146, p. 74-75. Mme Seville consacre une monographie à l'histoire et à la postérité de ce *Bill*, au rôle de Talfourd, à ses opposants et à l'effet de la discussion sur l'élaboration d'un statut, d'une profession et d'une conscience des auteurs (C. Seville, *Literary copyright reform in early victorian England – The framing of the 1842 Copyright Act*, *Cambridge University Press*, 1999, bibliographie, n° 251). Voir également D. Saunders, *Authorship and copyright*, précité, bibliographie, n° 250, p. 127, M. Rose, *Authors and owners*, précité, bibliographie, n° 249, p. 111 et F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n°195, p. 298.

488 … Et par la bassesse de la plupart de ses arguments : « *the opposition was based entirely on matters of expediency* » (cité par E. Laboulaye, *Études…*, précité, bibliographie, n° 192, p. 79).

489 Traduit et cité par Laboulaye, *ibidem*, p. 90 et p. 102.

propriété et, d'un autre côté, ceux qui pensaient que la propriété doit durer aussi longtemps que vivent les œuvres qui contiennent la vérité et la beauté »[490]. Il acceptait donc de renoncer à la perpétuité et de se contenter d'une durée de soixante ans après la mort de l'auteur. Il reçut le soutien du député conservateur et futur premier ministre Benjamin Disraeli[491] et de nombreux auteurs littéraires, mais rencontra l'opposition des libraires-éditeurs. Ce n'est qu'en 1842, alors qu'il avait perdu son siège au Parlement, que fut adopté le *Copyright Act* qui allongea la durée du droit à sept ans après la mort de l'auteur[492].

Il semble cependant qu'après les précédents de 1775 (le *copyright* perpétuel des universités) et 1801 (la possibilité d'agir en *damages at law* pendant la durée statutaire de protection), le droit de *common law* aurait pu être restauré au milieu du siècle[493]. La voie en fut suggérée dans un rapport rendu en 1878 par la *Parliamentary royal commission on copyright* pour la simplification du droit, où il était recommandé au Parlement de continuer à traiter du *copyright* comme d'un droit de propriété et de reconnaître l'existence d'un *copyright* perpétuel né du fait de la création[494].

228. Le parlement français. Le parlement français débattit longuement de la nature des droits intellectuels. La théorie du privilège se montra encore vivace[495]. Il semble toutefois que « la plupart des orateurs, qui, au sein de la chambre des pairs, prirent part à cette discussion, rejetèrent l'expression de privilège »[496]. La substitution du titre *Loi relative aux droits des auteurs sur leurs productions dans les lettres et les arts* à celui de *Loi sur la propriété littéraire* fut envisagée, mais se heurta notamment à l'opposition des « esprits élevés,

---

490 « J'accepte l'idée d'une transaction, et je veux seulement examiner si, entre les deux extrêmes, on a choisi un moyen terme satisfaisant » (*ibidem*, p. 112).

491 E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions*…, précité, bibliographie, n° 146, p. 82.

492 *An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, be securing the Copies and Copyright of Printed Books, to the Authors of such Books or their Assigns*, § III, traduit et publié par E. Laboulaye, Études…, précité, bibliographie, n° 192, p. 159). Sur lequel, voir aussi plus bas, § 268.

493 R. R. Bowker, *Copyright, its history and its law*, précité, bibliographie, n° 142, p. 34.

494 D. Saunders, *Authorship and copyright*, précité, bibliographie, n° 250, p. 133-134, et R. R. Bowker, *Copyright.*…, précité, bibliographie, n° 142, p. 30.

495 E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45, p. 48-52 : selon Lestiboudois, « le droit des auteurs n'est pas une propriété, c'est une parole obligeante du législateur », et selon Cunin-Gredaine, ministre du commerce, les productions du génie étaient la « source d'un privilège », rémunération juste et proportionnée. Voir également L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?...*, précité, bibliographie, n° 202, p. 133 et s. Gastambide relate les débats parlementaires des années 1820-40 (A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 55-68).

496 E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, précité, bibliographie, n° 45, p. 48.

soigneux des principes et soucieux de leurs conséquences », parmi lesquels, notamment, Portalis, rédacteur du Code civil[497].

229. En Allemagne. Les députés allemands se préoccupèrent plutôt des inventions que des œuvres et des autres biens intellectuels. L'Allemagne était toujours divisée, et les lois nationales demeuraient diverses et incohérentes. À partir de 1850 se heurtèrent deux mouvements pour et contre l'instauration d'une loi commune des brevets. Les voix demeuraient partagées entre les libre-échangistes (*Freihändler*) opposés à la réservation des inventions[498], les libre-échangistes favorables aux brevets[499] et les tenants de la *geistiges Eigentum*[500].

230. Conclusion. Au cours de ce véhément débat, la théorie de la propriété intellectuelle perdit une partie de son crédit. Ses défenseurs s'en tinrent à reconnaître dans les droits intellectuels l'*essence* de la propriété, sans en déduire une totale identité. La relative tiédeur de leur défense et les concessions qu'ils acceptèrent de faire à la contestation permirent à l'idée doctrinale et politique de propriété intellectuelle de sortir, à la fin du XIX^{ème} siècle, épurée de cette dialectique.

Qu'en fut-il au niveau législatif : parvint-elle à maintenir son rôle de modèle théorique ?

---

497 Potalis, cité par S. Strömholm, *Le droit moral…* précité, bibliographie, n° 210, p. 166 : « Il n'y a pas propriété par appropriation, comme disent les philosophes, mais propriété par nature, par essence, par indivision, par indivisibilité de l'objet et du sujet ». A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 57.

498 C. Pieper, *Der Schutz der Erfindungen im deutschen Reich*, Ed. Heymann, 1877, bibliographie, n° 117, p. 10 : par exemple, le député de Hagen (Richter) déclarait vouloir que l'inventeur fût certes récompensé, mais qu'il fût par un autre moyen que le brevet, dont les inconvénients dépassaient les avantages. Remarquant que les libre-échangistes allemands étaient plus radicaux que les anglais, M. Beier demande : « ces libre-échangistes allemands n'avaient-ils lu qu'à moitié leur Adam Smith qui, comme Jeremy Bentham et John Stuart Mill », condamnaient certes les monopoles, mais faisaient une exception pour les brevets ? (F.-C. Beier, « *Wettbewerbsfreiheit und Patentsschutz – Zur geschischtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts* » , *GRUR* 1978, p. 123-132, bibliographie, n° 333, à la p. 129).

499 C. Pieper, *Der Schutz der Erfindungen im deutschen Reich*, précité, bibliographie, n° 117, p. 4-5 : par exemple, le député Braun se déclarait, avec les libre-échangistes, loin d'être vaincu et déterminé à continuer de défendre la « liberté économique » (« *wirtschaftliche Freiheit* ») tout en restant favorable au maintien et à l'amélioration des lois sur les brevets.

500 C. Pieper, *ibidem*, p. 1 : le député Ackermann se réjouissait que la crise eût du moins l'avantage d'éloigner l'opinion publique du communisme intellectuel (« *geistiges Kommunismus* ») et proposait de reconnaître la propriété intellectuelle dans le domaine de l'industrie. Plus modéré, le député von Kleist-Retzow expliquait que l'adjonction de l'adjectif « intellectuelle » montrait suffisamment qu'il n'était pas question d'appliquer le concept romain de la propriété (« *der römisch rechtlichen Begriff des Eigentumes* ») aux idées mais simplement de protéger leur exploitation industrielle (« *Ihrer Verwertung in dem Gewerbe* ») (p. 24.-26).

Section 2 : La persistance du modèle théorique de la propriété

231. L'idée de propriété dans les lois de réformes. Le débat doctrinal et politique a été exposé dans la précédente section : il est donc temps d'en examiner le résultat législatif. La crise de la propriété intellectuelle conduisit à de nombreuses réformes, concentrées pour la plupart dans la seconde moitié du siècle. Ces lois attestèrent de la défaite de l'abolitionnisme mais tinrent compte des critiques réformistes. Passées pendant ou après la tourmente, elles représentent une synthèse de l'hostilité aux droits intellectuels et de leur résistance. Certains des textes adoptés à la fin de la crise persistèrent à employer le langage de la propriété ; ceux qui les rejetèrent le firent sans éclat et sans pour autant adopter de modèle alternatif. Le modèle théorique de la propriété ne disparaît pas : tout au plus s'estompe-t-il.

232. Plan. Après les réformes anglaises (A), françaises (B) et allemandes (C), il conviendra d'étudier succinctement une source de droit nouvelle en la matière : les conventions internationales (D).

A) La persistance du modèle propriétaire en droit anglais

233. Hormis le droit de brevet, les droits anglais sur les biens intellectuels étaient tous entendus comme des propriétés.

234. Le *copyright*. Le *copyright* suivit sa propre évolution, par petites touches[501]. Les *copyright Acts* successifs de 1801, 1814 et 1842 traitaient de la propriété du *copyright* et non pas de celle de l'œuvre[502]. Entre 1851 et 1854, la Cour de l'Echiquier[503] faillit renverser l'interprétation faite en 1774[504] du *Statute of Ann*. Trois des juges[505] se déclarèrent du côté de lord Mansfield « et de la grande majorité des juges qui, dans *Millar v. Taylor* et *Donaldson v.*

---

501 R. R. Bowker, précité, bibliographie, n° 142, p. 27, avec un exposé de la législation p. 27-34 : « *During the georgian period, there has been much incidental legislation* » en la matière. En 1798, par exemple, fut passé le premier *Sculpture copyright Act* ; en 1835, un *bill* réservant aux conférenciers le droit de publier leur conférences ; en 1862, protection fut accordée aux auteurs de peinture, dessins, photographies. E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions…*, précité, bibliographie, n° 146, p. 83 : en 1814, la durée du copyright connut une première extension, à vingt-huit ans après publication de l'ouvrage, ou jusqu'à la mort de l'auteur, si celui-ci était toujours vivant.

502 *Acts* reproduits sur le site *Primary sources of copyright* (précité, bibliographie, n° 397). Article III de l'*Act* de 1842, 5 & 6 Victoria, *chapter* 45 : « *The copyright (…) shall be the property of such author* ». De même, l'article I de l'*Act* de 1801.

503 La *Court of Exchequer*, abolie en tant que telle par la réforme institutionnelle (*Judicature Act*) de 1873.

504 Selon laquelle ce dernier avait pour effet d'éteindre l'action de *common law*, sinon le droit lui-même. Voir *supra*, § 100.

505 Lord Cambell, Mr. J. Erle et Mr. J. Coleridge.

Becket, se déclarèrent en faveur du droit d'auteur de *common law* »[506]. La Chambre des lords choisit toutefois, en 1854, de se ranger au précédent de 1774, inspirant à Drone l'amère constatation que :

> « *Courts are too often the slaves of precedent.* »[507]

L'origine du *copyright* demeura donc toujours aussi incertaine qu'à la fin du siècle précédent.

235. Le *Patents, Designs and Trademarks Act* (*PDTA*). Les biens industriels, jusqu'en 1883, reçurent quelques réformes de faible ampleur ou de courte durée. Celles des brevets visaient en général à résoudre des problèmes techniques et procéduraux, dont une grande partie concernait les spécifications, leurs exigences, leur interprétation, les sanctions[508]… Enfin, en 1883, fut adopté le *Patents, designs and trademarks Act* (*PDTA 1883*[509]), dont le but était surtout de rassembler la législation des biens industriels en un seul *statute*[510]. Il forma un véritable code unitaire et cohérent du droit des brevets, des marques et du *design*. Il ne s'accompagnait d'aucun appareil théorique ou dogmatique, mais nous verrons plus loin[511] que, techniquement, il demeura fidèle au référent de la propriété.

236. Le droit des marques. La réservation des marques n'avait pas été remise en cause lorsque l'était celle des inventions et des œuvres. Elle ne connut donc pas de crise, pas de résistance, mais une progression comme inexorable vers un droit techniquement de plus en plus objectif, de plus en plus réel, guidé par le modèle de la propriété. L'affaire *Millington v.*

---

506 Lord Cambell, parlant au nom de l'assemblée plénière (*full bench*) de la Cour de l'Echiquier, dans l'affaire *Boosey v. Jeffreys*, en 1851. La Chambre des Lords se prononça ensuite contre cet avis. Relaté par E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions…*, précité, bibliographie, n° 146, p. 43).

507 E. Drone, *ibidem*, p. 49.

508 On en trouve de brefs exposés dans les ouvrages de Newton (A. V. Newton, *Patent law and practice*, Londres, Cox, 1897, bibliographie, n° 163, p. 5-9), et Cunynghame (H. H. Cunynghame, *English Patent Practice*, précité, bibliographie, n° 152, p. 8-14). Le premier *Act* en la matière fut le *Brougham Bill* du 10 septembre 1835, reproduit par W. F. Agnew, *The law and practice relating to letters patent for inventions*, précité, bibliographie, n° 149, p. 351-356). J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution…*, précité, bibliographie, n° 245, p. 50 : il fut considéré comme une victoire des inventeurs, car ce fut la « *first piece of legislation since the Statute of Monopolies* ». Le suivant fut le *Patent Law Amendement Act* du 7 juillet 1852, compris comme un acte « *technically complex and intrinsically uninteresting* », obtenu à force de « *persistent and self-interested complaints of inventors* » (*ibidem*, p. 64-65). Son article XVI répète que « *nothing herein contained shall extend to abridge or affect the prerogative of the Crown in relation to the granting or withholding the grant of any letters patent* » (reproduit par W. F. Agnew, *The law and practice relating to letters patent for inventions*, précité, bibliographie, n° 149, p. 360-384).

509 46 & 47 Victoria, *chapter* 57. L'acte est notamment reproduit et annoté par E. M. Daniel, *The new law of patents, designs and trade marks*, Londres, 1884, bibliographie, n° 153, p. 112-240.

510 E. M. Daniel, *ibidem*, p. III, et Newton, *Patent law and practice*, précité, bibliographie, n° 163, p. 10 (« *Consolidate* »).

511 Voir notamment les § 255, 260 et 264.

Fox, en 1824[512], a réduit la reproduction d'une marque à une *misrepresentation* objective devenue simple acte dommageable non-intentionnel. La solution fut discutée[513], mais finalement validée par la Chambre des lords à la fin du siècle[514]. D'autres décisions confirmèrent la caractérisation de la marque en objet de propriété[515].

237. Le *Trade-Marks Registration Act* (*TMA*). Dans ce même mouvement favorable à la protection de la marque comme objet de propriété[516], le *Trade-Marks Registration Act* de 1875[517] voulut alléger le fardeau de la preuve pour le demandeur, en créant de simples instruments procéduraux d'enregistrement. Il ne créait pas de nouvelle infraction et ne visait qu'à une meilleure mise en œuvre de celle définie par la *common law* et l'*equity*[518]. Toutefois, en fondant désormais la protection sur l'enregistrement, il créait en fait un nouveau droit : le droit sur les marques enregistrées, auquel il appliquait le lexique de la propriété. Après ce *Registration Act*, trois sources de droit traitaient des signes de commerce et de fabrique :

- la *common law* sanctionnait le *passing-off* classique, fondé sur une faute intentionnelle ;
- l'*equity* sanctionnait un *passing-off* distendu, sans condition d'intention ;
- et le *Statute* soumettait à leur sanction ses propres objets : les marques enregistrées[519].

Ainsi, la protection objective des marques, en tant qu'objets de propriété, se dégagea des principes du *passing-off*, acquérant une source propre : le *Statute*. L'hétérogénéité du droit anglais se manifeste ici encore[520]. L'évolution du droit anglais des marques fut donc à la fois précocement commencée (au début du XVII[ème] siècle) et tardivement aboutie (à la fin du

---

512 L. Bently, *From communication to thing…*, précité, bibliographie, n° 363, p. 13 : l'affaire fut tranchée, en *equity*, par le *Lord Chancelor* Cottenham, contre un concurrent ayant agi innocemment, sans même connaître l'existence du commerçant lésé, utilisant un nom devenu descriptif. Voir *supra*, § 117.

513 Pour une discussion de la question, avec citations des avis de plusieurs juges, voir J. Bigland, *The law of trademarks*, précité, bibliographie, n° 150, p. 11 et s.

514 … Après un rejet de la plainte en première instance, infirmé en deuxième instance par le *Lord* Cottenham, promoteur avec Westbury L. C. de l'idée de propriété (*Leather Cloth Co. V. American Leather Cloth*, 1865, rapporté par L. Bently, *From communication to thing…*, précité, bibliographie, n° 363, p. 23-28).

515 Par la voix du Lord Chancelor Westbury (Edelsten v. Edeltsten, et Hall v. Barrows, 1863 : « *the jurisdiction of the Court in the protection of trade marks rests upon property* »). Ces affaires sont relatées par L. Bently, *ibid*., p. 21-22.

516 Un *Merchandise Marks Act* était passé en 1862, criminalisant l'emprunt de la marque d'un tiers, sans organiser de système d'enregistrement. Il fut reproduit et commenté par J. Bigland, *The law of trademarks*, précité, bibliographie, n° 150, p. 43 et s. L. Bently, *ibid.*, à la p. 3 : le projet de 1861, caractérisant la marque comme objet de propriété, rencontra l'opposition du Comité parlementaire.

517 Reproduit et commenté par J. Bigland, *The law of trademarks*, précité, bibliographie, n° 150, p. 71 et s. L'article 3 déclare que « l'enregistrement d'une personne comme premier propriétaire d'une marque est la preuve *prima facie* de son droit exclusif ».

518 L. Bently, *From communication to things*…, précité, bibliographie, n° 363, p. 31.

519 Sur la confusion jurisprudentielle qui en résulta, voir J. Edelmann, *Gain-based damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002, bibliographie, n° 374, p. 222.

520 Voir *supra*, § 117.

XIX[ème]). Sa progressive élaboration en une propriété semble s'être accomplie sans heurt frontal avec le principe de liberté, alors que l'on a vu comment les deux notions s'opposaient en droit des brevets[521].

Qu'en était-il en droit français ?

B) La persistance du modèle propriétaire en droit français

238. Les lois de 1844 et 1866. Le déclin de la théorie de la propriété intellectuelle en droit positif français ne s'est véritablement manifesté que dans deux lois du milieu du siècle : celle de 1844[522] sur les brevets et, dans une moindre mesure, celle de 1866[523] sur le droit d'auteur, dont la modeste ambition réduisit la portée.

Présentant son rapport lors des débats parlementaires de 1841[524], le poète Lamartine gardait le législateur de se croire philosophe, l'exhortait à ne pas se risquer dans le redoutable débat sur la nature du droit et à s'en tenir à son élaboration technique[525]. L'exposé des motifs de la loi de 1866, dans la même veine, justifiait la modeste ambition de celle-ci par un aveu

---

521 Voir *supra*, § 86 et s. L. Bently, *From communication to thing…*, précité, bibliographie, n° 363, p. 2 : « *During this period, English law witnessed the conceptualisation of trade mark protection as property*. » Pour un exposé historique de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine entre 1860 et 1875, voir p. 15-33. Le professeur Bently minimise cependant l'effet de la qualification de propriété sur le développement de la marque : d'une part, le contexte était défavorable à la réalisation de toutes ses conséquences virtuelles, et, d'autre part, il s'agissait d'une qualification analytique plutôt que normative. « *Does the history suggest that contemporary accounts over-emphasize the role of property rethoric as a causal factor in the expansion of trade-marks law ?* » Oui : c'était « *a matter of form rather than substance », « a matter of analytic rather than normative jurisprudence* », et le contexte antimonopole était défavorable à la réalisation de toutes les virtualités de la propriété des marques. Le professeur Bently cite les opinions de nombreux juges restreignant les effets de cette qualification, ou l'escamotant simplement (*ibidem*, p. 5 et p. 41 et s.).

522 Reproduite par Renouard, *Traité des brevets*, précité, bibliographie, n° 65, p. 507 et s. et par E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des marques de fabrique…*, précité, bibliographie, n° 62, p. 1179 et s.

523 Tous les textes cités traitant du droit des auteurs sont reproduits par E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 40, p. 885 et p. 890 et consultables sur le site *Primary Sources on Copyright*, précité, bibliographie, n° 397.

524 Discussion du projet de loi présenté par la commission sur la « propriété d'art, de science et de lettres », appointée en 1835. Récit des débats, et des rapports successifs par A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 55-67.

525 Le rapport de Lamartine est longuement cité par A. Gastambide, *ibidem*, p. 61 : « Nous étions une commission de législateurs et non une académie de philosophes. Comme philosophes, remontant à la métaphysique de cette question, nous aurions été amenés peut-être à proclamer théoriquement la perpétuité de possession des fruits de ce travail ; comme législateurs, notre mission était autre, et nous n'avons pas voulu la dépasser. » Le principe de propriété y semblait pourtant tenu pour acquis, ce que critiqua Calmels : « Corps sans âme, matière inanimée, le souffle de l'esprit philosophique ne l'avait pas vivifié. On discutait, en effet, la *propriété intellectuelle*, et cette propriété n'était pas définie, elle était inconnue, sa nature et ses caractères n'étaient pas déterminés » (E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence* précité, bibliographie, n° 45, p. 22).

d'impuissance[526]. De même, l'exposé des motifs de la loi de 1844 sur les brevets posait un pragmatique principe d'indifférence ou de craintive distance aux questions théoriques[527].

Le premier article de la loi de 1844 sur les brevets, d'ailleurs, traitait de « droit exclusif » d'exploitation et non plus de « propriété »[528]. Pourtant, sa rédaction exprimait encore l'idée que le droit naissait de l'acte d'invention et non pas de la loi, et que le brevet n'était qu'un reçu[529]. Ce principe, complété par l'idée d'un contrat passé entre l'inventeur et la société[530], était tout à fait en accord avec la tradition du décret de 1791[531].

239. Le droit des marques. Le droit français des marques, comme le droit anglais, s'affirma de plus en plus fermement comme une propriété. Il ne connut pas le même reflux que le brevet et, dans une moindre mesure, le droit d'auteur. La loi du 23 juin 1857 « sur les marques de fabrique et de commerce »[532] acheva l'évolution entamée au début du siècle[533]. Elle posait enfin des principes généraux : avant de passer aux dispositions pénales, elle consacrait un premier titre au « droit de propriété des marques » (et un deuxième aux droits des étrangers). Il fut réaffirmé, après discussion, que le dépôt n'était que déclaratif et non pas

---

526 « Il n'y a pas lieu à essayer de nouveau une réglementation qui n'a pas abouti en 1825, et qui a échoué à grand bruit en 1841 », rapporté par Ch. Fliniaux, *Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1867, bibliographie, n° 34. Fliniaux fit un commentaire critique de loi de 1866 (chapitre 6), puis un résumé de la jurisprudence française des années 1850 et 1860 (chapitre 3), et des législations étrangères de l'époque (chapitre 4) . J. Sfetea, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Paris, Jouve, 1923, bibliographie, n° 209, p. 16 : Jules Simon, président de la commission du Corps législatif saisie de la question, expliquait que « le premier mérite, à [s]es yeux, de l'article 1er, c'[était] qu'il ne tranch[ait] pas la question de principe ; il la laiss[ait] subsister tout entière ».

527 L'exposé des motifs est rapporté par E. Pouillet, *Traité des brevets d'invention…*, précité, bibliographie, n° 61, p. IX : « Heureusement, Messieurs, nous n'avions pas à vous déférer une question de pure métaphysique, et nous ne pouvions oublier que les sociétés, qui s'éclairent et s'améliorent par les discussions philosophiques, ne se gouvernent pas par des principes absolus mais vivent de la réalité des faits. Bornons-nous donc à constater ce qui existe et ce qui existe sans contestation depuis 1791. (…) Cette solution, transaction entre les principes et les intérêts, constitue le droit actuel des inventeurs, et, *droit naturel ou droit concédé, propriété ou privilège, indemnité ou rémunération*, ce résultat a été regardé universellement comme le règlement le plus équitable des droits respectifs. »

528 J. Bédarride, *Commentaire des lois sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants et des lieux de fabrication, sur les marques de fabrique et de commerce*, Marchal et Billard, Paris, 1884, bibliographie, n° 42, p. 28 : « Mais pouvait-on raisonnablement qualifier de propriété un droit auquel on ne voulait pas reconnaître ce caractère ? » Bédarride cite également l'exposé des motifs : « Une fois mise au jour et délivrée au monde, elle [la pensée] appartient au monde. La matière seule peut être saisie, occupée, retenue. »

529 Article 1 de la loi de 1844 : « Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention. »

530 L'idée du contrat n'est pas aussi manifeste dans la loi de 1844 que celle du droit dérivé de l'acte inventif ; elle fut notamment défendue par Mainié : « Cette définition du contrat intervenu entre l'auteur et la société suffit à expliquer tous les faits régis par la législation des brevets ; il est tout à fait superflu de remonter plus haut et de se livrer à une analyse métaphysique du droit de l'inventeur » (F. Mainié, *Nouveau traité des brevets d'invention*, Marescq, Paris, 1896, p. bibliographie, n° 53, p. 2).

531 Voir *supra*, § 120.

532 Loi du 23 juin 1857, *Recueil périodique Dalloz*, 1857, IV, p. 97 et s. La loi fut reproduite avec ses rapports et l'exposé de ses motifs par A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique…*, précité, bibliographie, n° 64, p. 377s.

533 Voir *supra*, § 121.

attributif de propriété, et ne servait qu'à assurer les garanties que conférait la loi spéciale[534]. Le droit français des marques était donc bien établi sur le dogme de la propriété qui, contrairement à son évolution en droit des brevets, fut discret dans les premières lois et de plus en présent au cours du XIX^{ème} siècle.

240. Le droit des dessins et modèles. Le droit des dessins et modèles se maintint dans l'état imparfait vu plus haut[535] jusqu'à la *loi sur les dessins et modèles* du 14 juillet 1909[536], qui leur donna enfin un droit commun[537], synthétique et explicitement fondé sur l'idée de propriété préexistante.

C) Les lois impériales allemandes

241. L'ambiguïté des lois impériales. L'ambiguïté des lois adoptées en notre matière par l'Empire allemand, dans les années 1870 et 1890, tint au retard législatif du pays[538]. Ces lois furent à la fois la première consécration législative des droits intellectuels, les premiers textes modernes de droit allemand au sens du titre précédent, et les produits de la conjoncture politique et économique[539] et du scepticisme de leur siècle à l'égard de l'idée de propriété intellectuelle. Elles ne firent jamais apparaître ni le concept de propriété, ni même un concept rival.

242. Le droit d'auteur. La première loi de cette série fut la loi sur le droit d'auteur[540] adoptée le 11 juin 1870[541]. Elle remplaça l'expression « *Eigentum des literarischen oder*

---

534 E. Arnal, *De la propriété des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 181, p. 56-57.

535 Voir *supra*, § 119.

536 Reproduite par P. Greffe et A. Casalonga, *Traité des dessins et modèles*, précité, bibliographie, n° 51, p. 569-574.

537 *Ibidem*, p. 8.

538 Voir *supra*, § 92.

539 W. Bernhardt et R. Kraßer, *Patentrecht*, précité, bibliographie, n° 102, p. 65 : le débat sur les brevets « ne fut pas tranché par le seul poids des arguments » (« *wurde nicht allein durch das Gewicht der Argumente entschieden* ») ; l'introduction de la liberté industrielle (*Gewerbefreiheit*) dans l'ordonnance (*Gewerbeordnung*) de 1869, la compétence dévolue au *Reich* par la Constitution de 1871 furent également déterminants. Dans le même sens, voir F. Machlup, *Patentwesen*, précité, bibliographie, n° 348, p. 237.

540 *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischne Kompositionen, und dramatischen Werken*, reproduite et systématiquement commentée par R. Fischer, *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870*, Griesbach, Gera, 1870, bibliographie, n° 87, consultable avec traduction en anglais, sur le site *Primary Sources on Copyright* (précité, bibliographie, n° 397). Elle fut traduite en français par J. Delalain et A. Lyon-Caen, Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique, tome 1 : *Lois des États de l'Europe*, Pichon, bibliographie, n° 31, 1889, p. 55 et s.

541 … Soit avant même la proclamation de l'Empire allemand, qui n'eut lieu que le 18 janvier suivant. La loi fut publiée au *Bundesgesetzblatt* de 1870, n° 19, p. 339, et consultable en allemand et en anglais sur le site *Primary Sources on Copyright* (précité, bibliographie, n° 397).

artistischen Werkes »[542] par « *Urheberrecht* » (droit d'auteur), et ses préparateurs évitèrent délibérément toute référence aux diverses théories du droit d'auteur[543]. Elle précisait toutefois que « l'octroi de privilèges pour la protection des droits des auteurs n'[était] plus permis »[544].

243. La Constitution impériale de 1871. En matière industrielle, le point de départ du droit allemand unifié fut la Constitution impériale de 1871[545] qui donnait compétence à l'Empire sur :

> « 5) les brevets d'invention ; 6) la protection de la propriété intellectuelle »[546].

Cette étrange formulation distinguait les brevets des autres droits sur les produits de l'esprit, mais il semble qu'il n'y eût là qu'une redondance. L'expression « propriété intellectuelle » y était utilisée, mais il est douteux qu'elle ait constitué une rigoureuse qualification juridique et un rattachement conscient des droits concernés au droit des biens.

244. La loi sur les marques de 1874. Il s'ensuivit une série de lois particulières aux divers droits de propriété industrielle. En 1874, fut promulguée la *loi de protection des marques*[547]. Elle était si parcimonieuse qu'elle constitua à la fois un progrès vers l'unification du droit[548] et une régression par rapport aux lois de certains États[549]. Bien que l'idée de

---

542 « Propriété des œuvres littéraires et artistiques », expression utilisée par la décision fédérale de 1837, voir *supra*, § 112.

543 *Reflexrecht, Vermögensrecht, Persönlichkeitsrecht, geistiges Eigentum*… Nous exposerons la doctrine personnaliste *infra*, § 290. M. Vogel, « *Urheberpersönnlichtkeitsrecht und Verlagsrecht im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts* », in E. Wadle, *Historische Studien zum urheberrecht in Europa*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1993, bibliographie, n° 285, p. 191-206, aux p. 194-196 : Wächter et Klostermann soutenaient que la loi était purement patrimoniale ; Dambach et Allfeld, qu'elle était également personnaliste.

544 « *Die Erteilung von Privilegien zum Schutze des Urheberrechts ist nicht mehr zulässig* », § 60 de la *Urheberrechtsgesetz* de 1870.

545 La Constitution de Paulskirche de 1849 avait déjà franchi le pas, en déclarant en son article IX, au titre des Droits fondamentaux du peuple allemand, que « la propriété intellectuelle (*geistiges Eigentum*) doit être protégée par les lois de l'Empire ». Théoriquement entrée en vigueur le 28 mars, la Constitution de Paulskirche ne fut jamais appliquée en raison de l'incertitude politique de l'époque, mais constitua la première étape du droit constitutionnel allemand de la propriété intellectuelle. Notons que la Constitution de 1871 ne comportait pas de titre sur les droits fondamentaux et se contentait donc de réguler l'attribution de compétence.

546 « *5) die Erfindungspatente; 6) der Schutz des geistigen Eigentums* » (article 4). La Constitution est consultable à l'adresse : <http://www.deutsche-schutzgebiete.de/verfassung_deutsches_reich.htm>. La dénomination employée, selon le professeur Fechner, n'était « certainement pas une simple coïncidence de la terminologie » et devait bien être comprise en relation avec l'article déclarant la propriété intangible (§ 164) : F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, Mohr Siebeck, 1999, bibliographie, n° 217, p. 52 et s.

547 *Markenschutzgesetz*, reproduite par P. Schmid, *Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigentums…*, 1897, précité, bibliographie, n° 119, p.117-120. Sur le contenu de la loi de 1874, *cf.* O. von Gamm, *Warenzeichenrecht*, C. H. Beck, 1965, bibliographie, n° 106, p.18, n°3.

548 E. Wadle, « La protection des marques en Allemagne – Un précis de l'histoire bicentenaire », conférence pronocée à la réunion annuelle de l'*International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property* (*ATRIP*) de 1996, publiée par l'université de la Sarre sur son site électronique : <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/>, bibliographie, n° 358.

propriété en était encore absente, elle faisait enfin « la reconnaissance indéniable d'un droit subjectif privé exclusif sur les signes distinctifs »[550]. Elle fut soumise en 1894 à une réforme nommée *loi pour la protection des signes distinctifs*, qui demeura le fondement du droit pendant un siècle[551]. Le droit de marque y était présenté comme une « institution de la bonne foi, un produit de l'aspiration à une concurrence loyale »[552], principes ensuite utilisés comme fils directeurs par la jurisprudence. La réforme de 1894 éloignait plus encore le droit des marques du mouvement abolitionniste que celle de 1874, qui était demeurée très influencée par lui[553].

245. Les lois de 1876 et 1877 sur les modèles et les brevets. Le projet de « loi concernant le droit d'auteur sur les dessins et modèles »[554] fut soumis au *Reichstag* entre une loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres des arts figuratifs et une autre concernant la protection des photographies contre la reproduction. Il fut adopté comme loi et entra en vigueur en 1876. L'idée de propriété ne figurait ni dans le titre, ni dans le texte de la loi.

Le droit des brevets fut le dernier à être légalement mis en place, par la *Patentgesetz* du 25 mai 1877[555], mais trouvait son origine dans les principes fondamentaux établis dès 1873 par le Congrès international de Vienne sur les brevets[556]. Les défenseurs de la loi étaient les

---

549 J. Kohler, *Warenzeichenrecht*, 1910, bibliographie, n° 111 p. 44 : « La loi des marques de 1874 (...) constitua un progrès par rapport à l'état précédent du droit. Pourtant, elle se situait en net retard vis-à-vis des lois de certains autres *Länder*. »

550 F. Ekey et D. Klippel, *Markenrecht*, 2ème éd., C. F. Müller, Heidelberg, 2009, bibliographie, n° 104, § 8, p. 5 : « …*Die eindeutige Anerkennung eines subjektiven ausschließlichen Privatrechts an Warenzeichnen* ». § 8 de la loi : « le droit de marquer des marchandises ou leur emballage, d'un signe enregistré pour elles au registre du commerce, ou de mettre en circulation des marchandises ainsi marquées, revient exclusivement au propriétaire de la société, au profit de laquelle l'enregistrement a été fait » (« *steht der Inhaber ausschließlich zu* »). K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts in Deutschland seit 1874*, Thèse, Logos, Berlin, 2002, bibliographie, n° 234, p. 7 : il y eut, au XIXème siècle, un « glissement de priorité de la protection du public à l'intérêt du titulaire ».

551 *Gesetz zum Schutz der Warenzeichnungen*, reproduite et commentée par P. Schmid, *Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigenthums*…, précité, bibliographie, n° 119, p. 64 et s. et par Ch. Finger, *Das Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. mai 1894*, 3ème éd., Dahlen, Berlin, 1923, bibliographie, n° 105.

552 J. Kohler, *Warenzeichenrecht*, précité, bibliographie, n° 111, p. 45 : « … *ein Institut des guten Glaubens, ein Ausflug der Bestrebungen des redlichen Wettbewerbs* ».

553 K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts…*, précité, bibliographie, n° 234, p. 53 : la loi de 1894 a accentué l'orientation du droit vers l'intérêt du titulaire plutôt que vers la protection du public, qui n'était plus qu'une considération secondaire.

554 *Gesetz betreffend das Urheberecht an Mustern und Modellen*, 11 janvier 1876, reproduite par R. Klostermann, *Patentgesetzgebung* …, précité, bibliographie, n° 108, p. 88-95 et commentée par P. Schmid, *Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigenthums*, précité, bibliographie, n° 119, p. 30 et s.

555 Voir J. Kohler, *Handbuch des Patentsrechts*, précité, bibliographie, n° 113, p. 28. La loi fut reproduite par R. Klostermann, *Das Patentgesetz für das deutsche Reich vom 25. Mai 1877*, Berlin, 1877, bibliographie, n° 109, p. 280. Une traduction française en fut donnée par Ed. et E. Picard, *Code général des brevets d'invention*, Larcier, Bruxelles et Pédone-Lauriel, Paris, 1882, bibliographie, n° 58, p. 15.

556 Les délibérations du *Reichstag* sur la loi de mars-mai 1877, sont reproduites par C. Pieper, *Der Schutz der Erfindungen im deutschen Reich*, précité, bibliographie, n° 117, p. 1-119.

techniciens et les industriels, ses opposants étaient les économistes nationaux, et les juristes étaient neutres[557]. Les débats ne portèrent pas sur la nature du droit[558].

D) Les conventions internationales

246. L'idée de propriété dans l'harmonisation internationale. À la même époque apparurent les premiers grands textes à vocation universelle, arènes où se heurtaient les diverses traditions nationales de la propriété intellectuelle. Le choc ne fut frontal qu'en matière littéraire et artistique au sujet de la convention de Berne. Celle de Paris, sur les biens industriels, fut plus agitée par la question de l'opportunité de la réservation que par celle de la nature des droits. Olagnier écrivit :

> « La tendance à l'unification universelle du droit d'auteur a coïncidé avec l'abandon de la notion de propriété par la plupart des jurisconsultes qui se sont occupés de la question. »[559]

Le constat est-il juste?

247. La convention de Paris. La convention de Paris, signée le 20 mars 1883, fut constituée « pour la protection de la propriété industrielle[560] », expression qui devait « être pris[e] dans [son] acception la plus large[561]». Le nom était si compréhensif qu'il désignait plutôt une branche du droit qu'un concept juridique, il était employé plutôt par usage que par adhésion à la théorie de la propriété.

Les conditions de la signature montrèrent combien les États étaient sceptiques et les opinions publiques hostiles[562]. L'Allemagne et l'Autriche, qui avaient organisé le *Patent Kongress* de 1873, étaient absentes[563]. En France même avait lieu une violente campagne anti-

---

557 F. C. Beier, « *Wettbewerbsfreiheit und Patentsschutz*… », précité, bibliographie, n° 333, p. 130.

558 J. Bonnet, *Étude de la législation allemande sur les brevets d'invention*, Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 1902, bibliographie, n° 103, p. 6 : « Cette question primordiale de la nature juridique du droit reconnu à l'inventeur, le législateur allemand ne l'a pas tranchée, du moins explicitement ; prudemment il s'en remet à la sagacité de la doctrine. »

559 P. Olagnier, *Le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 55, p. 20.

560 Titre officiel de la convention ; son article 1 déclarait les États membres « constitués à l'état d'union pour la protection de la propriété industrielle ».

561 Protocole de clôture, article 1, reproduit par E. Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 61, p. 1241. L'article 2 de la convention elle-même énumérait « les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, le nom commercial, les indications deprovenance, la répression de la concurrence déloyale ». Le principe d'assimilation était central (article 3). La convention édictait plutôt des règles d'articulation des lois nationales que des dispositions substantielles communes (priorité, importations...).

562 Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention.*…, précité, bibliographie, n° 60, p. 84 : l'Angleterre était empêchée de signer pour de seules raisons procédurales ; son adhésion de principe était acquise dès la signature, et elle s'empressa de la réaliser dès 1884.

563 *Actes de la conférence internationale pour la protection de la propriété industrielle réunie à Paris du 6 au 28 mars 1883*, 2ème éd., 1900, Bureau international de l'Union, Berne, bibliographie, n° 411, p. 14 : ces absences laissèrent « des vides qui n'[étaient] que trop sensibles ». L'ouvrage contient la liste des États représentés et les procès-verbaux des réunions.

unioniste et relayée par la plupart des Chambres de commerce françaises[564]. Mais ces résistances s'en prenaient au principe lui-même de la réservation des inventions : la qualification de propriété n'en était au plus qu'une circonstance aggravante. Elles finirent par s'éteindre, et l'Allemagne entra finalement dans l'Union en 1903, « témoignant ainsi du succès de la convention »[565].

248. La Convention de Berne. La convention de Berne « pour la protection des œuvres littéraires et artistiques » suivit en 1886. Son but était plutôt d'étendre géographiquement la protection du droit d'auteur que d'en approfondir la portée : les dispositions sur le contenu du droit demeurèrent floues (sauf pour le droit de traduction, le plus international), et l'attention fut plutôt accordée aux questions de droit international privé (nationalité de l'auteur, de l'œuvre, traitement national)[566].

On remarque surtout l'abandon du vocable *propriété* dans son titre. La formulation fut l'enjeu d'une controverse entre la France et l'Allemagne. La première insistait en faveur de la dénomination « propriété littéraire et artistique »[567], tandis que la seconde s'y opposait[568]. Un titre neutre fut donc adopté et il fut entendu qu'il pourrait être traduit ou interprété dans les termes nationaux usuels (propriété littéraire et artistique, *copyright*, droit d'auteur, *Urheberrecht*)[569]. L'opposition était ici véritablement dirigée contre la doctrine de la propriété intellectuelle et l'on peut dire qu'elle obtint la victoire. Toutefois, cela ne suffit pas, à notre sens, à étayer le constat d'Olagnier mis en exergue de ce paragraphe[570].

249. Conclusion. Il apparaît que l'idée de propriété ne connut pas un recul aussi net dans les textes de l'époque que ne pouvait le suggérer la vigueur de la critique doctrinale. Afin de confirmer ce constat, examinons brièvement le contenu technique de ces textes.

---

564 Y. Plasseraud et F. Savignon, précité, bibliographie, n° 60, p. 79 : la campagne fut lancée par l'avocat Louis Donzel, qui dirigeait le *Journal des procès en contrefaçon*, et les Chambres de commerce votèrent une série de résolutions hostiles à l'Union.

565 Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention*, précité, bibliographie, n° 60, p. 82.

566 J. Cavalli, La genèse de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, Imprimeries Réunies, Lausanne, 1986, bibliographie, n° 171, p. 158-197.

567 … Sous l'influence de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI). Voir le professeur Recht, qui admire cette persistance, malgré l'abandon du mot dans la loi (1866), la jurisprudence (arrêt de 1887) et la doctrine (les personnalistes) : P. Recht, *Le droit d'auteur…*, précité, bibliographie, n° 206, p. 67-68.

568 G. Roeber, « *Urheberrecht oder geistiges Eigentum* », *UFITA* 21 (1956), p. 150 et s., rééd. par le *Verlag für angewandte Wissenschaften*, 1956, p. 9-55, bibliographie, n° 355, à la p. 15 : le premier vote sur le sujet donna à la position française une majorité de 7 à 5, mais la menace allemande de ne pouvoir adhérer à une convention ainsi intitulée la fit fléchir.

569 Actes de la conférence de Berne, cités par J. Cavalli, *La genèse de la convention de Berne…*, précité, bibliographie, n° 171, p. 171.

570 De la même époque date l'Arrangement de Madrid, signé le 14 avril 1891, concernant l'enregistrement international des marques ; l'intention des contractants était toutefois plus pratique que théorique et n'alimente donc pas notre sujet.

Section 3 : La confirmation technique du modèle de la propriété

250. Critères secondaires de la nature du droit. Il s'agit, dans cette section, de rechercher les critères subsidiaires, les indices secondaires de la nature du droit dans les lois adoptées en réponse à la crise[571]. Si le champ d'application des droits intellectuels se généralise et se définit abstraitement, s'il existe un objet qui demeure une entité juridique et économique stable, il relève alors du droit des biens et non pas du droit des obligations ou du droit de la personnalité. Si leur naissance ne dépend pas d'un jugement d'opportunité de la puissance publique, et si les étrangers y ont accès sans restriction ou formalité particulière, alors ils résultent d'un principe civil plutôt que des politiques publiques du commerce, de l'industrie ou de la culture. L'allongement de leur durée et leur aspiration à la perpétuité fut également liés à la discussion de leur nature.

251. Plan. Recherchons, dans les lois de la seconde moitié du siècle, ces éléments révélateurs de leur modèle théorique : la généralisation du champ de l'appropriation (A), l'existence d'un objet stable et indépendant de la personne (B), les conditions de l'accès au droit (C) et l'aspiration à la perpétuité (D).

A) La généralisation du champ de l'appropriation

252. L'unification du droit d'auteur. Ce fut dans les disciplines dites artistiques que le cloisonnement des droits avait été le plus visible. Les lois de la fin du siècle abattirent ces cloisons et eurent pour effet d'unifier le champ d'application du *copyright*, du droit d'auteur et du *Urheberrecht*. Plusieurs statuts vinrent étendre le *copyright* à de nouveaux objets : sculptures, représentations théâtrales, conférences, gravures, peintures, dessins et photographies[572]... La Constitution impériale allemande donnait compétence à l'Empire pour légiférer en matière de « propriété intellectuelle »[573], expression dont il faut souligner la généralité et dont n'existait aucun équivalent en droits anglais et français. Le droit allemand,

---

571 Les références des textes normatifs cités dans cette section ont été données en section précédente. Quant aux conventions internationales, il nous aura suffi d'en étudier ci-dessus les modèles théoriques : examiner leur contenu technique outrepasserait les limites de notre sujet.

572 *Act for Encouraging the Art of Making New Models and Casts of Busts, and other things therein mentioned* (1798, 38 Georges III, *chapter* 71) ; *Dramatic Literary Property Act* (1833, 3 & 4 William IV, *chapter* 15) ; *Lectures Act* (1835, 5 & 6 William IV, *chapter* 65) ; *Fine Art Copyright Act* (1862, 25 & 26 Victoria, *chapter* 68). Tous consultables sur le site *Primary Sources on Copyright*, précité, bibliographie, n° 397.

573 Article 4, précité *supra*, § 243.

pourtant, n'en tira pas un principe général d'appropriabilité. Ainsi, outre les œuvres, les marques, les dessins et modèles et les inventions, objets devenus classiques, seules les photographies et arts figuratifs firent l'objet d'une loi spéciale[574]. Même si la reconnaissance se faisait par petites touches, la tendance était bien à l'extension du droit à tout le champ artistique.

253. L'unité de l'art. Au tournant du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle apparut le principe de l'unité de l'art. Au milieu du XIX^{ème} siècle tentée en Angleterre l'expérience sans succès de la distinction entre les *ornemental designs* et les *utility designs*[575]. Elle fut abolie par le *PDTA* dès 1883, en raison des difficultés de son application. Ainsi fut unifié le régime des œuvres plastiques, qu'elles soient esthétiques ou utilitaires[576].

De ce principe encore pragmatique en droit anglais, le droit français tira la théorie dite de « l'unité de l'art », interdisant aux juges de distinguer les Beaux-Arts des arts appliqués : la loi du 11 mars 1902 étendit le décret-loi de 1793 aux œuvres de sculpture, d'architecture et de dessins « quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre »[577].

254. Cela suggère seulement un principe d'extension du champ de l'appropriation mais ne peut suffire à affirmer une vocation du droit intellectuel à saisir tout produit de l'esprit. Nous traiterons plus précisément plus loin de la question[578].

B) L'existence d'un bien intellectuel

255. L'objet du droit de propriété. Nous avons vu[579] que l'un des premiers éléments de la modernité du droit, en notre matière, fut l'identification du bien intellectuel. À ce sujet se maintint une ancienne confusion entre le bien intellectuel créé et le droit portant dessus : lequel était objet de propriété ? Quand les lois parlent de propriété, s'agit-il de la propriété de la création ou de la propriété du droit ?

Les *copyright Acts* successifs de 1801, 1814 et 1842 traitaient de la propriété du *copyright* et non pas de celle de l'œuvre[580]. Le *PDTA*, en revanche, établissait sur le *design*[581]

---

574 *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste*, 9 Janvier 1876, *Deutsches Reichsgesetzblatt 1876*, n° 2, p. 4-8.

575 Introduite par deux *acts* de 1842 et 1843. Voir également Ch. Fellner, *Industrial design law*, Sweet and Maxwell, 1995, bibliographie, n° 155, § 1-008, p. 3 et A. I. Morris, B. Quest, *Design : the modern Law and Practice*, Butterworth, Londres, 1987, bibliographie, n° 161, § 1-3 et 1-4, p. 4-7.

576 « *Any new or original design, not previoulsy published in the United Kingdom* » (section 47).

577 Article 1 du décret de 1793, modifié par la loi de 1902.

578 Voir *infra*, § 451 et s.

579 Voir *supra*, § 149 et s.

580 La section XVII de l'*Act* de 1842, par exemple, interdit les actes réservés à « *any person, not being the proprietor of the copyright* ».

et sur la marque[582] un droit de propriété direct. Le droit français montre la même incohérence, différemment répartie : l'œuvre était bien un objet de propriété, ainsi que la marque[583], le dessin et le modèle[584], mais pas l'invention[585]. Les lois impériales allemandes évitaient le vocable de propriété, résolvant ainsi radicalement la question de son objet. La loi de 1870 sur le droit d'auteur avait pourtant été précédée, dans plusieurs *Länder*, de lois établissant un droit de propriété et s'efforçant d'en définir l'objet[586].

256. L'objet des transmissions. La terminologie semblant ne pas avoir été employée avec toute l'attention qui aurait permis une véritable exégèse, il vaut mieux s'en tenir à un critère indirect mais plus fiable : quel était l'objet traité par les règles de transmissibilité ? Etait-ce le bien intellectuel ou le droit portant sur lui ?

D'autres contradictions se font jour ici. En droits anglais, allemand et français de la fin du XIX[ème] siècle, la marque, bien que liée en général au fonds de commerce, était transmise en elle-même, sans l'intermédiaire du droit portant sur elle[587]. En droit allemand, de même, c'était le modèle qui était cédé[588]. En droit d'auteur, en revanche, l'objet transmis était le droit sur l'œuvre (droit d'auteur[589], *copyright*[590], *Urheberrecht*[591]) ; il en était de même pour le

---

581 Section 61 : « *The author of any new and original design shall be considered the proprietor thereof.* »

582 Section 62a : « *The comptroller may, on application by, or on behalf of, any person claiming to be the proprietor of a trade mark, register the trade mark.* »

583 Article 1 de la loi de 1857 : « Nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il n'a déposé deux exemplaires… »

584 Article 3 de la loi de 1909 : « La propriété d'un dessin ou modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit… »

585 Article 20 de la loi de 1844 : « Tout breveté pourra céder la totalité ou partie de la propriété de son brevet. »

586 Le Code de Bade, par exemple, cité § 138, note 287.

587 Section 70 du *PDTA* : « *A trademark, when registered, shall be transmitted only in connection with the goodwill of the busyness concerned…* » La loi française de 1857 ne disait rien de la transmissibilité de la marque, mais Arnal estimait qu' « on doit pouvoir lui appliquer tous les actes juridiques dont la propriété mobilière est susceptible » (E. Arnal, *De la propriété des marques de fabrique*, précité, bibliographie, n° 181, p. 117). « Le droit issu du dépôt ou de l'enregistrement du signe distinctif se transmet aux héritiers et peut être cédé à des tiers par contrat ou par disposition testamentaire » (§ 7 de la loi sur les « indications de commerce » (*Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen*) de 1894).

588 J. Kohler, *Musterrecht…*, précité, bibliographie, n° 112, p. 114 : il était transmissible entre vifs ou à cause de mort (article 3), dans le cadre d'une « cession en propriété ou cession d'un droit réel, qui consiste en un droit d'usage » (« *die Übertragung zum Eigentum oder zu einem dinglichen Rechte, welches ein Gebrauchsbefugnis gewärht* »). La précision sur ce en quoi consiste le droit réel montre bien que ce dernier porte sur le dessin ou le modèle, et non pas simplement sur le droit qui les couvre. Le *PDTA* anglais et la loi française de 1909 ne traitent pas explicitement de la transmission du modèle, ou du droit sur le modèle.

589 E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique…*, précité, bibliographie, n° 40, p. 286 : le droit d'auteur était librement transmissible, « comme toute autre propriété mobilière ». La loi française du 9 avril 1910, précisant que la cession de l'œuvre par son auteur n'entraînait pas la cession du droit de reproduction de ladite œuvre, consacra certes la distinction de l'œuvre et de son support, indispensable pour pouvoir penser la propriété intellectuelle comme une entité, mais laissa obscure la distinction de l'œuvre et du droit.

590 Section XXV de l'*Act* de 1842 : « *All copyright shall be deemed personal property, and shall be transmissible by bequest, or, in case of intestacy, shall be subject to the same law of distribution as other personal property…* »

brevet[592]. Il pouvait, certes, être démembré, mais c'est bien lui qui était cédé et non pas l'œuvre elle-même ou l'invention.

257. Droit d'auteur et régimes matrimoniaux. La question se posa également à la croisée du droit d'auteur et du droit matrimonial. Elle ne concernait que le droit d'exploitation : le droit moral était bien un droit de la personnalité propre à l'époux auteur, et les revenus d'exploitation tombaient en communauté. L'alternative était telle : soit l'objet de droit était l'œuvre elle-même, directement appréhendée, objet de propriété mobilière revenant à la communauté des époux (1876-80)[593] ; soit l'objet de droit était le droit d'exploitation, simple monopole temporaire né en dehors du droit civil, exclu du régime de la propriété et de la communauté matrimoniale (1900[594]). La question fut provisoirement close par un arrêt de 1902, semblant reprendre le même principe qu'en 1880, si ce n'est que le bien n'y était plus la production de l'esprit mais le droit de l'exploiter et qu'il n'était plus un objet de propriété mais un simple « bien entrant dans le commerce »[595].

258. Un persistant flottement. Le même flottement persiste donc, d'un siècle à l'autre, quant à l'objet de droit. Les lois étudiées, bien sûr, définissaient toujours un bien intellectuel,

---

591 § 3 de la *Urheberrechtsgesetz* de 1870 : « Le droit d'auteur se transmet aux héritiers. Ce droit peut être cédé à des tiers, en tout ou partie, par contrat ou par disposition testamentaire. »

592 Section 36 du *PDTA* : « *A patentee may assign his patent for any place in or part to the United Kingdom or isle of Man, as effectually as if the patent were granted to extend to that place or part only*. » § 6 de la *Patentgesetz* de 1877 : « La demande et le droit peuvent être cédés, en tout ou partie, par contrat ou par disposition testamentaire, à des tiers ». Article 20 de la loi de 1844 : « Tout breveté pourra céder la totalité ou partie de la propriété de son brevet. »

593 Cette solution fut retenue par le tribunal de la Seine le 19 août 1876 dans une affaire dite *Masson* : « attendu que le droit de l'auteur sur son œuvre, s'appliquant à un objet purement mobilier, doit, aux termes de l'article 517 du Code civil, être considéré comme une valeur mobilière ». Elle fut confirmée par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 16 août 1880 : « attendu que, d'après les principes généraux du droit, la propriété littéraire et artistique, essentiellement mobilière, a les mêmes caractères et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait porter à sa durée », *Sirey*, 1881, 1, p. 25, bibliographie, n° 424.

594 Cette solution fut retenue par la Cour d'appel de Paris le 1er février 1900, selon de remarquables motifs, dans l'affaire dite *Lecoq* : « des productions de l'esprit ne constituent pas des biens susceptibles d'un véritable droit de propriété, au sens où ce terme est entendu par le Code civil, mais donnent seulement à leur auteur des droits spéciaux et temporaires réglementés et définis par la législation sur la propriété littéraire et artistique. Considérant, dès lors, que le Code civil (...) n'a pu les assimiler à la propriété ordinaire et de droit commun qu'il organisait, ni les confondre avec elle et les comprendre dans les biens de son article 516 ; qu'il n'a pu davantage les laisser en oubli, et qu'en conséquence, il les a, par son silence, spécialement à l'article 529, exclus de sa classification ; Considérant que les décrets et lois postérieurs ne leur ont pas plus attribué le caractère de propriété de droit commun... », *Sirey*, 1900, 2, p. 121, bibliographie, n° 426.

595 Req., 25 juin 1902, cassant l'arrêt de la CA Paris du 1er février 1900, affaire dite *Lecoq*, *Dalloz périodique*, 1903, 1, p. 5 et *Sirey*, 1902, 1, p. 305, bibliographie, n° 427 : « Attendu que le droit d'exploiter exclusivement une œuvre littéraire ou artistique, (…) constitue un bien entrant dans le commerce et soumis, dès lors, à défaut de dispositions légales contraires, aux règles générales du Code civil, en tant qu'elles sont compatibles avec la nature particulière dudit droit… » J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur*, Bernard Grasset, Paris, 1937, bibliographie, n° 188, p. 14-15 : « C'est dans l'interaction respective de l'élément moral et de l'élément pécuniaire qu'il faudra désormais rechercher le secret de la nature juridique du droit d'auteur », « ainsi s'est établie la théorie dite du « droit double », longtemps considérée comme intangible dans la doctrine française » (p. 30). La discussion fut reprise en 1936-46 : voir *infra*, § 295.

objet de protection. Pourtant, certaines s'éloignaient ensuite de l'objet ainsi défini et ne traitaient plus que du droit portant dessus. Certes, le bien intellectuel n'existe pour le droit objectif que par le droit subjectif dont il est l'objet. Il ne serait, sinon, qu'une chose indifférente, potentiellement mais non encore juridique. Cela justifie-t-il une totale absorption ? L'objet n'existe-t-il plus en tant que bien ? Nous traiterons de nouveau cette question en deuxième partie[596].

Notre attention va pour l'instant se poser sur les pouvoirs de la puissance publique sur l'accès à la protection des nationaux et des étrangers.

C) Les conditions d'accès à la protection

259. La valeur des enregistrements. Entre l'octroi discrétionnaire de privilèges et la protection systématique d'une propriété préexistante existe toute une gamme de situations intermédiaires. Sur cette gamme, où se situent les lois de la fin du XIX^{ème} siècle ? La question ne concerne que les biens sujets à enregistrement ou dépôt : la protection naissait-elle, indépendamment de sa reconnaissance légale, de l'acte subjectif de création ? Naissait-elle, au contraire, de la volonté de la puissance publique ? Cette puissance pouvait-elle accorder sa protection à certains et la refuser à d'autres ? Sur cette gamme se situent le dépôt déclaratif de droit et le dépôt attributif de droit. Le dépôt attributif se laisse lui-même décliner en fonction du pouvoir d'appréciation reconnu à l'agent public.

260. Le *PDTA*. Selon le *PDTA* anglais, la fonction du droit des brevets n'était toujours que de réguler l'exercice de la prérogative royale[597], ce qui correspondait à la tradition anglaise. Le contrôleur ne pouvait refuser l'enregistrement que si la description n'était pas suffisante et sa demande de complément pouvait faire l'objet d'un recours judiciaire[598]. Si aucune opposition n'y était faite par un tiers, il avait l'obligation de sceller le brevet[599]. Le *PDTA* établissait sur le *design* un droit de propriété issu de l'acte de création[600]. De même, la propriété de la marque préexistait à l'enregistrement et l'agent public ne faisait que l'enregistrer[601].

---

596 Voir *infra*, § 510.

597 H. H. Cunynghame, *English Patent Practice*, précité, bibliographie, n° 152, p. 22 (« *no more than regulate and limit the exercise of the royal prerogative, which is still the source » des patents* »).

598 Section 7 du *PDTA*.

599 Section 12 du *PDTA*.

600 Section 61 : « *The author of any new and original design shall be considered the proprietor thereof.* »

601 Section 62 a : « *The comptroller may, on application by, or on behalf of, any person claiming to be the proprietor of a trade mark, register the trade mark.* »

261. Les droits français et allemand. En droit français, la logique de la propriété interdisait tout examen préalable : puisque les propriétés protégées étaient préexistantes, pourquoi l'administration aurait-elle dû les vérifier ? Elle n'avait qu'à les constater[602]. Selon ce système, commun aux inventions[603], aux marques[604] et aux modèles[605], le titre administratif ne produisait qu'une présomption de propriété[606], il n'était qu'un certificat donnant acte à son titulaire du dépôt d'une requête en bonne forme.

Le droit allemand prit en revanche le parti opposé et faisait naître le droit, non pas de l'acte créatif ou inventif, mais de l'enregistrement du modèle[607], de l'invention[608] ou de la marque[609]. L'accès au droit n'était pas pour autant soumis à l'arbitraire de l'agent public, dont les pouvoirs, au contraire, étaient encadrés[610].

262. La condition des étrangers. La condition des auteurs et créateurs étrangers, c'est-à-dire leur possibilité d'accéder à une protection, qu'elle soit ensuite régie par la loi du for ou par une loi étrangère, est encore un indicateur de la nature du droit. Si le droit du créateur sur son bien intellectuel était une propriété de droit naturel, il existait donc indépendamment des lois nationales, transcendait les frontières et s'imposait en tous pays.

---

602 Déjà, la loi du 25 mai 1791 posait que le brevet serait « délivré, sur simple requête au Roi, sans examen préalable » : loi reproduite par A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention.…*, précité, bibliographie, n° 65, p.104 et s. Renouard relate à ce sujet une anecdote amusante : le Premier Consul se serait agacé de devoir signer l'octroi d'un brevet pour une « femme invisible » (dont une faculté importante était toutefois préservée, puisqu'elle parlait), et aurait donc déclenché une nouvelle discussion du principe de l'octroi systématique. Mais, ce principe ayant eu le sort « de toujours sortir victorieux du combat », un arrêté fut rendu en 1800, imposant l'annotation, au bas de chaque titre, que « le gouvernement, en accordant un brevet d'invention sans examen préalable, n'entend garantir en aucune manière, ni la priorité, ni le mérite, ni le succès d'une invention » (*ibidem*, p. 113-114).

603 Articles 5 et suivants de la loi de 1844. Pouillet précisait que le brevet « est tout simplement un titre officiel constatant que tel jour, à telle heure, tel individu s'est déclaré l'auteur de telle invention », et recommandait de remplacer le nom de *brevet d'invention* par celui de *certificat de dépôt* : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 61, p. 4-5.

604 L'article 2 de la loi 23 juin 1857 disposait que « nul ne p[ouvai]t revendiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il n'a[vait] déposé deux exemplaires… » : loi reproduite par A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique.…*, précité, bibliographie, n° 64, p. 377 et s. Cet article contient à la fois le principe de la propriété préexistante, et celui du dépôt sans examen.

605 L'article 3 de la loi de 1909 disposait que « la propriété d'un dessin ou modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit, mais le premier déposant dudit dessin ou modèle est présumé, jusqu'à preuve du contraire, en être le créateur ».

606 A. Rendu, *ibidem*, p. 51 : « Bien qu'il ne confère pas par lui-même la propriété, il établit en faveur du déposant une présomption de propriété. »

607 Le droit sur les modèles, selon la loi de 1876, naissait automatiquement une fois remplies les conditions basiques de protégeabilité et les formalités d'enregistrement (§ 7 de la loi de 1876).

608 En Allemagne, la loi de 1877, première loi commune à tout l'Empire, était plus centrée sur l'acte administratif d'octroi que sur la détermination du juste titulaire du droit. Son § 3 retenait le principe du premier déposant et n'accordait aucune priorité à l'inventeur : « a droit à l'octroi du brevet, celui qui, le premier, a déposé l'invention selon les dispositions de la présente loi » (« *Auf die Ertheilung des Patentes hat derjenige Anspruch, welcher die Erfindung zuerst nach Maßgabe dieses Gesetzes angemeldet hat* »).

609 Le § 7 de la réforme de 1894 (précitée § 244) mentionnait « le droit issu du dépôt » (« *das durch die Anmeldung begründete Recht.…* »).

610 La deuxième partie de la loi de 1877 sur les brevets établit le *Patentamt* : les décisions y étaient prises collégialement (§ 14), écrites, motivées, et soumises à un recours judiciaire (§ 15).

263. L'*International copyright Act*. En 1838, fut adopté le premier *act* de droit international anglais[611], permettant au monarque d'accorder un *copyright* à des auteurs étrangers de livres divulgués à l'étranger. De même, la première section du *PDTA* permettait aux étrangers de faire une demande de brevet dans les mêmes conditions que les sujets britanniques[612] et « toute personne », même un étranger résidant à l'étranger, pouvait demander l'enregistrement d'un modèle[613].

264. Le droit français. En 1852 parut le décret français relatif à la propriété des ouvrages littéraires et artistiques d'auteurs étrangers et publiés à l'étranger, qui en punissait la contrefaçon aussi sévèrement que celle des ouvrages publiés en France[614]. La jurisprudence traita par ailleurs très directement de la question de la source et de la nature du droit d'auteur. En 1857[615], la Cour de cassation fut naturaliste sur le principe et positiviste sur le résultat[616].

Dans un arrêt rendu sur le même sujet en 1887[617], elle mit le principe en accord avec le résultat et jugea que :

> « Loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, il [le droit d'auteur] donne seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire. »[618]

---

611 *International copyright Act*, 1 & 2 Victoria *chapter* 59, consultable sur le site *Primary Sources on Copyright* (précité, bibliographie, n° 397). Il fut complété en 1844, 1852 et en 1886, pour permettre l'adhésion de l'Angleterre à la Convention de Berne.

612 E. M. Daniel, *The new law of patents, designs and trade mark*, précité, bibliographie, n° 153, p. 117-120 : « *Any person, wether a British subject or not, may make an application for a patent* », mais doit toujours l'accompagner d'une déclaration que l'un au moins des postulants est le « *true and first inventor*. »

613 « *Any person* » (section 47). Toutefois, si le modèle enregistré était utilisé dans un pays étranger, mais pas en Angleterre dans les six mois de l'enregistrement, le *copyright* cessait (section 54). Le déposant n'avait pas à être l'auteur du modèle (section 61).

614 Décret des 28-30 mars 1852.

615 La question posée aux juges était la suivante : le décret de 1852, accordant protection aux auteurs étrangers pour leurs ouvrages publiés à l'étranger, consacrait-il un principe général de protection s'étendant aux représentations théâtrales, ou constituait-il un octroi ponctuel, d'interprétation stricte, se limitant donc à l'édition ? Si le décret était une exception, le droit commun applicable était l'article 11 du Code civil posant le principe de la réciprocité. Le tribunal de la Seine avait jugé que le décret était une exception d'interprétation stricte à l'article 11. Le pourvoi soutenait qu' « il ne pouvait être question, dans cet article, des droits que la loi française considère comme des propriétés », et que « le droit des auteurs était moins civil que naturel », *Sirey*, 1858, 1, p. 145, bibliographie, n° 423.

616 Cass., req., 14 décembre 1857, affaire dite *Verdi*, attendu repris aux observations du rapporteur Ferey, *Dalloz périodique* 1858, 1, p. 163, bibliographie, n° 423 : « Attendu que si la propriété des œuvres littéraires, musicales et artistiques dérive du droit naturel, la nature des objets auxquels elle s'applique n'a pas permis de la laisser soumise aux règles absolues du droit de propriété en général ; que des conditions d'ordre et d'intérêt public ont dû déterminer le législateur à en déterminer et modifier l'exercice. »

617 Il était demandé aux juges si le Président de la République, compétent pour passer des traités de commerce sans le concours du Parlement (article 6 de la Constitution de 1852), l'était par conséquent pour passer des traités au sujet du droit d'auteur, ou si cela ressortait au contraire du droit de propriété, au sujet duquel il ne pouvait agir seul.

618 Cass. req., 25 juillet 1887, affaire dite *Grus*, *Sirey* 1888, p. 17, obs. Ch. Lyon-Caen, bibliographie, n° 433. Ch. Lyon-Caen, commentateur, note que cette solution est contraire « à l'opinion la plus générale en France » (*ibidem*, p. 18).

En matière de brevets, la loi de 1844 sur les brevets atténuait les dispositions de l'ancien décret révolutionnaire qui, malgré les déclarations sur sa nature propriétaire, imposaient au droit des inventeurs les exigences de la compétition industrielle[619].

265. Le droit allemand. La loi allemande sur les marques marqua encore un retard sur les droits anglais et français : elle demeurait basée sur le principe de réciprocité[620]. En revanche, qui n'habitait pas dans le pays pouvait demander l'octroi d'un brevet par l'intermédiaire d'un représentant dans le pays sans condition de réciprocité[621].

266. L'essor de l'internationalisme. Il apparaît donc qu'après et malgré la crise du milieu du siècle, les lois adoptées en notre matière maintinrent et accentuèrent le principe d'un droit préexistant à son enregistrement. Tandis qu'au niveau international, les grandes conventions de 1886 et 1883 établissaient entre leurs membres le principe du traitement national[622], le nationalisme industriel et culturel perdit son influence, laissant place à l'idée d'un droit de nature civile dû aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux.

D) L'aspiration à la perpétuité

267. La durée du droit. Un dernier point révélateur de la nature des droits intellectuels est le traitement de leur durée. Les tenants de leur nature propriétaire gardaient à l'esprit l'idéal de la perpétuité, mais la plupart d'entre eux admettait qu'il était impraticable[623]. La question de la perpétuité ne se posa qu'au sujet du droit sur les œuvres : les droits sur les inventions, les marques et les dessins et modèles ne trouvèrent personne pour défendre leur perpétuité.

268. La durée du *copyright*. Le *bill* qui suscita le plus de passion dans l'Angleterre des années 1830-40[624] fut celui que lord Talfourd défendit sans succès en 1837[625] et qui ne fut

---

619 J. Bédarride, *Commentaire des lois sur les brevets d'invention…*, précité, bibliographie, n° 42, p. 15-16 : il s'agissait notamment de la déchéance de son brevet à l'inventeur qui avait fait breveter son invention à l'étranger, et l'octroi des brevets d'importation. Son article 27 ajoutait que « les étrangers pourront obtenir en France des brevets d'invention ».

620 § 20 de loi sur les marques de 1874.

621 § 12 de la loi de 1877.

622 Article 2 de la convention de Paris de 1883, et article 5 de la convention de Berne de 1886.

623 La question est aujourd'hui apaisée et il semble généralement admis sans grande réticence que le caractère temporaire des droits intellectuels ne soit pas antinomique à l'idée de propriété : C. Pourquier, *Propriété et perpétuité*, PUAM, 2000, bibliographie, n° 179, § 277 et s. ; Th. Revet, *Le dénouement de la propriété temporaire*, *RTDCiv.* 2008, p. 322, bibliographie, n° 322.

624 Mme Seville déplore que l'importance de cet *Act*, qui pourtant « *formed the basis of modern copyright* », et prolongé, dans une certaine mesure, par les *Act* de 1911, 1956 et 1988, soit sous-estimée par l'historiographie actuelle, en comparaison avec celle des grands arrêts du XVIII[ème] siècle (C. Seville, *Literary copyright reform in early victorian England*, précité, bibliographie, n° 251, p. 6).

625 Voir *supra*, § 227. Chronologie des comités, retraits et réintroductions du *Bill* : *cf.* C. Seville, *ibidem*, p. 219-220.

adopté qu'en 1842. Il renonçait à la perpétuité mais prolongeait pour la première fois la protection après la mort de l'auteur. Alors que les règles du *Statute of Ann* faisaient courir la protection à partir de la publication, ce principe dit du « *life-plus* » est dès lors devenu incontournable. Il prenait acte de la reconnaissance de l'individualité cohérente et évolutive de l'auteur, du lien personnel qui le reliait à son œuvre[626]. Dans la pratique, toutefois, bien que le *Statute of Ann*, suivi des *bills* précités, ait donné au *copyright* une durée limitée, les contrats signés « *for ever* » demeuraient courants dans la pratique éditoriale[627].

269. La durée du droit d'auteur. La durée du droit d'auteur fut discutée par le Parlement français dans les années 1830-40[628]. Une redevance perpétuelle aux héritiers fut même envisagée, puis reconnue trop difficile à mettre en œuvre[629]. Finalement, la durée fut simplement progressivement allongée[630]. Notons que, toutefois, son point de départ variait : les trente ans comptés par la loi de 1854 couraient à partir du décès de la veuve, tandis que les cinquante ans de la loi de 1866 étaient comptés à partir du décès de l'auteur, quel que soit son titulaire ultérieur. Le sens de l'évolution est donc plutôt l'indifférence de la loi à la qualité des ayant droit, l'objectivisation du droit que l'allongement de sa durée[631].

---

626 C. Seville, *ibidem*, p. 19.

627 D. Saunders, *Authorship and copyright*, précité, bibliographie, n° 250, p. 139 : en 1829, par exemple, un contrat était passé selon lequel « *on consideration of (…) paiment (…), [the author] binds himself to assign the said novel to [the editors] and theirs heirs for ever*… ».

628 Gastambide rend compte de ces débats : A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, précité, bibliographie, n° 35, p. 56 et s. Il cite Lamartine, illustrant à la fois l'idée de propriété naturelle et celle du compromis avec ses opposants : « nous n'avons mis aucune limite à ses droits [la propriété littéraire*]*, nous lui avons mis une borne dans le temps. Le jour où le législateur, éclairé par l'épreuve qu'elle va faire d'elle-même, jugera qu'elle peut entrer dans un exercice plus étendu de ses droits naturels, il n'aura qu'à ôter cette borne » (p. 61).

629 … Par une commission appointée par la Chambre des Pairs, ayant rendu son rapport en 1839 : A. Gastambide, *ibidem*, p. 58. La perpétuité fut de nouveau soutenue devant le congrès de 1896 de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) réunie en sa XVIII[ème] session par Mack, rapporteur d'un projet de loi sur la perpétuité du droit d'auteur : E. Mack, *De la perpétuité du droit d'auteur*, Marchal & Billard, Paris, 1897, bibliographie, n° 197. Se référant notamment aux arrêts du Conseil du Roi de 1777 et à quelques lois étrangères (p. 4-5), il recommandait de soumettre « purement et simplement au droit commun la propriété littéraire, dans toute la mesure du possible, à rendre perpétuelle cette propriété, en la transformant toutefois, au bout d'un certain nombre d'années, une fois l'auteur mort, en un droit à redevance » (p. 12).

630 La durée du droit d'auteur fut allongée à vingt ans, tout d'abord, par le Décret impérial contenant règlement sur l'imprimerie et la librairie de 1810 (article 39), puis en 1844 par la Loi relative au droit de propriété des veuves et des enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques. En 1810, la même année que le décret, le Code pénal fit de la contrefaçon un délit (articles 425-429, reproduits par E. Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, précité, bibliographie, n° 40, p. 886). Notons que les deux décrets nomment « droit de propriété » le droit de l'auteur. La durée du droit d'auteur fut ensuite allongée à trente an, par la loi des 8-19 avril 1854 sur le droit de propriété garantie aux veuves et aux enfants des auteurs, des compositeurs et des artistes, puis à cinquante ans par la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs.

631 Pouillet s'élevait contre l'injustice de cette règle, qui avantageait les auteurs de santé robuste contre les moins résistants, et recommandait la publication comme point de départ : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 40, p. 172.

270. La durée du *Urheberrecht*. La question fut également discutée en Allemagne[632] au cours des mêmes années, qui correspondaient à l'élaboration des premiers textes modernes allemands : les décisions de la Diète de 1837, 1840 et 1845[633]. L'idée de la perpétuité avait été défendue par les libraires jusqu'en 1816-1817[634], quand ils commencèrent à accepter que leur droit ne fût pas perpétuel. Le premier rapport remis à la Diète, en 1835, retenait une durée de dix ans après publication. La Prusse s'éleva contre ce court délai et eut recours au droit comparé pour faire remarquer que, dans tous les pays où existait un droit sur les œuvres, la durée retenue courait à partir du décès de l'auteur et non pas de la publication. Dans un rapport de 1837, elle argua que le droit exclusif était lié à la personne de l'auteur et qu'un lien spirituel qui ne s'éteignait pas à son décès le reliait à son œuvre[635]. On sait[636] que la décision de 1845 retint une durée de trente ans *post-mortem*. La loi impériale de 1870 le reprit et ne fit donc aucun progrès sur ce point. Elle accentua néanmoins le principe personnaliste, en déclarant que le droit de reproduction n'appartenait qu'à l'auteur, excluant clairement l'éditeur de la genèse du droit et la date de publication, du calcul de sa durée[637].

---

632 Pour des précisions sur la discussion de la perpétuité parmi les économistes allemands et français du XIX^{ème} siècle, voir G. von Olenhusen, « *« Ewiges geistiges Eigentum » und Sozialbindung des Urheberrechts in der Rechtsentwicklung und Diskussion im 19. Jahrhundert in Frankreich und Deutschland* », *in Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981*, 1982, p. 83-111, bibliographie, n° 277.

633 Vues *supra*, § 112 et s.

634 Dates des premières réunions de la Diète à Francfort : L. Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung…*, précité, bibliographie, n° 220, p. 131.

635 Après cette défense du délai *post-mortem*, la Prusse défendait plus pragmatiquement la durée de trente ans. Elle devait permettre d'assouvir une première génération de lecteurs et amortir les investissements de l'éditeur : L. Giseke, *ibidem*, p. 152.

636 Voir *supra*, § 11 et s.

637 O. Dambach, *Über den neuesten Entwurf…*, bibliographie, n° 214, p. 3. M. Vogel, *Urheberpersönlichkeitsrecht…*, précité, bibliographie, n° 285, p. 194-196 : on passa « d'une protection orientée surtout vers les intérêts industriels des éditeurs, à une protection générale du créateur intellectuel » (« *vom vornehmlich am gewerblichen Interesse des Verlegers ausgerichteten Werkschutz zu einem umfassenden Schutz des Werkschöpfers* »). E. Mack, *De la perpétuité du droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 197, p. 5 : un projet de loi de l'assemblée générale des écrivains et journalistes allemands soutint de nouveau la perpétuité devant le Parlement de l'Empire allemand en 1893.

Conclusion du chapitre 2

271. La progression technique du droit intellectuel. Techniquement, cette période vit se confirmer les tendances observées au titre précédent. Les biens intellectuels protégés se multiplièrent, les conditions d'accès à la protection se firent plus systématiques et objectives et l'abandon des conditions de nationalité étendit le champ des titulaires.

Ces progrès étaient des conséquences nouvelles, tirées au XIX^{ème} siècle, de la reconnaissance juridique de l'activité intellectuelle qui avait été faite au XVIII^{ème}. Simultanément s'établissaient les concessions (durée temporaire, procédures d'enregistrement) et les confusions (objet du droit) dues à la nature particulière des biens intellectuels.

Conclusion du titre 2

272. La doctrine de la propriété intellectuelle à la fin de la crise. La sortie de crise de la propriété intellectuelle fut finalement relativement aisée. La doctrine de la propriété intellectuelle perdit de sa faculté de susciter l'enthousiasme, mais elle reconduisit les grands principes qui avaient fait son succès et apparaissaient désormais incontournables : la souveraineté directe d'une personne sur sa création et l'idée de sa préexistence aux formalités d'enregistrement même indispensables à sa mise en œuvre. La propriété intellectuelle a donc plutôt *résisté* à la crise que connu une *renaissance*.

273. La révélation des traditions nationales. La crise eut en revanche pour effet de révéler ce qui peut désormais être appelé des traditions nationales. Paradoxalement, le pays le moins attentif à la dogmatique fut celui dont le droit positif se rapprocha le plus de la doctrine de la propriété intellectuelle : les lois anglaises la consacrèrent de plus en plus explicitement. Les lois françaises ne l'écartaient tout au plus que mollement et demeuraient malgré tout inspirées du modèle du droit de propriété. C'est en Allemagne seule qu'elle fut expulsée de la législation. Les textes de droit international constituèrent une assez fidèle image des divergences des droits nationaux.

274. Cette période prit fin au début du XX^{ème} siècle, quand des théories rivales de la propriété gagnèrent en renommée et que le droit, tout en continuant à se développer et à se préciser, perdit la tension suscitée par le danger de l'abolition. Cela fera l'objet du titre suivant.

TITRE 3 : TRADITIONS ET RENOUVEAUX AU XX^{ÈME} SIECLE

275. Le renouveau politique et doctrinal. Le XX^{ème} siècle fut marqué par deux guerres mondiales, par l'établissement de régimes politiques totalitaires et par l'avènement d'un ordre juridique international. À divers degrés, ces phénomènes influencèrent le droit intellectuel. Les régimes socialistes en prônaient une vision instrumentale et nationale, tandis que les droits international et communautaire le liaient au droit individuel fondamental de propriété.

La doctrine, de son côté, n'eut pas besoin de l'aiguillon des événements extérieurs pour explorer de nouvelles voies. Dès les dernières années du siècle précédent, elle avait commencé à proposer de nouveaux schémas d'analyse du droit intellectuel, qui se développèrent au XX^{ème}.

276. Traditions et renouveaux. Quelle fut la place de l'idée de propriété dans ces nouveaux développements ? Le renouveau doctrinal et politique du XX^{ème} siècle eut-il raison des traditions nationales qui, en germe dès les premiers textes modernes, s'étaient révélées dans la crise du XIX^{ème} siècle ?

277. Plan. C'est en doctrine que le renouveau fut le plus manifeste, que se développèrent de nouveaux modèles théoriques, rivaux de celui de la propriété (chapitre 1). En droit positif, tandis que la France et la Grande-Bretagne se montrèrent fidèles à ce qui était devenu leur tradition, seule l'Allemagne expérimenta les modèles théoriques alternatifs, prolongeant ainsi ses hésitations des siècles précédents (chapitre 2). Mais ces traditions nationales furent bientôt dépassées par le droit international et le droit communautaire (chapitre 3).

Chapitre 1

-

Le développement de nouveaux modèles théoriques

278. Les alternatives théoriques. À partir de la fin du XIX^{ème} siècle et dans le courant du XX^{ème} furent développées des théories du droit intellectuel alternatives à celle de la propriété. Elles découlaient du mouvement de contestation du XIX^{ème} qui, attaquant la propriété intellectuelle sans réellement lui proposer d'alternative, avait signalé le besoin de nouvelles constructions théoriques. Elles se nourrirent donc à la fois des effets destructeurs de la crise et de son apaisement. Certaines découlaient de la pure recherche juridique et prenaient comme point de départ les insuffisances de la doctrine propriétaire. D'autres étaient le résultat, à divers degrés, du renouvellement des conceptions de l'État et de la société. Elles étaient donc mitigées de droit et de philosophie politique – mais nous savons combien le thème de la propriété est lui-même politique.

279. La réalité et la pérennité des alternatives. Ces doctrines rivales offraient donc de nouveaux schémas de compréhension des droits intellectuels. Etaient-elles de véritables alternatives à doctrine propriétaire, autonomes et pérennes, ou demeuraient-elles liées à la qualification propriétaire ?

280. Plan. Ces doctrines furent respectivement fondées sur l'idée d'une catégorie spéciale de droits : les droits intellectuels, ou les *Immaterialgüterrechte* (section 1), sur la théorie personnaliste, rattachant les droits intellectuels aux droits de la personnalité (section 2) et, à divers degrés, sur les conceptions socialistes (section 3).

Section 1 : Les théories du droit *sui generis*

281. Des catégories autonomes. La première alternative à la théorie de la propriété était de consacrer une catégorie propre aux droits intellectuels, une catégorie *sui generis*. Tout en prenant acte de leur structure réelle bipolaire, il s'agissait de les distinguer du droit réel en raison de leurs divergences de régime. Les principales catégories ainsi imaginées furent celle des droits intellectuels (A) et celle des *Immaterialgüterrechte* (B).

A) Les droits intellectuels

282. Picard. Le juriste belge Picard fut l'un des premiers à proposer cette solution, en créant le concept de droits intellectuels[638]. Insérant les droits intellectuels dans la systématique du droit civil, il écrivait, dans son encyclopédie *Le droit pur*[639], que les objets de droit se divisaient ainsi :

> « a) la propre enveloppe du Moi humain, sujet de droit par excellence ;
> b) les autres sujets de droit, spécialement les Hommes – puis tout ce qui existe en dehors de ces deux premiers termes, à savoir les Choses, lesquelles sont
> c) ou *matérielles* (corporelles), -
> d) ou *intellectuelles* (incorporelles) »[640].

Il y faisait correspondre quatre « groupes de droit » : droits personnels, droits obligationnels, droits réels (*jura in re materiali*) et droit intellectuels (*jura in re intellectuali*), et expliquait plus bas que :

> « le Plein du droit réel, c'est la propriété », « le Plein du droit d'un homme sur un autre, c'est l'esclavage » ; « mêmes opérations pour les droits intellectuels. Le Plein, c'est le droit absolu de l'Auteur sur son œuvre, sauf les limitations légales »[641].

L'idée fut reçue en France par l'intermédiaire, notamment, de Darras[642], puis Lepaulle[643], Olagnier[644], Escarra, Rault et Hepp[645]. Roubier proposa pour cette catégorie le titre de « droits intellectuels »[646].

---

638 P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, précité, bibliographie, n° 206, p. 69 : Picard aurait employé l'expression dès 1873, à la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles.

639 Ed. Picard, *Le droit pur, Cours d'encyclopédie du droit, Les permanences juridiques abstraites*, 1899, Larcier, Alcan, bibliographie, n° 7.

640 *Ibidem*, p. 92.

641 *Ibid.*, p. 118, et p. 130 et s.

642 A. Darras, *Des droits intellectuels – Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1887, bibliographie, n° 26, p. 47-50.

643 R. P. Lepaulle, *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Dalloz, Paris, 1927, bibliographie, n° 38, p. 14-16 : « Quelle propriété bizarre, d'ailleurs, qui serait dépourvue d'un de ses caractères essentiels, la perpétuité, et

B) Les *Immaterialgüterrechte*

283. Le lien avec la doctrine propriétaire. Kohler, l'un des plus fameux penseurs juridiques allemands, reconnaissait à la doctrine de la propriété intellectuelle plusieurs bienfaits. Elle aurait permis d'assouplir les rigueurs excessives de la scolastique juridique[647], mais aussi d'imposer aux esprits l'idée que la libre reproduction des biens intellectuels était une piraterie, une forme de vol[648], et que leur protection devait traverser les frontières nationales. Il lui reprochait, toutefois, de le faire au prix d'une déformation du droit de propriété[649]. Les droits des auteurs et des inventeurs, certes, étaient bien des « droits sur des choses existant en dehors de la personne, comme la propriété ; [que] comme elle, [c'était] des droits absolus »[650] ; mais maintes différences se manifestaient dans l'acquisition, la perte, l'exercice, l'exécution des droits

284. Les *Immaterialgüterrechte*. Considérant qu'entre les domaines corporel et incorporel, la différence d'objet entraînait une différence dans le contenu du droit, il opta pour une dénomination propre aux droits intellectuels : les « droits sur les biens immatériels » (*Immaterialgüterrechte*)[651]. Cette désignation propre devait résoudre « le problème de ces droits quasi-réels, dont l'objet répugnait à une appropriation permanente et qui

---

qui ne se résumerait pas dans un objet corporel qui pourrait former son titre! », « Les solutions juridiques ne peuvent avoir la rigueur d'un théorème, (...). Vouloir transporter dans le droit la logique des mathématiques, c'est faire preuve d'un esprit paresseux. »

644 P. Olagnier, *Le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 55, p. 21 et s. : « Il faut avoir le courage de s'évader des catégories classiques et de reconnaître qu'il existe une troisième variété de droits... »

645 J. Escarra, J. Rault, F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 188, p. 35.

646 P. Roubier, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1935, bibliographie, n° 324, p. 251 et s.

647 J. Kohler, *Die Idee des geistigen Eigentums*, précité, bibliographie, n° 345, p. 105 : « S'il (le *Scholastizismus*) n'avait été, il y a quarante ans, en plein épanouissement, la propriété intellectuelle n'aurait pas eu à tant se battre pour s'imposer. »

648 « *Ein Unrecht, eine Art von Diebstahl* » (ibidem, p.100).

649 J. Kohler, « *Das Immaterialgütterrecht und seine Gegner* », 1887, rééd. *UFITA* vol. 123, 1993, p. 81-97, bibliographie, n° 346, à la p. 82 : « L'idée de la propriété intellectuelle pèche en ce qu'elle identifie là où il ne peut être question que d'analogie, si l'on veut éviter de dissoudre la propriété dans une vague incertitude. » En introduction de son *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Kohler expliquait : « le droit des biens immatériels a repris, dans la doctrine de la propriété intellectuelle, ce qui était juste, et en a rejeté les erreurs », la doctrine de la propriété intellectuelle a « rendu le service d'imposer aux esprits l'idée que le créateur est maître de sa création, mais est techniquement inadéquate aux objets immatériels » (précité, bibliographie, n° 92, p. 21 s.).

650 J. Kohler, « *Die Idee des geistigen Eigentums* », précité, bibliographie, n° 345, p. 113.

651 Il en avait développé l'idée, sans la nommer, dès 1875, dans un article aux *Annales des tribunaux badois*, reproduit en annexe des *Forschungen aus dem Patentrecht*, qui ne contenait pas encore le mot, mais déjà l'idée, ainsi qu'il le relata en 1887 dans l'article « *Das Immaterialgüterecht und seine Gegner* » (précité, bibliographie, n° 346, p. 81). Un autre article suivit en 1894 (« *Die Idee des geistigen Eigentums* précité, bibliographie, n° 345), qui relate la genèse intellectuelle de la théorie des *Immaterialgüterechte*, la genèse historique des droits eux-mêmes, puis les critiques que le nouveau concept a dû essuyer. J. Bonnet présente la théorie en français, dans son *Étude de la législation allemande sur les brevets d'invention*, précité, bibliographie, n° 103, p. 9 et s.

s'anéantissaient donc après un certain temps », et attirer l'effort de la doctrine sur la caractérisation et la délimitation de l'objet du droit[652].

285. La portée de la théorie. Kohler défendait surtout sa théorie contre les tenants de la libre reproduction et contre la théorie personnaliste[653], ce qui accentuait sa parenté avec l'idée de la propriété intellectuelle plutôt que cela ne la réfutait[654]. Ainsi comprise, la théorie des *Immaterialgüterechte* consiste plutôt en une théorie réajustée de la propriété qu'en une idée foncièrement nouvelle[655]. La dénomination est devenue majoritaire en Allemagne pour les droits sur les biens industriels, mais inclut souvent aussi, par extension, le droit d'auteur : le concept d'*Immaterialgüterechte* y est désormais généralement utilisé comme dénomination générique de la matière[656].

286. La doctrine anglaise. Moins férus de systématique juridique que leurs collègues continentaux, les juristes anglais ne semblent pas avoir particulièrement contribué aux théories alternatives. Cela tient en partie à leur compréhension ouverte du terme de *property right*, qui, en droit anglais, désigne des droits réels de toutes sortes et non pas seulement la propriété[657]. Les particularités des biens intellectuels qui, en droit allemand surtout, mais aussi

---

652 J. Kohler, *Das Immaterialgüterrecht und seine Gegner*, précité, bibliographie, n° 346, à la p. 81 : « *Das Problem der quasi-dinglichen Rechte, deren Gegenstand einer ständigen Appropriation widerstrebt, welche daher nach einiger Zeit notwendig in Nichts zerfließen* ». Il ajoutait que « parler d'objet de propriété, sans définir ce qui est vieux, ce qui est neuf, ce qui est original, ce qui ne l'est pas, et ce qui est habituel, est des plus inapproprié ; c'est pourtant l'état de la doctrine en France et en Angleterre, et en Allemagne aussi, il y a quinze ans, avions-nous à peine dépassé ce stade de l'évolution » (p. 107-108).

653 A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité – Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002, bibliographie, n° 196, p. 111 : Kohler excluait les intérêts extrapatrimoniaux de l'auteur de l'*Immaterialgüterrecht*, et les considérait comme relevant du droit général de la personnalité, indépendant du droit des biens intellectuels. Cela faisait de lui un partisan du dualisme, « en ce sens, non pas que le droit d'auteur est composé de deux éléments distincts (…), mais en ce que la protection des intérêts de l'auteur repose sur deux fondements distincts : le droit d'auteur lui accorde le monopole d'exploitation de son œuvre et le droit de la personnalité assure la sauvegarde des intérêts patrimoniaux attachés à cette œuvre ».

654 Il est temps de compléter la citation de F. Machlup entamée plus haut (note 428) : « de même que la lecture jusnaturaliste de la propriété intellectuelle, (...), la théorie de l'*Immaterialgüterecht*, du droit « sur un objet incorporel » fut développée en vue d'inculquer au public le mot expressif de « propriété » ».

655 Il convient de mentionner ici de Boor, qui passa en revue toutes les théories possibles de droit d'auteur : droit patrimonial (*Vermögensrecht*), droit mixte (*gemischtes Recht*), sphère interdite (*Reflex von Verbotsnormen*), droit personnel (*Persönlichkeitsrecht*), propriété (*Eigentum*), et droits immatériels (*Immaterialgüterrechte*). Il en conclut qu' « il ne reste nulle part où ranger le droit exclusif sur l'expression dans notre système juridique », et que même les efforts de Kohler ne pouvaient surmonter le fait que « bien qu'ils soient apparentés sur bien des points, la différence de la forme artistique et littéraire, d'une part, et de la réflexion inventive, d'autre part, rendent impossible une conception unitaire de ces droits » (H. O. de Boor, *Urheberrecht und Verlagsrecht*, Kohlhammer, 1917, bibliographie, n° 84, p. 179-180).

656 J. Merkl, *Der Begriff des Immaterialgüterrechts*, thèse, Nuremberg, 1961, précité, bibliographie, n° 228, p. 1: « Ainsi *l'Immaterialgüterrecht* représente-t-il à la fois une construction dogmatique, et une dénomination générique ».

657 Voir *infra*, § 614 et s.

en droit français, les éloignaient du concept établi de la propriété, étaient presque indifférentes au droit anglais des biens.

287. Conclusion. En définitive, les catégories ainsi créées évitaient la qualification directe de propriété, mais s'en distinguaient peu. Elles définissaient encore les droits sur les biens intellectuels comme des droits exclusifs sur une chose, comme les droits réels principaux pouvant exister sur les biens intellectuels. Le succès de ces catégories leur fut peut-être précisément valu par cette combinaison d'une étroite proximité avec la propriété et d'une dénomination distincte, qui leur permettait de justifier les différences ponctuelles.

Section 2 : La théorie personnaliste

288. Personnalisme et droit moral. Tous deux centrés sur la dimension affective de la création, le principe personnaliste et le droit moral s'attirent. Il peut être tentant de considérer que le second, prérogative de droit positif, serait la consécration législative du premier, construction doctrinale. Leur relative contemporanéité, en France, aggrave la tentation – en Allemagne, en revanche, le personnalisme existait bien avant les prérogatives morales des auteurs.

Il faut pourtant se garder de faire cette confusion. Le personnalisme est une construction doctrinale systématique, il ne vise pas seulement à inspirer au législateur la consécration de prérogatives morales spéciales, mais à couvrir l'ensemble du droit, y compris ses aspects patrimoniaux. Il est donc antinomique au modèle propriétaire. Le droit moral, en revanche, peut exister même dans un modèle non personnaliste.

289. Plan. L'idée personnaliste s'étant épanouie de diverses manières dans les trois pays étudiés, nous verrons successivement le personnalisme et le monisme allemand (A), le personnalisme français (B) et le droit moral en Angleterre (C).

A) Le personnalisme et le monisme allemands

290. Le personnalisme. L'origine personnelle des biens intellectuels et, surtout, du droit d'auteur conduisit la doctrine allemande à élaborer la doctrine personnaliste, selon laquelle les productions intellectuelles et, particulièrement, les œuvres étaient des éléments de la personne de leur créateur. Il ne pouvait donc être question de faire de la création un objet de propriété ; le droit portant dessus était plutôt un droit de la personnalité.

Cette doctrine concerna plus le droit d'auteur que les droits sur les biens industriels. Parmi ces derniers, seule la marque fut, pendant un temps, considérée comme un droit de la personnalité[658]. Déjà ébauchée au début du XIX^{ème} siècle[659], cette doctrine fut menée à maturité dans la seconde moitié de celui-ci, par Bluntschli[660], puis Lange[661], Gareis[662] et, surtout, Gierke[663].

---

658 Notamment par J. Kohler, *Warenzeichenrecht*, précité, bibliographie, n° 111.

659 Voir *supra*, § 108.

660 Suisse germanophone, J. C. Bluntschli fonda en 1853, avec ses collègues munichois, la revue *Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, ouvrant son premier numéro sur un article intitulé « La prétendue propriété littéraire – le droit d'auteur » (« *Das sogennante Schrifteigentum – Das Autorrecht* »). Dans son manuel *Deutsches Privatrecht*, il caractérisa le droit d'auteur comme « un droit

291. Le contraste avec la propriété. La différence avec la propriété se manifestait dans l'objet du droit (la personnalité est inappropriable), dans sa nature (droit de la personnalité et non pas droit patrimonial) et dans son titulaire (le créateur, individu particulier, par opposition au propriétaire d'un bien matériel, indifférent et variable). Cette théorie fut beaucoup plus radicalement antagoniste à l'idée de propriété intellectuelle que celles des *Immaterialgüterechte* et des droits intellectuels : elle niait l'existence d'un objet de droit distinct du sujet. L'œuvre n'y était plus un objet, mais demeurait partie du sujet, et ne s'en détachait jamais. Ainsi l'auteur, sujet du droit, en était également l'objet.

292. Le personnalisme en matière industrielle. Quelle que fût sa pertinence pour le droit d'auteur, cette théorie rendait difficilement compte des droits de propriété industrielle. Le droit des marques, seul, y donnait prise : nous avons vu que certains défenseurs de l'idée de propriété intellectuelle (Klostermann, par exemple) ou de la théorie des droits immatériels (Kohler) voyaient dans la marque une expression de la personnalité[664]. Elle fut écartée, dans les années 1920, en faveur de la théorie des *Immaterialgüterrechte*[665].

---

naturel au respect de cette relation (...) entre créateur et création », un « droit personnel » (bibliographie, n° 73, tome 1, 1853). Voir M. Rehbinder, « *Johann Caspar Bluntschlis Beitrag zur Theorie des Urheberrechts* », *UFITA* vol. 123, 1993, p. 29-48, bibliographie, n° 354.

661 Dans sa dense monographie (M. Lange, « *Kritik der Grundbegriffe...* », précité, bibliographie, n° 347), Lange voyait le fondement du droit d'auteur dans la nécessité de protéger l'activité intellectuelle personnelle contre l'activité purement mécanique *(*« *rein mechanischer Handlungen* »), et soulignait que les considérations patrimoniales ne jouaient aucun rôle dans la justification de la protection légale, mais qu'elles venaient seulement compléter la protection personnelle. En matière littéraire, la substance matérielle du livre ne servirait qu'à transmettre la parole de l'auteur, tandis qu'en matière d'inventions, chaque objet possèderait une utilité propre (« *beim Buch ist die Substanz reines Mittel*… »).

662 K. Gareis, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*, *Busch's Archiv* XXXV (1877), p. 185-210. Gareis identifiait une catégorie de droits qui n'appartiennent à aucune des catégories romaines des droits réels et personnels : « le droit d'organiser librement sa vie, le droit au nom, au nom commercial et aux marques, à l'honneur, aux œuvres littéraires et artistiques ainsi qu'aux inventions », et leur donnait le nom de droits individuels (*Individualrechte*). Ces droits portaient sur « l'individualité de la personne, c'est-à-dire toute activité propre à la personne, et son résultat ». Sur Gareis, voir M. Vogel, *Urheberpersönlichkeitsrecht...*, précité, bibliographie, n° 285, p. 197-198, et S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 314 et s.

663 O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 3ème tome, Leipzig, 1895 ; titre 3 du chapitre 4 (« *Urheberrechte* »), rééd. *UFITA*, n° 125, 1994, p. 103 et s., bibliographie, n° 69, p. 109. Selon Gierke, le droit des auteurs n'était ni le simple reflet de lois répressives, ni un monopole, ni un droit éditorial, ni une propriété, ni un droit immatériel, mais un « droit de la personnalité, dont l'objet est une œuvre de l'esprit, élément de la sphère personnelle ». Issu d'un acte créatif individuel, le droit devait constituer un domaine de discrétion personnelle, pouvant toutefois développer des ramifications patrimoniales ; il devait s'étendre aussi loin que se manifestait l'appartenance de l'œuvre à la sphère personnelle ; seul son exercice pouvait être cessible, et il devait s'éteindre en même temps que son titulaire .

664 Voir *supra*, § 147.

665 Un arrêt du *Reichsgericht* du 20 septembre 1927 l'écarta expressément (rapporté par K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts…*, précité, bibliographie, n° 234, p. 98).

293. Le monisme. La théorie personnaliste se modéra au cours du XX[ème] siècle et pris la forme du monisme[666]. Le droit d'auteur était toujours considéré comme unitaire, mais il n'était plus de nature exclusivement personnaliste : un équilibre était reconnu entre les dimensions patrimoniale et personnelle. Tandis que la doctrine personnaliste y voyait un droit simple, de nature personnelle avec des incidences patrimoniales, le monisme qui lui succéda le représentait plutôt comme un droit complexe, dual, constitué de deux éléments. Nous en trouvons l'illustration chez Runge[667] et Ulmer[668].

Cette doctrine du droit unitaire mixte, à la fois patrimonial – voire réel – et personnel est en droit d'auteur allemand une tradition désormais établie[669].

B) Le personnalisme français

294. Le personnalisme français. La théorie personnaliste connut moins de succès en France qu'en Allemagne. Elle trouva quelque écho au moment de la progressive découverte jurisprudentielle du droit moral, alors qu'en Allemagne, elle existait avant lui. Il ne nous appartient pas ici de relater la genèse de cette dimension nouvelle du droit d'auteur, mais nous remarquerons néanmoins que l'idée d'en faire le noyau essentiel du droit, dont les

666 S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 330 et s., et A. Lucas-Schloetter, précité, bibliographie, n° 196, p. 112-113. Dès 1902, Allfeld publia un commentaire de la loi de 1901. Le droit d'auteur, selon lui, n'était ni un droit patrimonial, ni un droit personnel, mais un droit particulier insaisissable, dont seul l'exercice (*Ausübung*), et non pas la substance (*Substanz*) était cessible. C'est la volonté de l'auteur qui faisait entrer l'œuvre dans la sphère des biens.

667 K. Runge,*Urheber- und Vertragsrecht*, 3[ème] éd., F. Dümmlers, 1953, bibliographie, n° 96. Tout en rappelant que le droit d'auteur était la « protection de l'individu créateur », « distinct de la masse, en tant que personnalité par son activité créatrice », Runge le traitait selon une logique de droit réel autant que personnel : il parle du « monopole » induit par l'exclusivité, de la « balance des intérêts », et analyse l'œuvre comme un « bien culturel » (p. 1-4), un « bien dans le commerce » (« *Verkehrsgut* », p.18), ce qui est bien éloigné de la conception que s'en faisait Lange, par exemple (M. Lange, « *Kritik der Grundbegriffe…* », précité, bibliographie, n° 347).

668 E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 1[ère] éd., Springer-Verlag, 1951, précité, bibliographie, n° 99, p. 69. On cite souvent, d'Ulmer, son image de l'arbre : de même que le tronc d'arbre est issu de ses racines et fait naître les branches, le droit d'auteur serait issu de deux « groupes d'intérêts » (intérêts patrimoniaux et moraux), et génèrerait diverses prérogatives. Le droit d'auteur ne serait pas la somme, mais la source des prérogatives qui le composent (p. 67). La capacité unificatrice d'Ulmer s'étendait jusqu'à la doctrine, dont les divers courants étaient des « vérités partielles », des pièces complémentaires rendant compte chacune d'un aspect du droit : la doctrine personnaliste, du droit moral ; les tendances travaillistes, de la dimension industrielle du droit d'auteur ; la théorie de la contrainte sociale (*Sozialbindung*), des limites au droit… (p. 72). Quant à la doctrine de la propriété intellectuelle, elle a émancipé le droit du privilège, et l'a fondé dans la « nature de la chose » (*Natur der Sache*), dans le fait créateur ; mais les critiques dont elle fut l'objet au XIX[ème] siècle auraient conduit à en oublier même le noyau de vérité (p. 59-61). Car le droit d'auteur était bien un « droit exclusif », « apparenté à la propriété », et protégé comme par exemple, contre l'empiétement (*Übertretung*) (p. 9).

669 A. Lucas-Schloetter, précité, bibliographie, n° 196, p. 112.

conséquences patrimoniales ne seraient qu'incidentes, était minoritaire[670]. La conception française de la propriété intellectuelle était elle-même assez accueillante pour recevoir le droit moral : c'était « la plus personnelle des propriétés »[671].

295. Le personnalisme en jurisprudence. La jurisprudence dut elle-même trancher ces questions, reprenant, quelques décennies plus tard, les questions de droit matrimonial déjà traitées dans les années 1870 à 1900[672]. Alors que les juges ne l'envisageaient pas encore, la doctrine, déjà, soutenait l'idée que le monopole d'exploitation était un droit personnel[673]. Un jugement de 1936 tenta de renverser le principe du droit double posé en 1902[674] et de donner une définition personnaliste du droit patrimonial :

> « une faculté dont l'exercice est subordonné à un acte de volonté purement potestatif, (…) inhérente à la personne de l'auteur, faculté qui, si elle est créatrice de biens lorsqu'elle est exercée, ne constitue pas en elle-même un bien »[675].

L'analyse fut bientôt cassée et le principe dualiste réinstitué dans les mêmes termes qu'en 1902[676]. La loi du 11 mars 1957 provoqua un nouveau retournement en droit matrimonial d'auteur et dans la discussion de la nature du droit sur l'œuvre, en déclarant le

---

670 Voir, toutefois, J. Sfetea, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 209. Le droit d'auteur était pour lui incessible, en raison de l'article 1780 du Code civil, qui dispose qu' « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée » (p. 91). Céder l'œuvre serait céder sa conscience même ; céder son droit d'auteur serait céder sa liberté de travail. En revanche, le droit des héritiers changeait de nature par la succession (p. 236). Ce que recueillaient les héritiers était seulement l'effet de la « survivance de l'auteur dans ses œuvres » (p. 220). S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 299, et 306-307 : « tout compte fait, cependant, c'est la doctrine du droit double qui prédomine dans la doctrine française après l'affaire Lecoq [cass., civ., 25 juin 1902] ». Voir également A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, précité, bibliographie, n° 196, p. 58), et H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2ème éd., 1966, bibliographie, n° 33, p.134 et s.

671 Rapport Le Chapelier (précité note 198). *Contra* : A. Morillot, D*e la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'empire d'Allemagne*, Cotillon, Paris, et Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1878, bibliographie, n° 199, p. 108, pour qui droit moral et droit patrimonial étaient « d'importance inégale et de nature absolument différente ».

672 Voir *supra*, § 257.

673 Saleilles, dans sa note sous un arrêt du 1er février 1900 de la Cour d'appel de Paris, considérait qu'entre l'« activité créatrice de l'individu, considérée comme inhérente à sa personnalité », et ses produits, il y a des degrés : 1) la faculté créatrice et 2) le manuscrit dont seul l'auteur peut disposer font naître des « droits de la personnalité ». Mais avant les revenus (4), pures valeurs mobilières, il y avait encore 3) l'étape de l'œuvre publiée, dont l'auteur « est encore là, vivant et maître de sa pensée », « situation juridique mixte, faite d'un double élément, l'élément immatériel et personnel (...) et l'élément patrimonial » (*Sirey*, 1900, 2, p. 121, bibliographie, n° 426).

674 Arrêt *Lecoq*, Req., 25 juin 1902, précité, bibliographie, n° 427.

675 Tribunal civil de la Seine, 1er avril 1936, cité par Desbois, *Dalloz* 1945, p. 285, note sous Civ., 14 mai 1945, affaire dite Canal. J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 188, p. 16-18 : ce jugement « a le mérite de reconnaître l'existence *du* droit d'auteur considéré en lui-même et comme source *des* droits d'auteur », il fait la « synthèse implicite de tout ce qu'il y avait d'exact dans les décisions antérieures ».

676 Civ., 14 mai 1945, affaire Canal, *D.* 1945, p. 285 et s., précitée, bibliographie, n° 428, p. 285. Au sujet de cet arrêt, Desbois écrivit : « La conception personnaliste des droits d'auteur résulte d'une erreur d'optique » (*D.* 1945, *ibidem*).

droit de « fixer les conditions de son exploitation » propre à l'époux auteur[677]. Elle détacha le droit moral du droit civil commun, pour l'intégrer au droit spécial d'auteur, consacrant ainsi, sous un autre nom[678], la même conception qu'en droit allemand.

C) En Angleterre

296. L'absence du droit moral dans le *Statute of Ann*. À la fin du XIX^{ème} siècle, quand la théorie personnaliste commençait à se développer en Allemagne et, dans une moindre mesure, en France, le *copyright* anglais demeurait un pur « *proprietary matter, and personal only in this sense* »[679]. Selon le professeur Saunders[680], la première raison en était que le droit du *copyright* était fixé par le *Statute of Ann* bien avant que n'émerge, sur le plan esthétique, les notions d'individu et de développement personnel. Il nous semble que cette observation ne peut être déterminante dans un système de droit évolutif tel que l'est celui du précédent anglais, et qu'elle devrait également valoir pour le droit d'auteur français, qui accueillit pourtant le droit moral.

297. Droit moral et *common law*. Le professeur Saunders avance par ailleurs que les actions ouvertes en *common law* pour la défense des intérêts personnels individuels auraient rendu redondantes des actions statutaires – cette raison est encore avancée aujourd'hui et est certainement la plus convaincante. Le droit personnel du créateur anglais est basé sur le droit commun, et non pas sur le *Statute*, ainsi qu'il l'était en France avant son intégration à la loi sur la propriété littéraire et artistique de 1957.

298. Droit et esthétique. La dernière explication proposée est politique, et revient plutôt à accentuer la divergence entre le Royaume-Uni et le continent qu'à l'expliquer : il conviendrait de se demander si les théories esthétiques ont réellement vocation à intervenir en droit[681]. Une telle dichotomie de l'esthétique et du juridique est très saine, mais la reconnaissance de la personnalité créatrice dans son œuvre est-elle purement esthétique, ne doit-elle pas emporter des effets juridiques ?

---

677 Article 25 de la loi du 11 mars 1957, devenu l'article L. 121-9 du CPI.

678 Sur les trahisons de la terminologie, entre monisme et dualisme en doctrines française et allemande, voir S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, tome 1, p. 272. Pour schématiser, l'on peut estimer que le monisme allemand et le dualisme français se rejoignent pour considérer que le droit d'auteur est une unité comprenant des prérogatives de deux natures différentes.

679 D. Saunders, *Authorship and copyright*, précité, bibliographie, n° 250, p. 145. « *Personal* », en droit anglais des biens, désigne les biens mobiliers, par opposition à « *real* », biens fonciers (*cf. supra*, § 26).

680 *Ibidem*.

681 « *We should perhaps question the assumption that an idea circulating in the sphere of literary philosophy – the Romantic ideal of an authorial subjectivity unfolding into its completion – could necessary play a role in relation to shifts within the legal sphere* » (ibidem).

Quoi qu'il en soit, n'intégrant pas au droit des auteurs de dimension morale, le droit anglais était peu concerné par l'idée personnaliste.

299. Conclusion. De toutes les théories alternatives, la théorie personnaliste est celle qui entama le plus profondément et le plus durablement le crédit de la conception propriétaire. Il est frappant de constater à quels degrés variés la découverte juridique des relations morales du créateur à sa création déstabilisa le droit dans nos trois pays.

Le droit d'auteur allemand, en adhérant à la théorie personnaliste, ne fit que confirmer une tendance déjà affirmée dès ses débuts. La spécificité du droit d'auteur s'accentua, ainsi que sa tendance à s'éloigner du modèle propriétaire qui lui était de plus en plus étranger.

Le bouleversement du droit moral aboutit en France, sous une dénomination différente, à une conception proche de celle du droit allemand : le droit mixte se nomme « dual » en France et « moniste » en Allemagne. Toutefois, lorsqu'il s'agit de classer le droit d'auteur dans l'ordre juridique du droit privé et d'en réguler notamment la transmission, le droit français demeura attaché à la conception propriétaire.

La reconnaissance du fait moral fut loin de produire de telles déflagrations en droit anglais. Sans pour autant le nier, le droit anglais l'accueillit avec flegme, à un niveau tout différent de celui du droit exclusif d'exploitation, droit de propriété. Le droit moral issu de la *common law* et le *copyright* issu du *statute* y sont demeurés deux phénomènes juridiques autonomes. Cette conception retarda de longtemps l'adhésion des pays de *copyright* à la convention de Berne. Si, aujourd'hui, cette difficulté semble surmontée, ce n'est que par concession à l'influence de la convention et à l'usage international.

La dernière alternative à la théorie propriétaire retenue dans cette étude fut la conception instrumentaliste du droit intellectuel.

Section 3 : Les conceptions intrumentalistes du droit intellectuel

300. La variété des conceptions instrumentales. La première guerre mondiale et la Grande dépression favorisèrent l'essor des principes dirigistes dans les opinions européennes. En janvier 1933, Hitler incarnait l'idéologie nationale-socialiste à la Chancellerie de la République de Weimar ; le Front populaire accédait en France au gouvernement en juin 1936 ; après la seconde guerre mondiale, le communisme s'établit en République Démocratique d'Allemagne. Dans leur diversité, ces régimes partageaient la conscience du caractère social du droit intellectuel ; cette conscience pouvait aller jusqu'à inspirer une conception instrumentale, traitant le droit individuel plutôt comme un instrument de développement national que comme un droit privé.

Comment le droit intellectuel a-t-il pu faire converger des modèles politiques si variés, voire antagonistes ? L'idée de propriété sur les biens intellectuels en était-elle totalement absente ?

301. Plan. La conception instrumentaliste s'exprima en France dans les conceptions salariales du droit d'auteur (A), en Allemagne, dans le droit national-socialiste (B), puis dans celui de la République Démocratique d'Allemagne (C) et, enfin, bien que moins sensiblement, dans un plus faible mouvement social anglais (D).

A) La qualification salariale du droit d'auteur

302. Le projet Jean Zay. Un projet de loi fut élaboré par le gouvernement français en juillet 1936[682] en totale rupture avec la tradition française de la propriété intellectuelle. C'est, comme souvent, dans l'exposé de ses motifs que se trouve l'essence du texte. Revendiquant

[682] Déposé à l'Assemblée nationale, le 13 août 1936, par le Ministre de l'éducation nationale Jean Zay (*Documents parlementaires*, 1936, p. 1706, séance du 13 août 1936). Projet reproduit et critiqué par J. Escarra, J. Rault, et F. Hepp, précité, bibliographie, n° 188. Voir également J. Vilbois, « Historique », *RIDA* avril 1958, *Numéro spécial…*, p. 33, bibliographie, n° 262, et C. Rojinski, « Le projet Jean Zay, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, avril 2008, p. 160-163, bibliographie, n° 323.

les enseignements de Renouard et Proudhon[683], et les déclarations jurisprudentielles des dernières décennies[684], le ministre Jean Zay déclarait :

> « L'auteur ne doit plus désormais être considéré comme un propriétaire, mais bien comme un travailleur (…). L'assimilation de la protection particulière prévue en sa faveur à celle que le Code du travail et le Code civil octroient à l'ensemble des travailleurs doit être admise de plus en plus largement. C'est sous le signe du travail, et non pas sous le signe de la propriété, que doit être construit ce nouveau droit français. »[685]

L'idée d'un contrat entre le créateur intellectuel et la société accompagnait certes déjà le modèle de la propriété dans les lois révolutionnaires[686] ; mais dans le projet de 1936, ce contrat n'était plus un contrat de louage de service ou de chose, mais un contrat de travail, et n'accompagnait plus le modèle propriétaire, mais le supplantait. Le projet de loi définissait le droit d'auteur comme un droit *sui generis*, et le déclarait attaché à la personne de l'auteur et inaliénable[687] ; son exploitation ne pouvait donc se faire que par concession temporaire d'une prérogative[688]. Après le décès de l'auteur, le droit ne subsistait que dix ans au profit de ses héritiers, sous la forme d'une prolongation ; ensuite, l'exploitation devenait libre, à charge de redevance équitable, jusqu'à cinquante ans après le décès[689]. Ainsi était pour la première fois proposée une licence obligatoire de principe, et non plus d'exception – voire un véritable domaine public payant. Mais ce projet ne devint jamais loi et ses orientations ne furent pas reprises par la suite[690].

---

683 Tous deux pour différentes raisons très sceptiques quant à la qualification de propriété : voir notamment *supra*, § 186, 196 et 204.

684 Zay cite l'arrêt Grus de la Cour de cassation du 25 juillet 1887 (précité, bibliographie, n° 425) et le jugement du tribunal de la Seine du 1er avril 1936, précité *supra*, § 295, note 675.

685 Exposé des motifs, *Documents parlementaires*, précité note 682, p. 1707.

686 Il ne concernait, en revanche, que les droits des inventeurs : voir *supra*, § 120.

687 « Tout travail aboutissant à la création d'une œuvre littéraire ou artistique confère à son auteur sur cette œuvre un droit *sui generis* dit droit d'auteur. Le droit d'auteur est attaché à la personne de l'auteur. Il est inaliénable. Il comprend : 1- le droit moral, c'est-à-dire le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre ainsi que le droit de faire cesser, d'une manière appropriée, toute atteinte à l'œuvre par destruction, déformation, mutilation (…), 2- le droit pécuniaire, c'est-à-dire le droit pour l'auteur d'obtenir, sa vie durant, la rémunération de son travail par l'exploitation de son œuvre sous quelque forme que ce soit. La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité » (article 1).

688 Article 23. C. Rojinski, « Le projet Jean Zay de 1936… », précité, bibliographie, n° 323 : ce que voulait Zay, c'était surtout « en finir avec les cessions pures et simples de droit au profit des éditeurs » ; « la fin de la propriété serait un mode, somme toute assez radical, de protection » des auteurs contre eux-mêmes. Fernay, traitant plus tard de la qualification salariale du droit d'auteur, reprit cette idée, selon laquelle la qualification propriétaire et le principe de cessibilité totale seraient issus du désir de « défendre moins les auteurs que les libraires et les éditeurs, ou, si l'on préfère, [de concevoir] la défense des auteurs à travers celle de leurs auxiliaires naturels : les éditeurs » (R. Fernay, « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », *RIDA*, n° 41, octobre 1963, p. 5-35, bibliographie, n° 308, à la p. 7). Le projet J. Zay donnait en outre au droit d'auteur un caractère alimentaire, que confirmaient les règles limitatives de la saisissabilité des revenus (article 4) ainsi que l'atténuation du droit après la mort de l'auteur. L'indifférence de la titularité aux qualités de mineur, d'incapable, d'interdit ou de femme mariée confirmaient cette approche (article 2).

689 Article 21.

690 C'est pourquoi nous l'avons intégré à ce chapitre.

303. La doctrine. La qualification salariale du droit d'auteur fut reprise en doctrine, trente ans plus tard[691], par Fernay. L'auteur commençait par constater que la notion de propriété, ayant perdu de sa stabilité et s'associant bien souvent désormais à l'idée d'exploitation du fort par le faible, était « devenue la plus fâcheuse des références ». Il proposait donc une « autre idée-force, la seule qui, aujourd'hui, soit indiscutable et indiscutée, « la plus sacrée, la plus inattaquable », pourrait dire le Chapelier : l'idée de salaire »[692].

304. Les caractéristiques de la qualification salariale. Trente ans de décalage n'ont donc pas effacé les caractères essentiels de la qualification salariale : son origine personnaliste (lien indéfectible entre le créateur et le bien intellectuel), son affinité avec l'instauration d'un domaine public payant perpétuel et, malgré ce qu'en ont dit leurs détracteurs, la volonté de renforcer la légitimité du droit. L'idée n'a pourtant pas perdu son caractère subversif et n'a pas réellement pu supplanter le modèle de la propriété.

B) Le national-socialisme en Allemagne

305. L'*Akademie für deutsches Recht.* En Allemagne, la conception instrumentale du droit intellectuel s'exprima d'abord dans le modèle national-socialiste. Elle fut mise en œuvre par l'Académie pour le droit allemand (*Akademie für deutsches Recht*), fondée en juin 1933 à Munich[693].

306. Les insuffisances de la loi de 1870. La réforme des brevets était de particulière importance pour la politique national-socialiste : dès 1924, Hitler s'intéressait au droit des inventions dans son autobiographie et programme politique *Mein Kampf*. Bien que créations individuelles, les inventions avaient toutefois vocation à enrichir la communauté nationale[694].

---

691 R. Fernay, « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », précité, bibliographie, n° 308.

692 S'appuyant sur le caractère personnel du droit d'auteur, reconnu par les personnalistes, mais aussi par les défenseurs du concept de propriété, Fernay qualifiait de prestation de service par l'auteur les actes d'exécution publique et de représentation (*ibidem*, p. 25) : « l'auteur est le salarié automatique, permanent et perpétuel de quiconque utilise son œuvre » (p. 33). Paralysant cette prestation, le droit d'interdire cette utilisation est donc … un droit de grève (p. 33). Le corrolaire de cette perpétuité était la nécessité d'introduire, après un certain temps, un domaine public payant (p. 29).

693 L'Académie pour le droit allemand comprenait plusieurs comités consacrés aux divers droits intellectuels, ainsi qu'à des questions qui leur étaient transversales. Son président était nommé par le Chancelier. Elle supplanta, en 1935, la *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsshutz und Urheberrecht*. Elle édita une revue, à partir de 1994 : la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*. Elle publia, en 1936, un recueil consacré au Droit du créateur : Académie pour le droit allemand, *Das Recht des schöpferischen Menschen*, Imprimeries nationales, Berlin, 1936, bibliographie, n° 417.

694 A. Hitler, *Mein Kampf*, cité par le ministre H. Frank, dans son Allocution lors du congrès tenu à Berlin en 1936, *in* Académie pour le droit allemand, *Das Recht des schöpferischen Menschen*, précité, bibliographie, n° 417, p. 7 : « Ce n'est pas la masse qui invente, et ce n'est pas la majorité qui pense ou organise, c'est toujours, en son sein, l'individu. » H. Frank ajoute que « cela ne doit pourtant pas conduire à considérer la création individuelle sans rapport avec la communauté » (*ibidem*).

L'inventeur n'était donc pas seulement autorisé à exploiter, mais tenu de le faire au profit de celle-ci. Selon ce mouvement d'idées, la loi de 1877[695] avait le tort de permettre que le brevet fût transmis hors de la communauté nationale, dont il était pourtant le fruit ; sous l'empire de cette loi, l'inventeur qui se déclarait prêt à donner licence à tout autre citoyen payait en outre la même redevance annuelle que celui qui faisait un usage individualiste du droit que lui accordait la société[696]. Le bien public était donc insuffisamment pris en compte par la loi de 1870 : il fallait y remédier, et la loi sur les brevets de 1936 qui s'en chargea, formellement encore en vigueur aujourd'hui, sera étudiée au prochain chapitre[697].

307. Le projet de loi sur le droit d'auteur. Par ailleurs, un projet national-socialiste sur le droit d'auteur fut publié en 1934[698]. Alors que les deux lois passées en 1901 et 1907[699] déclaraient protéger l'auteur, le projet de 1934, en revanche, prenait les œuvres pour objet[700]. Le droit d'exploitation était totalement cessible[701] et extensible, la liste de prérogatives l'accompagnant n'étant qu'illustrative[702]. Le droit moral, par ailleurs, recevait une formulation légale[703]. Le projet imposait aux auteurs d'œuvres musicales une « licence obligatoire pour la fabrication de supports sonores »[704] : dès lors qu'ils en avaient permis la reproduction et la vente sur disques à un tiers, l'œuvre se trouvait offerte à la même licence à tout exploitant possédant établissement ou habitation dans le pays.

308. L'influence atténuée de l'idéologie national-socialiste. Tel fut le paradoxe du droit national-socialiste : l'idéologie y était omniprésente mais son effet était sensiblement atténué par les obligations issues de la convention de Berne, et la structure du droit demeurait donc

695 Voir *supra*, § 245.

696 Rapporté par W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht 1933-1945, Protokolle der Auschüsse*, tome 1: *Auschüsse für den gewerblichen Rechtsschutz, für Urheber- und Verlagsrecht sowie für Kartellrecht* (1934-1943), Peter Lang, Berlin, 1999, bibliographie, n° 418, p. XIV et s. Voir également W. Hoffmann, *Das Recht des Erfinders*, Moeser, Leipzig, 1936, bibliographie, n° 223.

697 Voir *infra*, § 384.

698 Projet de loi du ministère de la justice, 22 janvier 1934, reproduit par W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht…*, précité, bibliographie, n° 418, p. 534-555. Un projet privé fut également rédigé par Hoffmann, selon qui « le but de la loi sur le droit d'auteur est l'équilibre des intérêts de l'auteur en tant qu'individu, et de ceux de la communauté sur l'œuvre publiée » : W. Hoffmann, *Ein deutsches Urheberrechtsgesetz*, Bahlen, Berlin, 1933, bibliographie, n° 222, préface. Un projet de l'Académie du droit allemand les suivit en 1939, qu'en raison de son influence directe et déterminante sur les textes ultérieurs, nous traiterons au titre du droit positif (voir *infra*, § 339).

699 Voir *infra*, § 338.

700 « Les créations spirituelles individuelles (œuvres) (« *Eigentümlich geistige Schöpfungen (Werke)* »), dans le domaine de la littérature, des arts sonores et des arts visuels sont protégés par droit d'auteur » (§ 1).

701 « Les droits d'exploitation (« *Werknutzungsrechte* ») peuvent être transférés en tout ou partie (« *beschränkt oder unbeschränkt* ») » (§ 16).

702 « *Verwertungsrecht* » (§ 11).

703 « *Urheberpersönlichkeitsrecht* » (§ 10).

704 « *Zwangslizenz zur Herstellung von Schallvorrichtungen* » (§ 45).

similaire à celles des pays voisins[705]. Nous verrons plus bas que les lois sur les inventions et sur les marques[706], adoptées en 1936, sont d'ailleurs partiellement encore en vigueur.

C) Le droit de la République Démocratique d'Allemagne

309. Les lois de la RDA sur les biens intellectuels. Après la seconde guerre mondiale, le 7 octobre 1949, fut fondée dans la zone d'occupation soviétique de l'Allemagne vaincue la République Démocratique d'Allemagne (RDA), état dictatorial socialiste. Instrument de l'État dans l'organisation d'une société nouvelle[707], le droit se fondait sur une idéologie explicite et une parfaite cohérence doctrinale.

310. Le rejet de l'idée de propriété intellectuelle. Les lois de la RDA comprenaient chacune un préambule et, surtout, de nombreuses dispositions purement doctrinales intégrées au texte de la loi[708]. Les préambules exprimaient une conception instrumentale des droits intellectuels. Parmi ceux que nous avons consultés, nul ne mentionne l'idée de propriété issue du fait personnel de la création ; ils la récusaient plutôt :

> « La théorie de la propriété intellectuelle est l'expression concentrée de l'idéologie bourgeoise du droit d'auteur. »[709]

311. Le souci de l'intérêt commun. Les préambules développaient au contraire des arguments d'éducation populaire et d'élévation culturelle nationale[710], de stimulation de la science, d'accélération de la productivité[711]. Le souci de la diffusion maximale des biens intellectuels se manifestait à maintes occasions, notamment dans les objectifs du droit

---

705 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, précité, bibliographie, n° 217, p. 58. Le professeur Fechner déplore que « la mise en danger de la propriété intellectuelle malgré sa protection constitutionnelle fut particulièrement évidente sous le national-socialisme », tout en reconnaissant toutefois que « les projets législatifs des national-socialistes ne menèrent pas à des normes concrètes, car il ne s'agissait pas là d'un domaine prioritaire de la politique, et que les fins recherchées pouvaient être atteintes par d'autres moyens », notamment, hors du droit d'auteur, par des mécanismes de censure.

706 Voir *infra*, § 344.

707 H. Püschel, *Urheberrecht in der DDR*, Editions nationales de la RDA, Berlin, 1969, bibliographie, n° 279, p. 7 : « Le droit d'auteur de la RDA – en tant qu'élément du système juridique socialiste de celle-ci – traite d'un ensemble complexe de rapports sociaux, sur lesquels l'État, dans l'exercice de sa tâche d'organisation économique et d'éducation culturelle, doit influer par le biais du droit. »

708 Une pratique législative précisément déplorée, au sujet du projet de loi de 1936, par J. Escarra, F. Hepp et J. Rault, *La doctrine française du droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 188, p. 52.

709 H. Püschel, « *Die Ideologie des geistigen Eigentums und das sozialistische Urheberrecht der DDR* », *Staat und Recht*, 1967, cahier 10, p. 1589-1604, bibliographie, n° 352, à la p. 1589. H. Püschel, *Urheberrecht in der DDR*, précité, bibliographie, n° 279, p. 18 : « Il ne manqua pas, dans les sociétés bourgeoises, de tentatives de fonder le droit d'auteur – comme d'ailleurs le droit de propriété – en droit naturel, sur une idée juridique abstraite, détachée des conditions concrètes du développement historique. »

710 Préambule de la loi de 1965.

711 Préambules de l'ordonnance de 1974 et de la loi de 1984.

d'auteur[712] et ceux du brevet. La création des modèles industriels était si peu individualisée qu'ils étaient traités comme le produit du travail commun de leur auteur et de leur « établissement d'origine »[713]. La marque, quant à elle, était conçue comme une institution de police du commerce, puisque sa tâche était de responsabiliser son titulaire pour la qualité de ses produits[714], et qu'elle était donc obligatoire[715].

312. L'influence réelle de l'idéologie communiste. À la différence du régime national-socialiste, la RDA a eu le temps de réformer le droit intellectuel et de mettre en œuvre ses nouvelles conceptions. Les biens intellectuels furent traités comme des sources de valeur à exploiter de manière maximale, et leur caractère d'objet valorisable était accentué par la conception instrumentale du droit qui les régissait.

D) Le droit anglais

313. La stabilité du droit anglais. On ne remarque pas, en droit anglais des années 1930 et 1940, de réforme ou de courant politique ou doctrinal manifestant aussi clairement qu'en France et en Allemagne une conception instrumentale du droit intellectuel. En 1920 fut toutefois introduit le système des *Licences of rights*, par lequel un inventeur pouvait se déclarer prêt à accorder licence à tout demandeur, et voyait dans ce cas ses frais annuels réduits de moitié[716]. Les *committees* appointés en 1901 et 1931 traitèrent plutôt de questions telles que les pouvoirs du *Patent Office*, la compétence juridictionnelle, le coût des brevets, la portée de l'examen sommaire avant octroi du titre[717]… La loi des marques de 1938 ne semble pas en avoir été affectée non plus. Cette nonchalance est typique de la :

> « *peculiarly British practice of always advancing by making use of and building on past experience, through a progression of small steps rather than sudden drastic changes of principle* »[718].

---

712 Le préambule de la loi sur le droit d'auteur appelait à « l'appropriation (*Aneignung*) de l'art et du savoir par tous les citoyens ». Son § 1, dédié aux objectifs du droit, à « une large effectivité et une large utilisation » des œuvres (« *eine breite Wirkung und Nutzbarmachung* » ; de même, le § 21, sur le contenu du droit, et le § 36, sur les principes du droit contractuel) de toutes les sortes d'œuvres, qui d'ailleurs n'étaient protégées que sous une forme objectivement exploitable (§ 2), et parce qu'elles « servaient le progrès social, l'expansion des idées humanistes, et la garantie de la paix et de l'amitié des peuples » (§ 1).

713 La preuve de la protégeabilité incombait au deux, et le certificat délivré (sur lequel, voir section 2) portait mention des deux : § 4 et 13 de l'ordonnance de 1974.

714 Préambule de la loi de 1984.

715 § 3 et suivants de la loi de 1984.

716 *Patents and designs act* 1919 (A. A. Gomme, *Patents of invention*, Longmans et Green, Londres, New York, Toronto, 1946, bibliographie, n° 156, p. 42). On retrouve la disposition au § 35 du *Patents Act* de 1949, sur lequel, voir *infra*, § 321.

717 D'après le résumé qu'en fit le rapport du *Committee* Banks, *British patent system*, H.M.S.O., 1970, bibliographie, n° 420, p. 5-6.

718 A. A. Gomme, *Patents of invention*, précité, bibliographie, n° 156, p. 42.

314. Conclusion. Les conceptions instrumentales du droit intellectuel étaient toutes, bien qu'à des degrés divers, marquées par le collectivisme : l'origine communautaire des créations de l'esprit les vouait à la plus large diffusion nationale possible. La conception du socialisme français des années 1930, la conception nationale-socialiste et celle de la RDA se rejoignent donc sur un même objectif de diffusion maximale des biens intellectuels. Elles concentrèrent leurs effets sur les règles de cession et de distribution des biens intellectuels.

Mais la diffusion des biens n'est que l'aval du droit intellectuel : en amont se trouve l'acte créatif individuel. Or, tout en cherchant à faciliter la diffusion des biens intellectuels, le projet français de 1936 restait centré sur la prestation personnelle, et les projets national-socialistes laissaient intacte l'origine privée et individuelle des droits. À cet égard, le droit de la RDA fut le plus audacieux : la RDA, seule, inventa des structures réellement nouvelles, fondées sur l'idée de création collective.

Le cœur de toutes ces idéologies demeurait donc l'exploitation et le partage de la valeur intellectuelle et économique des biens intellectuels. C'était encore là, nous semble-t-il, une manière de souligner que les créations sont des biens et que le droit qui s'y attache, même s'il n'est ni privé, ni même individuel, a une nature réelle.

Conclusion du chapitre 1

315. Une réelle alternative : le personnalisme. Des trois alternatives proposées au modèle de la propriété privée, seule la conception personnaliste ouvre une voie réellement nouvelle. Les catégories dites *sui generis* et les conceptions socialistes demeurent structurées autour d'un bien valorisable, voire privativement réservable. Le personnalisme, au contraire, propose une compréhension non patrimoniale des créations intellectuelles ; mais, insistant sur le phénomène intime de la création, il ne peut prétendre s'appliquer pertinemment qu'aux œuvres des Beaux-Arts et ne concurrence donc la doctrine propriétaire que sur ce terrain.

La richesse politique et doctrinale du siècle put-elle imprégner le droit positif ?

Chapitre 2

-

La confirmation des traditions nationales en droit positif

316. Le droit positif. Le présent chapitre nous conduira *in fine* aux textes actuellement en vigueur en Allemagne, en Angleterre et en France. Il ne s'agit pas encore d'en faire une analyse technique – ce sera l'objet de la seconde partie de cette recherche – mais de rechercher s'ils suivirent les nouveaux chemins ouverts par la doctrine, s'ils conservèrent le modèle du droit réel ou s'ils s'en tinrent à la neutralité dogmatique.

L'opposition, de part et d'autre de la Manche, du Droit civil et de la *Common law* pourrait suggérer un clivage, sur cette question, entre droit anglais et droits continentaux. Le constat, fait au chapitre précédent, que les renouveaux politiques et doctrinaux eurent moins d'influence en Angleterre que sur le continent pourrait le corroborer.

C'est pourtant une autre ligne de séparation que suivit l'histoire du droit intellectuel, en réunissant l'Angleterre et la France dans une relative fidélité à leur tradition, et en lançant le droit allemand sur des voies nouvelles.

317. Plan. Les droits anglais et français conservèrent le modèle théorique de la propriété (section 1), et le droit allemand, où il n'avait jamais été réellement reçu, adopta de nouveaux schémas (section 2).

Section 1 : La continuité du modèle de la propriété en Angleterre et en France

318. Des traditions établies. Même si elle se constitua différemment dans les deux pays, on peut désormais parler, en droits anglais et français, d'une tradition juridique établie : à travers les réformes du XX^{ème} siècle, la Grande-Bretagne et la France conservèrent le modèle théorique de la propriété. Les problématiques demeurant propres à chaque pays, nous étudierons successivement le droit anglais (A) puis le droit français (B).

A) Le droit anglais

319. *Statute, common law* et propriété. Le droit anglais du XX^{ème} siècle confirma les orientations prises après la crise du siècle précédent, et acheva la réconciliation de l'idée de propriété et du *statute*. Bien que de plus en plus liés à ce dernier, les droits sur les biens intellectuels étaient bien des droits réels, des *property rights*. L'opposition disparut entre l'idée de propriété et l'acte statutaire, car ce dernier, originellement artificiel et spécial, devenait de plus en plus abstrait et général[719].

320. Le *Copyright.* Le *Copyright Act* de 1911[720] ferma enfin explicitement la porte à la *common law* et ne laissa subsister que la source statutaire du *copyright*, y compris avant la publication, en déclarant que nul ne pouvait prétendre jouir d'un *copyright*, avant ou après publication, en dehors de ses dispositions[721].

---

719 Dès 1925, la propriété immobilière elle-même, la plus traditionnelle, fut soumise aux régulations d'un *statute* : le *Settled Land Act*. S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade, The law of real property*, 7ème éd., Sweet and Maxwell, 2008, bibliographie, n° 131, § 1-014, p. 8, et § 1-001, p. 1 : bien que « *the origin of the law of real property is the origin of the common law itself* », « *the content of of the law of real property is increasingly statutory* ».

720 1 & 2 Georges 5, *chapter* 46. Reproduit et annoté par E. J. MacGillivray, *The Copyright Act, 1911, annotated*, Stevens and Sons, Londres, 1912, bibliographie, n° 248. Il satisfit enfin les réclamations de la commission de 1878 (*Parliamentary royal commission on copyright*, 1878, précité § 228) en codifiant la matière et en donnant du *copyright* une définition générique. Il fonctionnait toutefois encore par énumération des prérogatives : § 1, 2) du *Copyright Act* : « selon cet *Act*, « *copyright* » signifie le droit exclusif de fixer ou reproduire l'œuvre ou une part substantielle sous toute forme matérielle, d'exécuter, ou, dans le cas d'une conférence, de publier l'œuvre ou une part substantielle, si l'œuvre est inédite, de la publier… ». La liste continue sur plusieurs lignes. Commentaire de Mac Gillivray, *ibidem*, p. 12.

721 « Nul ne peut prétendre à un *copyright* (…) si ce n'est sous les prescriptions de cet *Act*, ou de tout autre acte statutaire en vigueur » (section 31). L'opposition du droit naturel commun de propriété et du monopole statutaire avait perdu de l'acuité qu'elle avait eue au XVIII^{ème} siècle (voir titre précédent) ; la section 31 de l'*Act* de 1911 n'empêchait pas d'écrire encore : « *Nothing can with greater propriety be called a man's property than the fruits of his brains* » (W. A. Copinger and F. E. Skone James, *The law of copyright*, 8ème éd., Sweet and Maxwell, 1948, bibliographie, n° 144, p. 3).

L'*Act* de 1956[722] donnait du droit une définition encore plus abstraite qu'en 1911 :

> « le droit exclusif (…) de faire, et d'autoriser des tiers à faire certains actes en rapport avec cette œuvre » .

La suite précisait, de façon apparemment tautologique, que les actes en question sont ceux désignés comme « actes restreints par *copyright* »[723]. L'*Act* continuait en outre à considérer que l'auteur était propriétaire du droit et non pas de l'œuvre[724].

321. Les *Patents.* Le *Patents Act (PA)* de 1907[725] perpétua la tradition anglaise[726] du droit des inventions en concevant l'octroi des brevets comme l'exercice d'une prérogative royale[727], et précisait même que rien, dans ses dispositions, ne pouvait être interprété de manière à affecter celle-ci ; la disposition était encore présente en 1949[728] . Les procédures d'octroi et de révocation étaient toutefois devenues si rigoureusement régulées qu'en réalité, cet *Act* accordait à l'inventeur un réel droit au brevet[729]. S'émancipant petit à petit de la prérogative royale pour être considéré comme un droit issu de l'acte d'invention, le brevet a donc suivi le chemin inverse de celui du *copyright*. Ce dernier est né en *common law*, droit général, avant d'être absorbé par le *statute*. Sa progression est en revanche comparable à celle du droit d'auteur français, lorsque les arrêts de 1777 consacrèrent avec la même ambiguïté un droit dû à l'auteur mais toujours formellement issu de la grâce royale.

Les *Patents Acts* de 1949[730] et 1977[731] eurent certes recours au lexique du droit des biens : le premier classa le brevet lui-même parmi les *choses in action*, objets de *personal*

---

722 4 & 5 Elizabeth 2, *chapter* 74. Edité par l'*OPSI*, bibliographie, n° 404.

723 Section 1, 1°.

724 Section 1, 2°. Et section 36 : « *Copyright shall be transmissible by assignement, by testamentary disposition, or by operation of law, as personal or moveable property*. »

725 7 Edward 7, *chapter* 29. Reproduit en commenté par H. F. Moulton, *The present law and practice relating to letters patent for inventions*, Butterworths, Londres, 1913, bibliographie, n° 162.

726 Voir notamment *supra*, § 260.

727 Section 97 du PA 1907. C. et Th. Terrell, *The law and practice related to letters patent for inventions*, précité, bibliographie, n° 166, 8ème éd., 1934, bibliographie, n° 165, p. 8-9 : « *It is the granting portion of the letters patent which creates the property in the monopoly rights, a species of property which is purely artificial in its nature », « accordingly a patentee's right is a chose in action*. »

728 Section 102 du *PA* 1949. Gomme rappelle, en 1946, que : « *all such grants have always been and still are personal and direct grants by the sovereign through the exercise of the Royal prerogative* » (A. A. Gomme, *Patents of invention*, précité, bibliographie, n° 156). On ne trouve plus la précision en 1977.

729 H. F. Moulton, *The present law and practice*…, précité, bibliographie, n° 162, p. 3 : « *Such grants were formerly mere voluntary exercises of the Royal Prerogative, und undoubtedly then no one had the right to the grant of a patent. The present Patent Act, like the Act of 1883, saves the prerogative of the Crown, but since a complete machinery is provided for the granting of patents, and the offices appointed by the Act are directed either expressly or by implication to carry out each step necessary for such grant, provided that the applicant has an invention and fulfilled the proper formalities, it may be said that Parliament has now given an inventor the right to a patent under certain conditions*. »

730 12, 13 & 14 Georges 6, *chapter* 87. Reproduit et commenté par l'Institut des agents de brevets (*Institute of patent agents*), *The patents acts 1949-1961*, Sweet and Maxwell, Londres, 1968, bibliographie, n° 292 et par Th. Terrell, *The law of patents*, 9ème éd. par K. E. Shelley, Sweet & Maxwell, 1951, bibliographie, n° 166.

property[732], puis le second introduisit une nuance sibylline en précisant que ce n'était pas une *chose in action*, mais qu'il était bien une *personal property*[733]. Ils appliquaient toutefois ce vocabulaire au brevet et non pas à l'invention : le brevet était un objet de propriété, mais il ne se constituait que d'une exclusivité accordée ou reconnue par la Couronne.

322. Les *Designs* et les marques. Le *Registered Designs Act (RDA)* de 1949[734] traitait en revanche clairement de *proprietorship of designs*[735]. De même, tous les *Trade Marks Acts (TMA)*, en 1905, 1919, puis 1938, concernaient les *proprietors of trade marks*[736]. En 1938, par ailleurs, la marque s'émancipa du fond de commerce et devint transmissible sans lui[737] ; cela acheva l'identification du signe en tant qu'entité juridique.

Le droit des marques fut ensuite réformé par le *Trademarks Act* de 1994 (*TMA* 1994[738]). Il y était déclaré que « la marque de commerce enregistrée est un droit de propriété acquis par enregistrement de la marque »[739], conférant « des droits exclusifs sur la marque »[740], qui devient, par l'enregistrement, une « propriété mobilière »[741].

323. Le *CDPA*. En 1988 fut adopté le *Copyright, Designs and Patents Act* (*CDPA*)[742], texte transversal[743] aux droits sur les œuvres, sur les modèles et sur les inventions. Plusieurs fois amendé, il est aujourd'hui toujours en vigueur.

Les premiers mots en sont que « le *copyright* est un droit de propriété »[744], alors que le *CPA* de 1956 ne parlait que de « droit exclusif ». La définition de son contenu n'en reste pas moins l'énumération des « actes restreints par le *copyright* »[745]. Le *design right* sur le dessin

---

731 1977 *chapter* 37. Reproduit et commenté par Th. Terrell, *Law of patents*, 13ème éd. par W. Aldous, Sweet & Maxwell, 1982, bibliographie, n° 167.

732 Section 54, 5° du PA 1949 : « *The rules of law applicable to the ownership and devolution of personal property generally shall apply in relation to patents as they apply in relation to other choses in action*. »

733 Section 30 du *PA* 1977 : « *Any patent or application for a patent is personal property (without being a thing in action).* » Nous dissiperons plus tard ce qui apparaît à beaucoup comme un paradoxe (*infra*, § 411).

734 12, 13, 14 Georges 6, *chapter* 88.

735 « *A registered design or an application for a registered design is personal property* » (section 2 du *RDA* 1949, actuellement encore en vigueur).

736 Par exemple, la section 7 du *TMA* de 1938, 1&2 Georges 6, *chapter* 22. Reproduit et annoté par F. E. Bray, F. G. Underhay, *The trade marks Act, 1938*, Sweet and Maxwell, 1938, bibliographie, n° 151.

737 Section 22, 1° du *TMA* de 1938 : « *Notwithstanding any rule of law or equity to the contrary, a registered trade mark shall be, and shall be deemed always to have been, assignable and transmissible either in connection to the good will of a business or not*. »

738 1994, *chapter* 26. Édité en ligne par l'*OPSI*, précité, bibliographie, n° 404.

739 Section 2. La formulation met les notions de marque et de droit à niveau égal.

740 Section 9.

741 « *Personal property* » : section 22. Voir également la section 24, sur la transmissibilité de la marque « comme toute autre propriété mobilière ».

742 1988, *chapter* 48. Édité en ligne par l'*OPSI*, précité, bibliographie, n° 404. Il abrogea le *Copyright Act* de 1956, et réforma le *Patents Act* de 1977 et le *Registered Designs Act* de 1949.

743 Le précédent texte de ce type était le *PDTA* de 1883, étudié *supra*, notamment § 235.

744 Section 1, 1°.

745 Section 2, 1 et 16. Le *CDPA* constituant le droit actuellement en vigueur, nous lui consacrerons des développements plus détaillés en seconde partie, ainsi qu'aux textes qui, depuis 1988, l'ont amendé.

ou modèle *original* est également défini comme un droit de propriété[746]. Tous ces textes précisent que les droits sont cessibles comme toute autre propriété mobilière[747].

324. Les manuels. Fidèles aux prescriptions de leur droit positif, la plupart des manuels anglais présentent les droits intellectuels comme des droits de propriété[748], surtout[749] le droit sur les œuvres[750] et le droit sur les marques[751]. Ils s'intitulent d'ailleurs bien souvent sans ambages « *intellectual property* »[752]. Seul le Professeur Cornish, plus circonspect, adopte l'expression par égard à la tradition et à l'usage international[753], avant de reconnaître qu'au surplus, tous ces droits « sont traités par une large analogie avec les droits de propriété sur les meubles tangibles »[754]. Il nous fait également remarquer comment l'expression d'« *intellectual property* », couramment raccourcie en ses simples initiales *IP*, éventuellement rallongée d'un *R* pour « *rights* », a évolué vers une dénomination usuelle et de peu de poids conceptuel[755].

325. La jurisprudence. Dans ce qu'un esprit nostalgique appellerait son chant du cygne, la Chambre des lords a jugé, parmi ses dernières décisions[756], que :

---

746 Section 213, 1°. Le *design* non enregistré reçut du *CDPA* un traitement spécial (partie 3), aux conditions de protection moins élevées, et de moindre durée que le dessin ou modèle *enregistré*, encore régi par le *RDA* de 1949, amendé par la partie 4 du *CDPA*.

747 Nous tenterons *infra* (§ 510 et s.) de discerner si l'objet de la cession, et donc de la propriété, est le bien intellectuel ou le droit portant sur lui. Contentons-nous pour l'instant de noter que le droit des biens meubles est applicable à la cession en matière intellectuelle, et que, pour certains, cela suffit pour en déduire que : « *thus, it seems clear that patents, trade marks, copyright, design rights and registered design rights are examples of personal property* », (M. Anderson, « *Applying traditional property laws to intellectual property transactions* », *EIPR* 1995, p. 236-241, bibliographie, n° 360, à la p. 237).

748 Par exemple: P. J. Groves, *Sourcebook on intellectual property law*, Cavendish, Londres, 1997, bibliographie, n° 140, p. 6 : « *Proprietary rights – The rights given by intellectual property are a type of property*. »

749 La nature du droit sur les inventions est équivoque, car liée à son octroi par la puissance publique.

750 G. Davies, K. Garnett, G. Harbottle, *Copinger and Skone James on copyright*, Sweet & Maxwell, 2005, bibliographie, n° 145, 1-03, p. 2 : « *Copyright is the term used in english-speaking countries to describe the bundle of rights that are granted by statute, for limited periods of time and subject to certain permitted exceptions, in respect of original literary, dramatic, musical or artistic works… These are proprietary rights.* »

751 J. Phillips, *Trade mark law, a practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, bibliographie, n° 164, § 15.02, p. 514 : « *It is generally accepted in national trade mark law, that registered trade marks, applications for registered trade marks, and, in common law jurisdictions, even unregistered trade marks are forms of property. Like land, cars, and lawnmowers they can be bought and sold, leased and hired.* »

752 David I. Bainbridge, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 134 ; W. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, pour ne citer que deux incontournables.

753 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *ibid*., § 1-01, p. 3 : « *The term scarcely describes trade marks and similar marketting devices ; but it has now acquired international acceptance*. »

754 « *… all are dealt with by broad analogy to property rights in tangible movables* » (*ibidem*).

755 « *« IP » or « IPR » is indeed becoming a fashionable description (…). The abreviations (…) help to deflate the grandiloquence inherent in « intellectual property »* » (*ibidem*).

756 La Chambre des Lords siégeait pour la dernière fois, en tant que juridiction, le 30 juillet 2009 ; elle est remplacée, depuis le 1er octobre, par la Cour suprême du Royaume-Uni (*Supreme Court of the United Kingdom*). Chambre des lords, *Judicial business* (publications des décisions judiciaires rendues par la Chambre entre le 14 novembre 1996 et le 30 juillet 2009) : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm>, bibliographie, n° 406.

« *There is no concept in our law that is more absolute than a right of property. Where it exists, it is for the owner to exercise it as he pleases. He does not need the permission of the court, nor is it subject to the exercise of the court's discretion. The benefits that flow from intellectual property are the product of this concept.* »[757]

326. La qualification de propriété du droit intellectuel anglais. Les droits anglais sur les biens intellectuels sont désignés et pensés comme des droits de propriété. Le constat doit néanmoins être nuancé : d'une part, la tradition détermine une grande part de cette constance et, d'autre part, l'expression est à entendre plus souplement que dans les droits continentaux[758]. La qualification de droit de propriété n'empêche donc pas que les prérogatives soit limitativement énumérées, ou que l'origine du droit réside encore, même symboliquement, dans l'octroi royal. Enfin, l'objet du droit de propriété demeure lui-même mal identifié : il s'agit tantôt de la création, tantôt – plus souvent – sur le droit qui s'y attache, dont la nature demeure indéterminée.

B) Le droit français

327. Le droit français, au XX[ème] siècle, poursuivit de plus en plus résolument la voie prise à la fin du XVIII[ème] : celle de la propriété intellectuelle.

328. Le droit d'auteur. Le texte principal du droit d'auteur français, avant la loi de codification de 1992, fut la *loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*[759], dont le titre annonçait déjà la position dogmatique, confirmée par son article premier :

« 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. »[760]

L'objet du droit est ici directement la création. Cette loi confirma qu'en droit français, la propriété est aussi personnaliste et non pas purement patrimoniale : « c'est la personnalité de l'auteur qui est considérée comme génératrice du droit »[761].

---

757 Lord Hope of Craighead, 30 juillet 2009, *Fisher (Original Respondent and Cross-appellant) v Brooker and others (Original Appellants and Cross-respondents)*, [2009] UKHL 41, bibliographie, n° 469, § 8, décision consultable sur le site du Parlement anglais, à la page des publications : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm>.

758 Voir *infra*, § 614.

759 Loi 57-298, *Journal officiel* du 14 mars 1957, p. 2723. Pour un exposé des travaux préparatoires de la loi, voir J. Vilbois, « Historique », précité, bibliographie, n° 262, p. 29-71.

760 F. Hepp, « Le droit d'auteur, « propriété incorporelle » ? », *RIDA* avril 1958, *Numéro consacré à la loi française du 11 mars 1957*, XIX, avril 1958, p. 161-191, bibliographie, n° 257, p. 179 et 191 : « C'est pour couvrir ces biens immatériels que la doctrine moderne admet l'existence, à côté de la propriété mobilière ou immobilière, d'une « propriété incorporelle » dans le cadre de laquelle, notamment, ils classent expressément la propriété des brevets, la propriété littéraire et artistique et même celle des marques de fabrique et des offices ministériels », « c'est un droit réel à opposabilité absolue qui appartient à la catégorie des droits de propriété incorporelle. »

329. Le droit des brevets. Le droit des brevets fut réformé par la loi du 2 janvier 1968[762], qui déclarait que « toute invention p[ouvai]t faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui conf[érait] à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation »[763] ; il semble que l'invention soit l'objet du titre. Elle traitait toutefois également le brevet lui-même, et non pas l'invention, comme l'objet de la propriété[764]. Elle régulait le rejet des demandes manifestement irrégulières ou illicites, sans permettre de réel examen de l'invention elle-même[765], perpétuant en cela la tradition française, mais définissait le « droit exclusif » de manière énumérative, et non pas par référence à un concept synthétique tel que le droit de propriété[766].

330. Le droit des marques. La loi du 31 décembre 1964 *sur les marques de fabrique, de commerce ou de service*[767] traitait « de la propriété des marques »[768]. Le fait générateur de la protection était désormais le dépôt, ce qui la rendait tributaire de la puissance publique ; ce n'était plus l'association du signe et des produits accomplie par le titulaire, acte intellectuel individuel, fait juridique[769]. L'enregistrement n'est toutefois que la reconnaissance du droit de propriété, certes nécessaire à son effet juridique, mais symboliquement non nécessaire à son existence.

331. La codification de 1992. Le Code de la propriété intellectuelle que nous consultons actuellement fut l'œuvre d'une loi de 1992[770], qui a procédé à droit constant : elle ne fit en principe qu'œuvre de codification et non pas de législation[771]. Le Code regroupe le droit de tous les biens intellectuels, sous le titre désormais officiel de « propriété intellectuelle », concept générique. Le Code reprend textuellement le premier article de la loi de 1957 pour le

---

761 M. Boutet, « Considérations générales », *RIDA* avril 1958, *Numéro spécial consacré à la loi française du 11 mars 1957*, XIX, avril 1958, p. 161-191, bibliographie, n° 254, p. 19. Le droit moral, jusque-là fondé sur la seule jurisprudence, y trouva sa consécration légale.

762 Loi 68-1, *Journal officiel* du 3 janvier 1968, p. 13.

763 Article 1.

764 Article 2, sur la revendication de la demande ou du titre par l'inventeur lésé.

765 Article 16.

766 Article 29.

767 Loi 64-1360, *Journal Officiel* du 1 janvier 1965, p. 3.

768 Intitulé de son titre premier.

769 Article 4. La loi de 1857 adhérait au principe du dépôt déclaratoire, et non pas attributif de propriété.

770 Loi 92-597 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle, *Journal officiel* du 3 juillet 1992, p. 8801.

771 A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, p. 15.

droit d'auteur[772] et celui de la loi de 1968 pour les brevets[773]. Pour les marques, il reprend le principe de la loi de 1964 dans les termes modifiés par la loi de 1991[774].

332. Le droit des dessins et modèles. Le droit des dessins et modèles actuel est issu d'une ordonnance de 2001[775], insérée au Code de la propriété intellectuelle. Elle ne qualifie le droit que de « protection » et le fait naître de l'enregistrement plutôt que de l'acte créateur[776]. En revanche, lorsqu'il s'agit de lutter contre les enregistrements frauduleux, apparaît l'idée de propriété du dessin ou du modèle[777] et non pas, comme en matière d'invention, celle du titre ou de la demande. Il nous semble devoir élucider cette contradiction par référence à la tradition française du droit des dessins et modèles, qui les a conçus comme des objets de propriété avant même les œuvres et les inventions[778].

333. La jurisprudence civile. La qualification propriétaire du droit d'auteur en jurisprudence date de la fin du XIX^{ème} siècle[779]. Elle fut remise en concurrence, en 1936, avec la qualification personnaliste, mais réaffirmée en 1950[780].

Plus récemment, en 2003, la Cour de cassation rappela à la fois la nature propriétaire du droit d'auteur et la complétude de son régime spécial :

> « le monopole de l'auteur est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne morale ou physique au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur »[781] .

La jurisprudence de la Cour de cassation semble donc bien établie : les droits sur les biens intellectuels sont des droits de propriété, soumis à des régimes propres, et bénéficiant, en tant qu'émanations du concept général de propriété, de la protection constitutionnelle et internationale[782].

---

772 Livre I, article L. 111-1.

773 Livre VI, article L. 611-1.

774 « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. La marque peut être acquise en copropriété » (loi 91-7, *Journal officiel* du 6 janvier 1991, p. 316). Actuellement article L. 712-1 du CPI.

775 Ordonnance 2001-670, *Journal officiel* du 28 juillet 2001, abrogeant les dispositions du Code de 1992, qui reprenaient directement celles de la loi de 1909.

776 « Peut être protégée à titre de dessin ou modèle… » (article L. 511-1). « La protection du dessin ou modèle conférée par les dispositions du présent livre s'acquiert par l'enregistrement » (L. 511-9).

777 « Si un dessin ou modèle a été déposé en fraude des droits d'un tiers ou en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur le dessin ou modèle peut en revendiquer en justice la propriété » (L. 511-10).

778 Voir *supra*, § 119.

779 Arrêts de 1880 et 1902, rendus dans les affaires dites Masson et Lecoq, voir § 257.

780 Jugement du tribunal de la Seine du 1er avril 1936 et arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1945 rendus dans l'affaire dite *Canal*, précité, bibliographie, n° 428.

781 Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2003, affaire dite Utrillo, *CCE* 2004, comm. 2 et *D.* 2004, jur. p. 200, bibliographie, n° 439.

782 Cass. civ. 1ère, 2 octobre 2007, *JCP* G, n°26, 25 juin 2008, I 158 ; *Légipresse* 2008, n°250, III, p.61 et *CCE* 2008, Comm. 2 et Étude 3, bibliographie, n° 443 : « Attendu que le droit à l'information du public, consacré à l'article 10 de la CEDH, trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés ; qu'il

334. La jurisprudence constitutionnelle. Le constituant français n'a jamais pris position sur la nature et la protection des droits intellectuels. Depuis la Déclaration des droits de l'homme, en 1789, jusqu'à la Constitution de 1958, la propriété intellectuelle est absente des textes constitutionnels.

L'opinion dominante est toutefois que les biens intellectuels relèvent du droit fondamental de propriété et sont protégés comme tels par l'article 17 de la Déclaration de 1789[783]. La conception constitutionnelle de la propriété est moins souple qu'en droit allemand, où elle recouvre tous les droits patrimoniaux. Le Conseil dépeignit ainsi son évolution moderne :

> « (…) postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux… »[784].

Parmi ces « domaines individuels nouveaux » se présenta tout d'abord le droit sur la marque, en 1991[785], puis, plus généralement, les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins, en 2006[786].

335. Les manuels. Malgré le caractère affirmatif de la loi, les manuels français se montrent plus circonspects que les manuels anglais. La qualification de propriété intellectuelle n'est accordée que sous restrictions. L'immatérialité de l'objet, la médiateté du droit portant

---

en est ainsi des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1 du protocole additionnel n°1 à la CEDH ».

783 « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

784 Considérant 16 de la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation ; M. de Villiers, « Du principe des nationalisations, contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste », *Revue administrative*, 1982, p. 153 ; L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *Revue du droit public*, 1982, p. 377-433, spéc. p. 406, bibliographie, n° 446.

785 Considérant 7 de la décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 sur la Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, L. Favoreu, *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, p. 293, bibliographie, n° 449. Ajoutant que « l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général » (considérant 8), le Conseil a jugé que les restrictions imposées à l'exercice de la propriété des marques de tabac trouvaient leur origine dans le principe, lui-même constitutionnel, de protection de la santé publique, et qu'elles n'affectaient pas le droit dans son existence (considérants 8-11).

786 Considérant 15 de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (*Journal officiel* du 3 août 2006, p. 11 541 ; V.-L. Bénabou, « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *Propriétés intellectuelles*, 2006, n° 20, p. 240-243 ; Th. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTDCiv*. 2006, p. 791 ; M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propriétés intellectuelles* avril 2007, p. 193-201 ; bibliographie, n° 452). Le Conseil en tira la conclusion que la communication forcée d'informations sur des mesures techniques de protection, essentielles à l'interopérabilité des biens y étant soumis, devra entraîner leur indemnisation pour expropriation selon l'article 17 de la Déclaration de 1789 (considérant 41). Plus indirectement, il en déduisit également que les titulaires de droit d'auteur pouvait empêcher toute copie privée de l'œuvre y étant soumise (considérant 37).

dessus, sa durée temporaire etc. n'invalident pas la qualification propriétaire, mais la nuancent considérablement[787]. « Intellectuelle », selon la majeure partie des auteurs français, n'est pas seulement un qualificatif ou une précision : c'est une restriction. *Propriété*, certes, mais *intellectuelle*. Conforme à la tradition française de la propriété intellectuelle, cette idée se lisait déjà dans la tirade de Le Chapelier[788], chez les auteurs de la doctrine défensive du XIX^{ème} siècle, et se perpétue dans la doctrine majoritaire actuelle. C'est ainsi compris que le mot « propriété » apparaît au titre de maints ouvrages[789].

336. Conclusion. De façon assez surprenante, l'Angleterre, pays de *common law*, et la France, pays de droit civil, se retrouvent dans des conceptions du droit intellectuel fondées sur une analogie avec les propriétés foncières et mobilières, sur une filiation explicite avec le droit de propriété. Il apparaît toutefois, que dans aucun des deux pays qui lui sont fidèles, la conception propriétaire des droits intellectuels ne produise la totale identification à la propriété foncière ou mobilière et n'aie les effets radicaux que craignaient ses détracteurs du XIX^{ème} siècle.

Le droit allemand, en revanche, suivit de nouvelles voies.

---

787 A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, § 17, p. 17-18 : « Il faut bien, pour s'y retrouver, forcer le trait, et se résoudre à déformer une réalité complexe. On peut alors avancer que le droit en cause (…) est un droit exclusif, qui présente des traits communs avec la propriété, sauf à préciser que c'est une propriété intellectuelle… » Le professeur Gautier, de son côté, reconnaît que la théorie de la propriété intellectuelle est « séduisante, à bien des égards », mais lui reproche son incapacité à rendre compte de « l'*autre* aspect du droit » : le droit moral (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6ème éd., PUF, 2007, bibliographie, n° 36, p. 31). Selon le professeur Passa, les droits de propriété industrielle sont « des droits réels plutôt que des droits de clientèle » (J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2006, bibliographie, n° 56, p. 10). L'auteur constate que « la qualification de propriété est aujourd'hui très largement reconnue et adoptée dans les textes », et que « cette propriété ressemble fort fort à celle du Code civil » (p. 12). « Cela étant, la propriété industrielle est tout de même une forme particulière de propriété » (p. 13). Selon le professeur Galloux, « la propriété industrielle est une forme de propriété, organisée par l'État, qui porte sur des informations à caractère technique ou des signes à vocation distinctives » (J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2ème éd., 2003, bibliographie, n° 50, p. 12, n° 24). Pour le professeur Tafforeau, enfin, il faut admettre « que les *droits de propriété intellectuelle* sont bien nommés et qu'ils *constituent de véritables propriétés incorporelles* » (italiques mises par l'auteur lui-même) (P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., 2007, Gualino, bibliographie, n° 28, § 36, p. 48).

788 Voir *supra*, § 196.

789 A. Chavanne, J.-J. Burst, Ch. Galloux, J. Azéma, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2006, bibliographie, n° 46 ; A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, bibliographie, n° 27 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 36 ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 39 ; P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., 2007, Gualino, bibliographie, n° 28.

Section 2 : La variété des modèles allemands

337. De nouveaux modèles. Le droit allemand du XX[ème] siècle confirma son éloignement à l'égard de l'idée de propriété et mit en œuvre les découvertes doctrinales du début du siècle. Le droit d'auteur se rattacha aux droits de la personnalité (A) et les droits sur les biens industriels, à la théorie des « biens immatériels » (*Immaterialgüterrechte*) (B). L'ensemble de la matière est en général désigné par l'expression énumérative « droit d'auteur et droits industriels ». Il faut toutefois constater la réapparition du concept de propriété intellectuelle en droit constitutionnel et dans les lois transversales de la dernière décennie du siècle (C).

A) Le personnalisme du droit d'auteur allemand

338. Les lois du début du siècle. La loi sur le droit d'auteur de 1870 fut partiellement abrogée par la loi de 1901 sur les œuvres de littérature et de musique[790], puis par celle de 1907 sur les œuvres des arts figuratifs et de la photographie[791], qui perpétuaient sa logique de droit particulier sans référence au concept général de propriété et gardaient même plutôt « un silence judicieux sur les théories différentes du droit d'auteur et sur la construction juridique de ce droit »[792]. Il fut d'ailleurs jugé en 1926, par le plus haut tribunal du *Reich*, que les droits d'auteur n'existaient que ponctuellement, dans la mesure où la loi les reconnaissait, et ne découlaient d'aucun principe général[793].

339. Le projet de 1939. L'*Akademie für deutsches Recht*[794] présenta un projet de réforme du droit d'auteur, en 1939, visant à le moderniser[795] tout en préservant la source créatrice : la personnalité de l'auteur. Le principe personnaliste y était beaucoup plus présent

---

790 *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst* (*LUG*), 19 juin 1901, *GRUR* 1901, p. 201. Traduction française dans *DA* 1901, p. 97 et s.

791 *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie* (*KUG*), du 9 janvier 1907, *GRUR* 1907, p. 228. Traduction française dans *DA* 1907, p.17 et s.

792 S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 332 et s. L'auteur estime néanmoins que le monisme personnalisme semble le mieux refléter la conviction du législateur.

793 *Reichsgericht* (*RG*), 12 mai 1926, cité par O. von Gamm, « *Zur Lehre vom geistigen Eigentum* », *UFITA* n° 94, 1982, p.73-78, bibliographie, n° 339, à la p. 75 : « la tentative d'appuyer la requête sur un droit d'auteur général et compréhensif sera écartée, car le droit en vigueur ne connaît pas de telle protection générale de la propriété intellectuelle. La *LUG* ne promet de protection aux auteurs que « dans la mesure prévue par la présente loi », c'est-à-dire seulement dans la mesure où elle énumère une par une ses prérogatives ». L'exposé des motifs de la loi s'est lui-même prononcé contre une telle protection générale au motif qu'aucun besoin ne s'en présentait.

794 Précitée § 305.

795 Extension du droit d'exploitation en fonction des progrès techniques, droits des fabricants de disques et des sociétés productrices d'émissions radiophoniques sur leurs prestations.

que dans le projet de 1934 : les œuvres protégées étaient celles qui portaient l'empreinte personnelle du créateur[796]. « Le droit d'auteur rassembl[ait] la protection de l'auteur dans ses relations personnelles à l'œuvre (droit moral) et l'exploitation de l'œuvre dans sa forme originelle ou modifiée »[797]. Il contenait un noyau inaliénable de droits de la personnalité[798]. Seules étaient possibles des licences et non pas des cessions[799]. Le projet ne fut pas retenu mais beaucoup de ses dispositions furent reprises par un projet gouvernemental de 1954 et par la loi de 1965 : entre ces trois textes se laisse observer une continuité certaine[800].

340. La résurgence du modèle propriétaire de droit naturel. On assista plus tard, après la seconde guerre mondiale, au moment des discussions du projet gouvernemental de réforme de 1954[801], à une résurgence de l'argument de la propriété de droit naturel[802]. L'instrumentalisation du droit sous le régime nazi n'y était pas étrangère[803]. La tendance du premier projet gouvernemental à éclater le droit en prérogatives parcellaires et à lui opposer de larges et nombreuses exceptions, non plus[804]. Nous avons vu comment Runge et Ulmer réhabilitaient la dimension réelle du droit d'auteur face à sa conception purement personnaliste[805] : la tendance se manifesta plus clairement encore chez Hubmann, qui remit en exergue « le principe supérieur du *suum cuique* » et le droit naturel[806]. Mais à part ce

796 § 1 : « *Werke, die Schöpfungen eigenpersönlicher Prägung sind* ».

797 § 10 : « *Das Urheberrecht umfaßt den Schutz des Urhebers in seinen persönlichen beziehungen zu dem Werk (Urheberehre) und die verwertung des Werkes in der ursprunglichen oder einen abgeänderten Form.* »

798 W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht…*, précité, bibliographie, n° 418, p. XXXVIII et s.

799 § 17 : « *Werknutzungsbewilligung und Werknutzungsrecht* ».

800 S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 456 et s.

801 Sur lequel, voir S. Strömholm, *ibidem*, p. 462 et s. H. Hubmann, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, De Gruyter, Berlin, 1954, bibliographie, n° 91, p. 5 : les lois en vigueur de 1901 et 1907 étaient considérés comme très insatisfaisantes.

802 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, précité, bibliographie, n° 217, p. 62 : « La propriété intellectuelle, après la guerre, a vite regagné en considération en tant que concept et en tant que soutien à la protection des prérogatives d'auteur contre les tendances positivistes ». L'ouvrage de Hubmann est un long plaidoyer en faveur d'une propriété intellectuelle de droit naturel (H. Hubmann, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, précité, bibliographie, n° 91). En 1954 parut un recueil de courts articles engagés en faveur de la réforme du droit d'auteur dans une optique de propriété (H. Lehmann, *Urheberrechtsreform, ein Gebot der Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, 1954, bibliographie, n° 274). Roeber explique que, sous la même dénomination, c'est une « idée régénérée » (« *neubelebte Idee* ») de propriété intellectuelle qui se ravive dans les années 1950, déchargée de la tendance illusoire à l'assimilation totale avec la propriété matérielle, et tenant compte de la dimension personnelle du droit d'auteur (G. Roeber, « *Urheberrecht oder geistiges Eigentum* », précité, bibliographie, n° 355).

803 H. Hubmann, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, précité, bibliographie, n° 91, p. 5-6.

804 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, précité, bibliographie, n° 217, p. 62-63.

805 Voir *supra*, § 293.

806 H. Hubmann, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, précité, bibliographie, n° 91, p. 5 et s. À l'objection fondée sur l'incorporalité de l'œuvre, il répondait : « une telle limitation au corps, dans lequel s'exprime l'esprit, n'est-elle pas le signe d'une capitulation devant le problème du spirituel lui-même, ne signifie-t-elle pas que notre droit évolue encore dans les débuts de l'évolution juridique… ? » (p. 9). Le droit sur le produit de son propre travail est naturel, et le législateur ne peut lui imposer de limites que dans le respect

resurgissement de la propriété après la guerre, « la doctrine allemande a repris l'analyse du droit d'auteur et du droit moral sans rompre avec l'évolution d'avant-guerre »[807].

341. La loi de 1965. En 1965 fut adoptée en République fédérale d'Allemagne (RFA) la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins*[808] actuellement en vigueur, dernièrement amendée en 2008[809]. Elle systématisa les principes des lois précédentes et consacra le traitement jurisprudentiel des nouveaux modes d'exploitation. En se déclarant protéger l'auteur[810] dans ses relations spirituelles et personnelles avec son œuvre principalement et, incidemment, dans ses intérêts patrimoniaux[811], elle confirma la tradition personnaliste allemande et consolida la conception synthétique du droit[812].

342. Le droit d'auteur en RDA. En RDA, le droit d'auteur avait suivi sa propre évolution depuis la fin de la guerre. Il était conçu comme un « droit socialiste de la personnalité »[813], exclusif, incessible. Seules ses prérogatives patrimoniales étaient transmissibles ; le revenu qu'en tirait l'auteur était vu comme la rémunération d'une prestation et non pas comme la contrepartie de la cession d'un droit réel[814]. Parmi les exceptions au droit, l'une permettait l'utilisation d'une œuvre à la création d'une œuvre dérivée[815]. Deux licences légales permettaient : l'une, la reproduction et la diffusion de toute œuvre sans le consentement de son auteur et sans le rémunérer quand le but poursuivi était d'information publique et l'autre, la diffusion par télévision et radiophonie, sans consentement mais avec rémunération[816].

---

d' « un ordre naturel, préexistant, qui n'est pas l'œuvre de l'homme, mais qui nous a été donné par le Créateur comme la loi fondamentale de la vie commune » (p. 57).

807 S. Strömholm, *Le droit moral…*, précité, bibliographie, n° 210, p. 481.

808 *Gesetz über Urheberecht und verwandte Schutzrechte*, 9 septembre 1965, *Bundesgesetzblatt* (*BGBl*), 1965, p. 1273.

809 *Sechste Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, 7 décembre 2008, *Bundesgesetzblatt* (*BGBl*), 2008, p. 2349.

810 § 1.

811 « Le droit d'auteur protège l'auteur dans ses relations spirituelles et personnelles avec son œuvre et dans l'exploitation de celle-ci. Il permet également de lui garantir une rémunération appropriée pour son exploitation » (§ 11). W. Nordemann, K. Vinck, P. Hertin, *Urheberrecht*, Kohlhammer, 1994, bibliographie, n° 94, p. 44 : de cet article, il résulte que « les droits de la personnalité ont toujours la priorité ».

812 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, précité, bibliographie, n° 217, p. 63 : le droit d'auteur « était conçu comme un droit global et absolu, qui réserve à l'auteur toutes formes d'exploitations actuelles et pouvant se dégager à l'avenir et le protège également, en général, dans ses intérêts personnels sur l'œuvre ».

813 § 13 : « *Ein sozialistisches Persönlichkeitsrecht* ».

814 § 19, 2° de la loi de 1965 : « Pour la cession de ses prérogatives, l'auteur a droit, en vertu du principe socialiste de la prestation, à une rémunération ».

815 § 22 de la loi de 1965 : « La libre utilisation d'une œuvre est permise, quand il en résulte, à travers une prestation intellectuelle individuelle, une œuvre nouvelle. »

816 § 32 de la loi de 1965.

Cette conception fut abolie en 1990, en même temps que le régime qui l'avait mise en œuvre et le droit d'auteur allemand se réunifia sous la loi de 1965 de la RFA, perpétuant le schéma doctrinal du monisme à l'allemande[817] sous la simple dénomination de « droit d'auteur et droits voisins » (« *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* »).

B) L'évolution du droit des biens industriels allemands

343. Les *Immaterialgüterrechte.* Le droit allemand du XX[ème] siècle poursuivit l'orientation prise dès les lois impériales des années 1870, établissant sur les biens industriels des droits sans modèle dogmatique, mais correspondant de fait à la théorie des *Immaterialgüterrechte*, droits réels spéciaux sur des biens immatériels. Le mot désigne parfois aussi l'ensemble de la matière[818]. Leur dénomination la plus usuelle est devenue « droits industriels » (« *gewerblicher Rechtschutze* »), à laquelle on accole en général, pour couvrir l'ensemble du droit intellectuel, *Urheberrecht*.

344. Le droit de l'Académie du droit allemand. Le 5 mai 1936 furent adoptées une loi sur les brevets (*Patentgesetz*[819]) et une loi sur les marques (*Warenzeichengesetz*[820]). Toutes deux avaient été préparées par l'Académie de droit allemand, institution du Troisième *Reich*, et devaient mettre en œuvre les principes national-socialistes dans le domaine intellectuel. Ces lois et projets reprenaient toutefois en grande partie les propositions des décennies précédentes ainsi que les résultats obtenus en droit international[821]. Hormis un caractère social marqué, elles n'étaient donc pas réellement des produits du Troisième *Reich*[822]. L'une des principales innovations, en droit des brevets, fut le passage du principe du premier déposant à celui de l'inventeur, prenant enfin acte de l'activité inventive individuelle. Conformément aux

---

817 Voir *supra*, § 293.

818 F. C. Beier et A. Heinemann, *Patent- und Musterrecht*, précité, bibliographie, n° 101, p. XII : « L'ascendant le plus important, et qui se fait encore sentir aujourd'hui, fut celui de Josef Kohler, dont la théorie des *Immaterialgüterrechte*, développée à partir de la théorie française de la propriété intellectuelle, s'imposa face à la conception personnaliste de Gierke et eut en Allemagne une fructueuse influence. » On voit confimées la prépondérance du modèle de Kohler et sa parenté avec celui de la propriété intellectuelle. Voir O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1[er] tome : *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, 1895 ; titre 3 du chapitre 4 (« *Urheberrechte* ») réédité par *UFITA*, n° 125, 1994, p. 103 et s., bibliographie, n° 69.

819 *GRUR* 1936, p. 391. Elle est toujours en vigueur, dans la version actualisée en 1980.

820 *GRUR* 1936, p. 408.

821 W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht*…, précité, bibliographie, n° 418, p. XVIII : quant aux brevets, « l'agitation rhétorique [du ministre et des commentateurs] ne doit pas dissimuler que, d'une part, d'importantes mesures que Waldmann avaient formulées selon les principes national-socialistes n'ont pas été retenues, et que, d'autre part, la plupart des nouvelles mesures étaient issues des discussions de la fin de la République de Weimar et des progrès du droit international ». Pour les marques : *ibidem*, p. XXIX ; et K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts*…, précité, bibliographie, n° 234, p. 113.

822 W. Bernhardt et R. Kraßer, *Patentrecht*, précité, bibliographie, n° 102, p. 66 (« *Kein Werk des dritten Reichs* »). La loi de 1936 sur les brevets, bien qu'amendée, est toujours en vigueur aujourd'hui, la loi sur les marques le resta jusqu'en 1994, et la proposition concernant le droit d'auteur inspira les réformes suivantes.

principes instrumentalistes, on note une plus forte soumission du brevet au bien commun : l'expression de droit exclusif n'apparaît toujours pas[823] et la paralysie du droit en vue du bien commun est permise en termes élargis[824].

Quant au droit des marques, la loi de 1936 prit acte de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence : alors qu'en 1894, les avis étaient encore partagés, les marques étaient, en 1936, généralement conçues comme des *Immaterialgüterrechte*, et la loi suivit ce modèle[825].

Un projet de réforme du droit des dessins et modèles fut élaboré par la même académie, contenant pour la première fois une définition conceptuelle de ses objets les rattachant aux biens industriels et effaçant de la loi de terme d'auteur[826]. Il n'aboutit pas et le droit des dessins et modèles resta donc en l'état de la loi de 1876 jusqu'à la réforme de 1986.

345. Le droit en RDA. Entre 1949 et 1991 fut adopté en République Démocratique d'Allemagne (RDA) un ensemble de textes fondés sur l'idéologie socialiste[827]. En 1990, au moment de la chute du régime[828], étaient en vigueur pour l'essentiel de notre matière : la loi du 13 septembre 1965[829] en droit d'auteur, l'ordonnance du 17 janvier 1974[830] en droit des dessins et modèles, la loi du 13 octobre 1983[831] en droit des brevets et la loi du 30 novembre 1984[832] en droit des marques.

Les auteurs de dessins et modèles et les inventeurs avaient le choix entre une « reconnaissance morale et matérielle »[833] et un droit exclusif[834] tel qu'en droits français et

---

823 Elle était déjà absente en 1877. Dans la loi de 1936, on lit que « seul le titulaire est autorisé… » (§ 6), soulignant plutôt l'idée d'octroi du droit par l'État (W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht*…, précité, bibliographie, n° 418, p. XVIII et s.).

824 W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht*…, précité, bibliographie, n° 418, p. XVIII et s. Comparer le § 5 de la loi de 1877 et le § 6 de la loi de 1936.

825 K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts*…, précité, bibliographie, n° 234, p. 98 : la théorie de la personnalité avait été expressément écartée par un arrêt rendu par le *Reichsgericht* (*RG*) le 20 septembre 1927.

826 W. Schubert, *Akademie f¨£ur deutsches Recht.*…, précité, bibliographie, n° 418, p. XXVI et s.

827 Les principes directeurs en ont été vus au chapitre précédent, § 309 et s.

828 La RDA dura du 7 octobre 1949, au lendemain de la seconde guerre mondiale, au 3 octobre 1990, jour de la réunification allemande.

829 *Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik*, du 13 septembre 1965, partie 1, n° 14, p. 209-220.

830 Blatt für Patent-, Muster-, und Zeichenwesen, 1974, cahier 9, p. 269-274.

831 *Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik*, 2 novembre 1983, partie 1, n° 29, p. 284-288.

832 *Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik*, 10 décembre 1984, partie 1, n° 33, p. 397-402.

833 Une « *moralische Würdigung und materielle Anerkennung* », issue respectivement du certificat d'auteur (*Urheberschein*, § 6 et s. de l'ordonnance de 1974, spéc. § 13) de dessin ou modèle et du brevet économique (*Wirtschaftspatent*, § 8 et s. de la loi de 1983, spéc. § 10) sur une invention. Dans ces deux cas, l'État et tous les établissements (modèles) ou l'État et les établissements socialistes (inventions) avaient le droit d'exploiter le bien contre rémunération de son créateur. Les exploitants privés ne pouvaient utiliser l'invention déposée sous *Wirtschaftspatent* qu'avec le consentement de leur auteur (§ 10). Les tarifs d'enregistrement d'un tel brevet étaient ajournés ou annulés (§ 24).

834 Issu respectivement du brevet sur modèles industriels (*Patent für industrielle Muster*, § 19 et s. de l'ordonnance de 1974, spéc. § 20) et du brevet d'invention exclusif (*Auschließungspatent*, § 8 et s. de la loi de 1983, spéc. § 11).

anglais. La marque était à la fois obligatoire[835] et protégée par un droit exclusif cessible[836]. Le droit de la DDR fut donc, en notre matière, plus sensiblement marqué par l'idéologie que celui du Troisième *Reich*.

Durant les derniers mois de la RDA, ces lois furent progressivement vidées de leurs particularités socialistes et rapprochées du droit d'Europe occidentale[837]. Le traité de réunification (*Einigungsvertrag*) du 31 août 1990 déclara le droit de la RFA applicable au territoire de la RDA, et les lois « d'extension » (*Erstreckungsgesetze*) de 1992 et 1994 en établirent les conditions concrètes[838].

346. Le droit de l'Allemagne réunifiée. Le droit de l'Allemagne réunifiée suivit ensuite la voie prise avant la scission. La loi de 1936 concernant les inventions (réformée en 1967 et actualisée en 1980) est toujours en vigueur. La loi de 1876 sur le droit des dessins et modèles fut réformée en 1986 et abrogée au profit d'une loi de 2004[839], qui transposa le droit communautaire en droit allemand. La loi sur les marques de 1936 resta en vigueur jusqu'à celle de 1994[840], qui instaura le droit actuel. C'est bien un « droit exclusif »[841], naissant soit de l'enregistrement, soit de l'usage[842]. À cette époque encore, en continuité avec ce qui s'était déjà dégagé en RFA de 1949 à 1990, « l'opinion dominante, en Allemagne, rangeait le droit de marques parmi les *Immaterialgüterrechte* »[843].

347. La jurisprudence. Un survol de la jurisprudence de la Cour fédérale de justice[844] enseigne que l'expression *geistiges Eigentum* n'est employée par la Cour suprême que très rarement et jamais comme qualification juridique. L'expression n'apparaît que pour reprendre le titre d'une directive communautaire, d'un manuel ou de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ou pour désigner la discipline de manière générique, sans prétention à un sens littéral[845].

---

835 § 1 et 3 de la loi de 1984.

836 § 8 et suivants de la loi de 1984.

837 Notamment par la loi du 29 juin 1990, abandonnant les *Wirtschaftspatente* et l'obligation de marquage des produits et services (*Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik*, partie 1, p. 571 et s.).

838 H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 27-31.

839 La loi de 2004 est compilée par F. C. Beier et A. Heinemann, *Patent- und, Musterrecht*, Taschenbuch, 2008, bibliographie, n° 101, p. 231 et s.

840 Compilée par H. Köhler, *Wettbewerbsrecht und Kartellrecht*, précité, bibliographie, n° 114.

841 § 14 de la loi de 1994.

842 § 4 de la loi de 1994

843 K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts*…, précité, bibliographie, n° 234, p. 242.

844 Le *Bundesgerichtshof*, abrégé *BGH*, dont la jurisprudence est consultable à l'adresse : <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

845 Dernièrement, décision I ZR 185/03, du 20 juillet 2006, § 21, ou X ZR 29/05, du 12 juillet 2005, p. 11, ou encore I ZR 114/04, du 15 février 2007, traitant de l'articulation de la *propriété intellectuelle* et de la liberté de circulation des marchandises.

348. Les manuels. Alors que l'expression est usuelle en titre des manuels anglais et français, il n'y a pas, à notre connaissance, de récent manuel allemand s'intitulant « propriété intellectuelle », « propriété littéraire et artistique » ou « propriété industrielle » ; seules des monographies se permettent de mettre ce concept en titre, problématisé en relation avec un autre concept juridique[846], ou bien des recueils de textes, à l'exclusion, donc, des ouvrages de pur enseignement.

C) Le retour du concept de propriété intellectuelle en Allemagne

349. Un retour du concept de propriété intellectuelle se laisse cependant observer, au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, à plusieurs niveaux du droit allemand : en droit constitutionnel, tout d'abord, puis dans la législation récente et dans la doctrine elle-même, qui l'avait pourtant le plus critiqué[847].

350. Les premières constitutions allemandes. Ni en Angleterre – pour la raison insurmontable que l'Angleterre n'a pas de constitution écrite – , ni en France, le constituant n'a accordé autant d'attention à la propriété intellectuelle qu'en Allemagne. Nous avons vu[848] que, dès 1849 et 1871, les constitutions allemandes protégeaient expressément la propriété intellectuelle et l'incluaient au concept général de propriété. La Constitution de Weimar se fit plus spécifique en recommandant « le travail intellectuel, le droit des auteurs, des inventeurs et des artistes » à « la protection et l'assistance de l'État ». La formulation insistait sur l'origine intellectuelle et personnelle des biens intellectuels mais abandonnait le vocable de la propriété[849].

La loi fondamentale actuelle (*Grundgesetz)*, en revanche, ne contient aucune mention expresse de notre matière, parce que, peut-être, « la protection constitutionnelle de la

---

846 Notamment F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung* (Propriété intellectuelle et constitution) précité, bibliographie, n° 217 ; J. Jänich, *Geistiges Eigentum : eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum ?* (Propriété intellectuelle : un phénomène complémentaire au droit des biens ?) précité, bibliographie, n° 224.

847 Nous avons vu que c'est en Allemagne que la qualification de propriété parut la plus incongrue à la doctrine (*supra*, notamment § 195 et 199), et que les théories alternatives des *Immaterialgüterrechte* et du personnalisme eurent le plus d'audience.

848 *Supra*, § 241 et s. Voir également H.-P. Götting, « *Der Begriff des geistigen Eigentums* », précité, bibliographie, n° 341, à la p. 357.

849 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, précité, bibliographie, n° 217, p. 56 : de la jurisprudence rendue par le *Reichsgericht* sous la Constitution de Weimar datent les principes selon lesquels l'auteur doit participer à toutes les exploitations économiques de son œuvre, et toute prérogative, dans le doute, est présumée rester aux mains de ce dernier.

propriété intellectuelle n'était pas vue comme un problème » et que le constituant « a considéré la protection propriétaire de la propriété intellectuelle comme allant de soi »[850].

351. La jurisprudence actuelle. La Cour fédérale de justice a d'ailleurs adopté la même position en 1955 :

> « Pour l'interprétation des règles du droit d'auteur, l'idée dominante est que la souveraineté de l'auteur est la suite naturelle de sa propriété intellectuelle, reconnue et régulée par la loi. D'après cette idée, les nouvelles méthodes d'exploitation des œuvres que permet le développement de la technologie sont à inclure au droit exclusif de l'auteur. »[851]

Dans la même ligne naturaliste, le tribunal constitutionnel fédéral[852] définit la propriété selon le critère suivant : sont des droits de propriété les droits subjectifs acquis sur une chose par une prestation personnelle, par opposition à ceux qui sont institués par l'État[853].

Il résulte de ces principes une riche jurisprudence constitutionnelle en notre matière, notamment au sujet du droit d'auteur : le droit allemand permettant un contrôle constitutionnel *a posteriori* des lois, de nombreuses décisions furent rendues sous l'empire de celle de 1965[854], confirmant l'analyse constitutionnelle du droit d'auteur en un droit de propriété[855]. Il précise cependant, en général, que seuls les droits patrimoniaux d'exploitation sont traités[856]. Cela exclut le droit moral de l'auteur du champ de la protection

---

850 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, bibliographie, n° 217, p. 60. En 1960, Hubmann publia, dans un manuel sur les droits fondamentaux, un chapitre sur la propriété intellectuelle, reprenant, bien sûr, le concept de propriété, et en déduisant un ensemble de règles constitutionnelles concernant l'objet, le contenu, les limites et l'expropriation du droit (H. Hubmann, « *Geistiges Eigentum* », *in Die Grundrechte*, Duncker & Humblot, 1960, bibliographie, n° 268). « C'est sous la qualification de propriété que le droit d'auteur peut se voir appliquer la protection de l'article 14 de la *Grundgesetz*. L'adjectif *intellectuelle* ne sert qu'à le différencier de la propriété matérielle » (p. 7).

851 *BGH*, ch. civile, 18 Mai 1955, *Tonband / Grundig - Reporter*, *UFITA* 1955, vol. 20, p. 314, bibliographie, n° 453.

852 Le *Bundesverfassungsgericht*, abrégé *BVerfG*, dont les décisions sont consultables à l'adresse : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>.

853 P. Kirchhof, « *Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums* », *in* W. Fürst, R. Herzog, D. Humbach, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, de Gruyter Berlin 1987, p. 1639-1661, bibliographie, n° 271, à la p. 1641.

854 Les questions de droit posées concernaient surtout les exceptions et licences légales nouvellement créées. Voir P. Kirchhof, *ibidem*. Également P. Badura, « *Zur Lehre…* », précité, bibliographie, n° 264.

855 *BVerfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, 1 BvR 765/ 66, bibliographie, n° 462, chapeau de la décision : « le droit d'auteur, en tant que droit d'exploitation, est une propriété au sens de l'article 14, 1° de la *Grundgesetz*. (…) Il ne s'ensuit pas que tout mode d'exploitation imaginable soit constitutionnellement protégé. » *BVerfG*, 11 octobre 1988,*Vollzugsanstalten*, I BvR 743/46, bibliographie, n° 464, paragraphe B, II, 1 : « Le droit d'auteur et les droits patrimoniaux qui en émanent sont des propriétés au sens de l'article 14, 1° de la *Grundgesetz*. La propriété est l'attribution d'un bien de droit (*Rechtsgut*) à un titulaire. Cela nécessite inévitablement, pour être praticable, l'intervention du législateur. Cela vaut particulièrement pour la propriété intellectuelle, puisque – notamment en raison de la nature de la prestation d'auteur – il y manque généralement un lien direct et factuel entre l'auteur et l'utilisateur. » Voir encore *BverfG* 31, 275, 8 juillet 1971, *Schallplatten*, bibliographie, n° 463.

856 Par exemple, *BVerfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, précité, bibliographie, n° 462, § 26 : « l'examen du juge constitutionnel a pour seul objet la dimension patrimoniale du droit d'auteur ».

constitutionnelle de la propriété et exprime une conception séparatiste des deux dimensions du droit, contrairement à la conception moniste défendue par la majorité de la doctrine.

352. Une nouvelle tendance législative. Sous l'impulsion du droit communautaire et du droit international[857], une nouvelle tendance est observable dans la législation allemande. Alors que, jusque-là, la dénomination de « propriété intellectuelle » avait cédé au concept générique de *Immaterialgüterrecht* ou à la dénomination plus énumérative de *Urheberrecht und gewerbliche Rechtschutze*, la dernière décennie du siècle voit adopter des lois transversales, applicables à l'ensemble des biens intellectuels et reprenant le concept générique de *geistiges Eigentum*. La première et la plus marquante fut la « loi sur le renforcement des droits de propriété intellectuelle et sur la lutte contre la piraterie » de 1990[858]. Elle fut suivie par une « loi sur l'assainissement des régulations des prix dans le domaine de la propriété intellectuelle »[859], par une seconde loi sur la piraterie en 2004[860] et par une « loi pour améliorer la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle »[861]. Ces lois, certes, n'expriment pas de réelle réflexion théorique ou de changement conceptuel conscient. Elles n'ont recours au concept de propriété intellectuelle qu'en tant que « concept générique » (« *Oberbegriff* »[862]) ou encore, comme avec résignation, en tant que « concept auquel il est impossible de renoncer »[863], et non pas comme à un schéma pour penser la matière.

353. Doctrine actuelle. Sous ces influences variées, la doctrine elle-même a adouci sa position à l'égard du concept de propriété intellectuelle[864]. Le simple fait qu'il serve de dénomination usuelle en droit communautaire et international et en droits étrangers est d'un grand poids dans cet assouplissement.

---

857 En droit international, les droits intellectuels, y compris ceux qui sont pourtant à la marge de notre discipline, sont couramment rassemblés sous le titre de « propriété intellectuelle ».

858 *Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie*, 7.03.1990, BGBl I, 1990, p. 422.

859 *Gesetz zur Bereinigung von Kostenregelungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums*, 13 décembre 2001, *BGBl* I, p. 3656.

860 *Bundesgesetz, mit den ergänzende Regelungen über das Vorgehen der Zollbehörden im Verkehr mit Waren, die ein Recht am geistigen Eigentum verletzen*, 1er juillet 2004, *BGBl* I 56/2004.

861 *Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung der Rechten des geistigen Eigentums*, 7 juillet 2008, *BGBl* I 2008, p. 1191.

862 F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, précité, bibliographie, n° 217, p. 65.

863 F. Seifert, « *Geistiges Eigentum – ein unverzichtbarer Begriff* » (« la propriété intellectuelle – un concept auquel il est impossible de renoncer »), *in Festschrift für Hennig Piper*, C. H. Beck 1996, p.769-786, bibliographie, n° 281.

864 *Contra*, M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht, ein Studienbuch*, 15ème éd., édition C. H. Beck, 2008, bibliographie, n° 95, § 97: « pour décrire cette souveraineté sur l'œuvre, on a ressorti du magasin des accessoires de l'histoire, le concept de « propriété intellectuelle », où il était confiné depuis le concept de propriété du *BGB* » ; « C'est sans fondement que l'on se réfère, avec le concept de « propriété intellectuelle », (…) à la doctrine de droit naturel des Lumières françaises » ; « propriété intellectuelle » est donc un concept idéologique de combat ».

Outre cet argument de fait, il s'est avéré difficile de renoncer à sa force de conviction auprès du large public, et trop optimiste de considérer la propriété intellectuelle comme irréversiblement installée dans le droit et l'opinion. D'autre part, le principe de la matérialité des objets de propriété, explicitement requis par le *BGB*[865], apparaît à certains comme la séquelle d'un droit archaïque[866], incapable d'appréhender le domaine intellectuel et, qui plus est, fondé sur une interprétation douteuse des principes du droit romain[867].

Enfin, les nouveaux tenants du concept de propriété intellectuelle[868] reprochent à la dénomination traditionnelle allemande (« droits industriels et droit d'auteur » : « *gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht* ») d'être encombrante et incommode, alors que l'expression « propriété intellectuelle » donne à tous les droits concernés un nom générique compréhensible aux non juristes[869].

---

865 « Les choses, au sens de la loi, ne sont que les objets matériels » (§ 90). Voir également *infra*, § 424 et s.

866 R. Herzog, ancien président de la Cour constitutionnelle (*BVerfG*), rapporté par H.-P. Götting, « *Der Begriff des geistigen Eigentums* », précité, bibliographie, n° 341, p. 358 : « Pitoyable, un concept de propriété qui se réduit aux biens corporels, aux moyens de productions et aux bons de valeurs mobilières, et qui exclut les prestations de l'esprit humain ! Pitoyable, la société qui pourrait se contenter d'un tel concept ! » Selon le professeur Wadle, « l'Ecole historique du 19ème siècle n'a pas seulement contribué à l'unité du droit privé allemand, mais elle a aussi conduit, par son retour aux sources justiniennes, à résorber les potentialités progressistes de l'ancien droit commun » : E. Wadle, « *Zur Wiederkehr der Formel « Geistiges Eigentum »* », précité, bibliographie, n° 232, p. 12.

867 V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum : eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum ?*, précité, bibliographie, n° 224, p. 35 et s. L. Pahlow, « *Intellectual property, propriété intellectuelle und kein geistiges Eigentum ?…* », précité, bibliographie, n° 351, à la p. 717.

868 Le professeur Götting, fondateur en 2005 de l'Institut de propriété intellectuelle de Dresde, se livre à un « plaidoyer » en faveur de la propriété intellectuelle (H.-P. Götting, «*Der Begriff des geistigen Eigentums* », précité, bibliographie, n° 341). Voir également le professeur Pahlow, selon qui la conception corporaliste de la propriété ne serait plus de mise, et la théorie des *Immaterialgüterreche* devrait trop à celle de la propriété intellectuelle pour prétendre la remplacer (L. Pahlow, *Intellectual property, propriété intellectuelle und kein geistiges Eigentum ?…* », précité, bibliographie, n° 351). Dans le même sens, *cf.* A. Ohly, « *Geistiges Eigentum ?* », précité, bibliographie, n° 349. Répondant à la bucolique métaphore d'Ulmer, qui dépeignait le droit d'auteur comme un arbre à double racine patrimoniale et spirituelle, mais à tronc unique, Ohly souligne que si l'expression « propriété intellectuelle » doit être rejetée car occultant la particularité personnaliste, alors le concept de « fruit » doit l'être aussi, car il cèle les différences entre pommes et poires (p. 549). Voir encore V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum : eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum ?*, précité, bibliographie, n° 224. Le professeur Jänich consacre à la question sa thèse d'habilitation. Après un exposé historique, l'auteur fait une liste de critères permettant d'identifier les différences et les ressemblances entre propriété matérielle (*Sacheigentum*) et intellectuelle (*geistiges Eigentum*) : absoluité, publicité, spécialité, caractère réel, possession, durée… Il conclut que les secondes l'emportent largement sur les premières. Voir également E. Wadle, « *Zur Wiederkehr der Formel « Geistiges Eigentum »* », *Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschischte*, VCH, Weinheim, 1996, bibliographie, n° 287. F. Seifert, « *Geistiges Eigentum – ein unverzichtbarer Begriff* », précité, bibliographie, n° 281. Après un exposé de l'histoire et de l'actualité du concept de propriété intellectuelle (en doctrine, dans les lois, dans les jurisprudences civile et constitutionnelle, l'auteur récuse l'opinion de Rehbinder (voir note 864) et se prononce pour un large accueil du concept en droit allemand. Déjà, en 1982, von Gamm publiait un court article réhabilitant l'idée de propriété intellectuelle et faisant le lien avec ses défenseurs des années 1950 (O. von Gamm, « *Zur Lehre…* », précité, bibliographie, n° 339).

869 H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4ème éd., Mohr Siebeck, 2007, bibliographie, n° 97, p. 2 : « Lorsque l'on veut insister sur la souveraineté sur l'œuvre en tant que concept juridique, le concept de propriété intellectuelle est excellemment approprié pour faciliter l'acceptation publique et la mise en œuvre pratique du droit d'auteur. Il rend compréhensible à tous qu'il s'agit, dans le droit d'auteur, de l'attribution

Les droits intellectuels seraient des droits exclusifs sur une valeur extérieure à la personne, comparables à la propriété matérielle[870] ; le qualificatif « intellectuel » (« *geistiges* ») suffirait à signaler leur particularité et à dissiper toute confusion avec la propriété de droit commun.

354. Conclusion. Si le droit allemand du XX^{ème} siècle a adopté les alternatives qui y étaient proposées (personnalisme, « droit des biens immatériels »), la doctrine de la propriété intellectuelle y a néanmoins fait un retour significatif depuis les années 1990.

Il y a désormais, en Allemagne, trois façons de traiter du droit intellectuel. La première est celle du législateur spécialisé, légiférant sur les droits considérés un par un, sans dogmatique d'ensemble apparente : l'idée de propriété en est absente. La deuxième est celle du constituant et des juges constitutionnels, qui voient la matière de manière globale et synthétique. Ils n'usent pas seulement du mot « propriété » en tant que dénomination : la « *geistiges Eigentum* » est ainsi nommée parce qu'elle attribue un bien à une personne de manière directe et la plus totale possible. La troisième est celle du législateur généraliste, regroupant les questions transversales au droit intellectuel sous le titre commode de « *geistiges Eigentum* ». Certes, cette pratique facilite l'appréhension synthétique de la discipline et réduit une spécificité allemande en droit comparé, communautaire et international, mais elle n'aspire à aucune construction conceptuelle.

Sous ces diverses formes, le « retour de la propriété intellectuelle », que constatait déjà le Professeur Wadle en 1996[871], s'est donc confirmé depuis[872].

---

d'une œuvre de l'esprit à son créateur, qui mérite au moins la même protection que le propriétaire d'une chose matérielle (*Sacheigentümer*). On peut et on doit rester attaché au concept de propriété intellectuelle, tant que l'on garde à l'esprit que le droit d'auteur n'est ni illimité, ni réductible à son élément patrimonial. »

870 H. Schack, *Urheber- und Vertragsrecht*, précité, bibliographie, n° 97, p. 2 : « Le droit d'auteur (…) réalise le commandement naturel du *suum cuique*, non seulement en ce qu'il investit l'auteur de la souveraineté sur son œuvre, mais aussi en ce qu'il lui remet entre les mains un bien porteur d'une valeur, qu'il peut mettre dans le commerce pour tirer de sa prestation créatrice un juste revenu. »

871 E. Wadle, « *Zur Wiederkehr…* », précité, bibliographie, n° 232, p. 3.

872 G. Krings, « *Podiumsdiskussion* », *in* O. Deppenheuer, K-N Peifer, *Geistiges Eigentum : Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, Springer, 2008, bibliographie, n° 273, p. 73 : « La propriété intellectuelle est désormais reconnue comme un concept-clef de l'ordre juridique allemand. »

Conclusion du chapitre 2

355. A étudier l'évolution du droit dans les trois grands pays d'Europe occidentale, il semble qu'après avoir subi diverses vicissitudes, le concept de propriété intellectuelle soit devenu incontournable. Les bouleversements politiques et doctrinaux n'ont pu avoir raison de lui. L'Angleterre et la France le conservèrent tout au long de la législation du siècle. Le droit allemand ne put s'en défaire et le concept y est désormais très présent. L'idée de propriété des biens intellectuels constitue donc une tradition continue en droits anglais et français, et discontinue en droit allemand.

Ces traditions nationales, à partir de la seconde moitié du XX^{ème}, furent dépassées par le droit communautaire et international.

Chapitre 3

-

Le dépassement des traditions nationales par le droit international et le droit communautaire

356. L'internationalisation du droit. L'une des évolutions majeures du droit, au cours de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, est son internationalisation. Le mouvement débuta juste après la fin de la seconde guerre mondiale, quand le traumatisme du conflit, les violations massives des droits de l'homme et la crainte de nouveaux troubles suscitèrent le développement d'une coopération internationale préventive. La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la création de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et les débuts du droit communautaire datent de cette époque.

357. L'effet sur le droit intellectuel de l'internationalisation du droit. Ces nouvelles sources de droit eurent une grande influence sur notre sujet. L'Allemagne, l'Angleterre et la France ont ratifié la CEDH ; l'activité de l'OMPI les représente dans la mesure où elles sont parties aux traités qu'elle administre et membres de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dont elle émane. Plus proche et, surtout, plus contraignant, le droit communautaire exerce sur les droits anglais, allemand et français le poids le plus sensible.

Quelle est leur représentation du droit intellectuel : est-ce, en droit international et en droit communautaire, une forme de propriété ?

358. Plan. Puisque leur mode opératoire et leur contenu diffèrent, le droit international (section 1) et le droit communautaire (section 2) seront vus successivement.

Section 1 : Le développement du droit international

359. Les problématiques du droit international. L'entrée des droits de propriété intellectuelle sur la scène internationale s'est produite à la fin du XIX^{ème} siècle. C'est alors que furent discutées leur justification et leur substance. Elles auraient pu, au XX^{ème} siècle, ne pas être considérées comme acquises et donner lieu à de nouvelles discussions, sous des angles nouveaux. Ce n'est pourtant pas ce qui se produisit : le droit international de la propriété intellectuelle était bien établi.

Il lui restait néanmoins à s'insérer dans l'ordre juridique international, ses institutions et ses problématiques générales : les droits de l'homme, le développement industriel des pays les moins avancés, le commerce international… Autant de logiques qui, tout en renforçant la propriété intellectuelle, lui fixent des bornes, qui lui fournissent une justification mais lui opposent également des intérêts extérieurs.

360. Plan. Les trois sources du droit international de la propriété intellectuelle sont les déclarations des droits de l'homme (A), les activités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (B) et les accords sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (dits ADPIC) (C).

A) La propriété intellectuelle dans les déclarations des droits de l'homme

361. Parmi les déclarations internationales des droits de l'homme, seules deux concernent la propriété intellectuelle : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) et la Charte européenne des droits fondamentaux.

362. La CESDH. Dans la CESDH[873], la réponse est claire : la propriété est protégée en tant que droit de l'homme et la propriété intellectuelle en fait partie. La propriété n'ayant pu figurer dans le texte originel, elle n'y fut rattachée que par protocole additionnel, sous la forme du « respect des biens » :

> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. »[874]

Selon une jurisprudence bien établie, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) considère que « la notion de « biens » (en anglais : *possessions*) a une portée

---

873 Signée à Rome le 4 novembre 1950, et à laquelle la France, l'Angleterre et l'Allemagne sont parties contractantes. Nous ne prenons pas en compte la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 car rien n'indique que son article 17 sur la propriété n'inclue la propriété intellectuelle.

874 Protocole additionnel n°1, du 20 mars 1952, article 1, alinéa 1.

autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété des biens corporels : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi être des « droits de propriété » et donc des « biens »[875]. Tout « intérêt substantiel » est donc un bien. Il s'ensuit que les droits de propriété intellectuelle entrent dans le champ d'application de la protection[876]. Remarquons toutefois que les objets de la propriété ainsi protégés ne sont pas les créations elles-mêmes, mais le droit : le brevet, le droit de marque (ou leur demande) et le droit d'auteur. Ils sont considérés comme biens en eux-mêmes et non pas comme droits de propriété sur l'invention, le signe et l'œuvre.

363. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans son aspiration à se doter d'une constitution et d'une déclaration de valeurs, l'Union européenne a signé et proclamé, le 12 décembre 2000, la Charte européenne des droits fondamentaux[877]. Son article 17, après avoir proclamé le droit de propriété en des termes assez classiques, précise que « la propriété intellectuelle est protégée ». Pour la première fois dans un texte consacré aux droits fondamentaux, la propriété intellectuelle est expressément citée comme une forme de propriété.

Outre ces textes généraux et à valeur symbolique, le droit international de la propriété intellectuelle a une source propre : l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

B) L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

364. La continuité avec les conventions de Paris et de Berne. Nous avons vu que les premiers textes de droit international, en notre matière, datent de la fin du XIX^{ème} siècle. Fruit de l'activité des défenseurs de ces droits nouveaux, ces conventions étaient le produit d'un militantisme[878].

L'OMPI est la descendante de ces deux conventions, qui sont aujourd'hui administrées par elle[879]. Il lui fut assigné l'objectif de « promouvoir la protection de la propriété

875 *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 23 février 1995 – formule reprise régulièrement.

876 Commission européenne des droits de l'homme, *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Pays Bas*, 4 octobre 1990, réaffirmée ensuite par la même commission (supprimée le 1er novembre 1998) et par les Chambres de la Cour. La solution fut confirmée par la Cour elle-même dans l'affaire *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janvier 2007 : « Au vu de la jurisprudence susmentionnée, la Cour fait sienne la conclusion de la chambre selon laquelle l'article 1 du Protocole n° 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle. » A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, LGDJ, 2008.

877 Le rejet du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (dit Traité de Rome, de 2004) a retardé l'entrée de cette charte dans le système de droit positif communautaire. Elle entrera en vigueur, par le biais du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009.

878 Voir *supra*, § 246 et s.

879 Chacune disposait d'un Bureau, et les deux bureaux ont fusionné en 1893 pour former les Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI). L'OMPI prit leur place en

intellectuelle à travers le monde »[880]. Elle doit y parvenir notamment en s'employant « à promouvoir l'adoption de mesures destinées à améliorer la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde et à mettre en harmonie les législations nationales dans ce domaine »[881].

365. Une mission de promotion. À la différence, toutefois, des conventions de Berne et de Paris, l'OMPI n'a pas pour mission de donner à la propriété intellectuelle un droit international mais d'élargir sa reconnaissance dans le monde. Plutôt qu'un organe de réflexion, l'OMPI est un organe de promotion. De pénétrantes et houleuses discussions sur la légitimité et la substance de la propriété intellectuelle avaient précédé les conventions de Berne et Paris, dont le texte était la synthèse. L'OMPI tient désormais le principe du droit pour acquis et ne le discute plus : son rôle est plutôt d'en tirer toutes les conséquences.

La définition de la propriété intellectuelle donnée par la convention de Stockholm est large et conceptuellement imparfaite[882]. Elle énumère les droits concernés mais la liste est ouverte. Elle contient des éléments ne fonctionnant pas sur le modèle du droit réel mais relevant d'autres branches du droit : du droit de la concurrence déloyale, par exemple.

366. L'intégration à l'ONU. En 1974[883], devenant une institution spécialisée de l'ONU, l'OMPI devint un élément d'un système complexe. La propriété intellectuelle se trouve désormais en interaction avec les autres valeurs promues par l'ONU. Selon l'accord d'intégration, la première responsabilité de l'OMPI est de :

> « promouvoir l'activité créatrice intellectuelle et de faciliter le transfert aux pays en voie de développement des techniques en rapport avec la propriété industrielle en vue d'accélérer le développement économique, social et culturel »[884].

1967 (Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Stockholm, 14 juillet 1967).

880 Article 3 de la convention de Stockholm.

881 Article 4 de la convention de Stockholm.

882 Article 2 : « Au sens de la présente convention, il faut entendre par (…) « propriété intellectuelle », les droits relatifs: - aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, - aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, - aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, - aux découvertes scientifiques, - aux dessins et modèles industriels, - aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, - à la protection contre la concurrence déloyale; et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique. »

883 Accord entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, entré en vigueur le 17 décembre 1974.

884 Article premier de l'accord de 1974. La suite ajoute que cette responsabilité s'exerce « sous réserve de la compétence et des responsabilités qui incombent à l'Organisation des Nations Unies et à ses organes, notamment la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, le Programme des Nations Unies pour le développement et l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, ainsi qu'à l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ».

La propriété intellectuelle est désormais liée au développement des pays sous-industrialisés. On aperçoit déjà une problématique devenue centrale en la matière : la propriété intellectuelle face aux exigences du développement industriel et culturel.

C) L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

367. Les accords ADPIC. Insérée en 1967 au système des valeurs universelles des Nations unies, la propriété intellectuelle fut ensuite happée par le commerce international. Représentant une part croissante des échanges commerciaux internationaux, elle attira en 1994 l'attention de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui priva l'OMPI de son monopole en la matière. Par le même traité, signé à Marrakech le 15 avril 1994, sont nés l'OMC, prenant la suite des cycles de négociation du GATT[885], et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord dit ADPIC).

368. La propriété intellectuelle et les politiques commerciales. Le préambule de l'accord ADPIC confirme la problématique, posée en 1967, de la conciliation de la propriété intellectuelle avec les besoins des pays en voie de développement et en donne explicitement une clef : la « flexibilité »[886]. Le texte prend acte de la double nature de la propriété intellectuelle : il affirme que, certes, « les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés »[887], mais qu'ils servent des « objectifs fondamentaux de politique générale publique »[888]. La propriété intellectuelle n'est donc pas seulement un droit individuel, voire un droit de l'homme, mais c'est aussi un instrument des politiques publiques de l'industrie et du commerce.

Enfin, le préambule de l'accord ADPIC s'ouvre sur l'engagement à réduire « les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international »[889]. Voici posée une seconde problématique centrale de la propriété intellectuelle dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle : ses contradictions avec le libre-échange et la flexibilité du commerce international. C'est sous cet angle, d'ailleurs, que l'aborda le droit communautaire, dans le cadre du marché intérieur des Communautés européennes.

---

885 *General Agreement on Tariffs and Trade*, signé en 1948.

886 Sixième paragraphe du préambule.

887 Quatrième paragraphe.

888 Cinquième paragraphe.

889 ... Et à « faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime » (premier paragraphe du préambule).

Section 2 : L'harmonisation par le droit communautaire

369. La propriété intellectuelle en droit communautaire. Droit supranational, le droit communautaire s'impose aux États membres, dont font partie la France, l'Allemagne et l'Angleterre. Il est donc indispensable à la compréhension des droits allemand, français et anglais actuels, mais, sortant néanmoins du strict cadre de notre étude, il ne sera qu'évoqué. Seules les directives nous intéresseront car elles ont un effet direct sur les droits nationaux, tandis que les règlements créent leur ordre propre à côté de celui-ci[890].

L'évolution de l'idée communautaire du droit intellectuel apparaît très clairement à la lecture des justifications des directives. D'abord très distant pour notre matière, le droit communautaire, dans les années 2000, s'en est emparé au point d'en être devenu une source incontournable.

370. Plan. Trois étapes sont identifiables. Dans la première, le droit communautaire ne se permettait d'approcher la propriété intellectuelle que pour corriger des distorsions de concurrence entre États membres (A). Dans la seconde, il l'utilisait comme un instrument de la création de l'« union sans cesse plus étroite entre les peuples » souhaitée par les traités constitutifs (B). Dans la troisième, le droit communautaire s'est enfin réellement emparé de la propriété intellectuelle en tant que propriété (C).

A) La correction des distorsions de concurrence

371. L'intervention corrective du droit communautaire. Les premières directives par lesquelles le droit communautaire a pénétré dans le domaine des biens intellectuels affichaient des ambitions très modestes[891]. Elles ne se permettaient d'aborder la matière que parce que les lois nationales comportaient des disparités qui pouvaient nuire au principe de libre circulation des biens et des services, fondement de la Communauté[892]. Le législateur communautaire

---

890 Pour un exposé de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la qualification du droit d'auteur , voir V.-L. Bénabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant Bruxelles, 1997, bibliographie, n° 182, § 18 et s.

891 Directive (CE) n°89/104 du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques ; Directive (CE) n°92/100 du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

892 « …Disparités qui peuvent entraver la libre circulation des produits ainsi que la libre prestation des services et fausser les conditions de concurrence dans le marché commun ». L'idée est reprise dans les considérants suivants. Considérant n°1 de la Directive sur le prêt et la location de 1992 : « Les différences sont de nature à créer des entraves aux échanges » (Considérant n° 1 de la directive sur les marques de 1988).

n'intervenait donc que pour corriger des décalages entre droits nationaux et non pas pour créer un droit communautaire des biens intellectuels[893].

372. Les programmes d'ordinateur. Durant cette même période, toutefois, fut adoptée la directive incluant au champ d'application du droit d'auteur les programmes d'ordinateur[894], jusque-là rejetés d'un régime à l'autre et juridiquement mal définis. Elle réitéra, comme les précédentes, le regret que les différences juridiques entre États entraînent des « effets négatifs sur le fonctionnement du marché commun »[895]. Cette directive ne se contenta pas de réduire des disparités législatives mais elle inséra un nouveau bien dans le champ de la propriété intellectuelle. Le programme d'ordinateur acquit cette qualité car sa « création exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables »[896] et car il a un « rôle industriel »[897]. Il existe donc une valeur méritant d'être protégée[898] : tel est l'objet du droit. La directive de 1996 sur la protection des bases de données opéra selon le même procédé[899].

B) La création d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples »

373. Le rôle de la propriété intellectuelle. Dans un second temps, la propriété intellectuelle quitta son rôle ingrat : elle ne constitua plus simplement une source importune de disparités entre législations, mais devint un auxiliaire dans la création d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples »[900].

L'expression apparut pour la première fois en exergue de la directive de 1996 sur la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble[901]. Cette union, certes, devait s'obtenir par la suppression des disparités entre législations – c'est l'argument classique du

---

893 Le professeur Bénabou, en 1997, écrivait que « la législation communautaire ne pouvait être, dans cette perspective, qu'interstitielle » (V.-L. Bénabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, précité, bibliographie, n° 182, § 385).

894 Directive (CE) 91/250 du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

895 Considérant 4.

896 Considérant 1.

897 … de plus en plus important : considérant 3.

898 Le même considérant ajoute que cette valeur a *besoin* d'être protégée, car « il est possible de [la] copier à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome ». Le préambule de la directive de 1988 sur les marques ne prenait pas le soin de justifier que le signe méritait d'être qualifié de bien, car cette qualification lui était acquise dans tous les États membres.

899 Directive (CE) 96/9 du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. Elle crée non seulement un nouveau bien, et pour les mêmes raisons que la directive sur les programmes d'ordinateur (considérant 7), mais également un droit inédit : le droit sur les bases de données est un droit dit *sui generis* (considérant 18).

900 Premier paragraphe du préambule du Traité instituant la Communauté européenne en 1957. La formule fut reprise dans les suivants, et apparaît encore au préambule du Traité sur l'Union européenne actuellement en vigueur.

901 Directive (CE) 93/83 du 27 septembre 1993. Considérant 1.

droit communautaire de la propriété intellectuelle – , mais il fut ajouté au préambule que la diffusion culturelle « constitue l'un des principaux moyens de réalisation de ces objectifs communautaires, qui sont à la fois d'ordre politique, économique, social, culturel et juridique »[902]. La directive de 2001 sur le droit de suite relaie la même idée en fondant son intervention sur le rôle culturel de la Communauté[903].

C) La protection de la propriété intellectuelle comme forme de propriété

374. La troisième période. La troisième période du droit communautaire vit l'adoption des directives des années 2000[904]. La justification de l'intervention communautaire, de strictement économique, se fit plus ambitieuse et devint résolument politique. L'expression « propriété intellectuelle » apparut pour la première fois dans le préambule de la directive de 2001 en tant que dénomination de notre discipline, mais aussi en tant que qualification conceptuelle. On lit en effet, au préambule de cette directive que :

> « L'harmonisation envisagée (…) porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle… » « La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme partie intégrante de la propriété. »[905]

La qualification est claire : la propriété intellectuelle n'est ni une émanation externe de la propriété, ni une analogie, ni une quasi-propriété. Elle est au contraire une incarnation du concept général de propriété, elle participe de la définition et de l'existence de celui-ci. À ce titre, elle « relève aujourd'hui largement de l'acquis communautaire »[906]. Cet accueil de la propriété intellectuelle en droit communautaire fait paraître lointain le temps où elle n'existait que comme élément perturbateur du marché intérieur[907].

La justification de la protection de cette propriété fonctionne comme une balance. Elle est au croisement d'intérêts divers qu'elle sert de diverses manières : intérêts privés des

---

902 Considérant 3.

903 Directive (CE) 2001/84 du 27 septembre 2001, relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, considérant 5. La nécessité de supprimer les distorsions de concurrence induites par les disparités législatives apparaît au considérant 9.

904 Directive (CE) 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (dite « DADVSI ») ; directive (CE) 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle ; directive en cours d'adoption relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, approuvée le 25 avril 2007 par le Parlement européen, en attente d'approbation par le Conseil. Le préambule de cette dernière directive s'annonce moins riche en théorie que ceux des précédentes.

905 Considérants 3 et 9.

906 Considérant 3 de la directive 2004/48.

907 V.-L. Bénabou, « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE* 2001, Étude n° 23, bibliographie, n° 299 : « Il n'est pas inutile de rappeler que cette qualification est toujours âprement discutée par la doctrine du droit d'auteur, et que l'option défendue par la directive est loin d'être neutre. »

créateurs, intérêts économiques des producteurs, intérêts collectifs des consommateurs, intérêt public de la culture[908].

Conclusion du chapitre 3

375. L'encadrement du droit intellectuel par le droit international. En droit international et communautaire, la propriété intellectuelle est résolument présentée comme une forme de propriété. Elle est cependant modérée par des impératifs généraux externes (principe de développement industriel et culturel, droit à la santé, à l'éducation etc.) qui lui donnent à la fois une justification et une mesure.

Si l'OMPI se dispense du débat sur sa justification et la classification dogmatique du droit intellectuel, les autres sources de droit international et le droit communautaire l'insèrent véritablement au droit et aux problématiques des relations de l'homme aux choses.

908 Considérant 9 de la directive 2001/29 et considérant 2 de la directive 2004/48. Le considérant 14 de la directive 2001/29 ajoute que la « présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture ». Le considérant 2 de la directive 2004/48 fait apparaître pour la première fois les possibles effets négatifs de la propriété intellectuelle sur ses propres objectifs : « dans le même temps, la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas faire obstacle à la liberté d'expression ni à la libre circulation de l'information ».

Conclusion du titre 3

376. L'hétérogénéité des alternatives théoriques. Au XIX^{ème} siècle, les efforts législatifs et doctrinaux se concentraient sur la question du maintien ou de l'abolition des droits intellectuels et de leur qualification de propriété. Au XX^{ème}, le débat sur leur nature se fit plus varié, plus hétérogène. Il fut alimenté par des éléments externes : le droit civil de la personnalité, les politiques publiques. Les effets sur notre discipline de son environnement proche (le droit civil) ou lointain (la science politique), soulignent de façon renouvelée sa double nature, privée et publique.

377. La confirmation de la tradition en Angleterre et en France. En Angleterre et en France, les alternatives personnalistes, instrumentalistes, ou fondées sur une catégorie *sui generis* n'ont pu supplanter le modèle de la propriété intellectuelle. La richesse du débat politique et doctrinal fertilisa la jurisprudence, mais ne parvint pas à déstabiliser ce qui constituait depuis la fin du XIX^{ème} siècle des traditions nationales.

378. La mise en œuvre des nouveaux modèles en Allemagne. Le droit allemand, en revanche, suivant les vicissitudes historiques du pays, a mis en œuvre les conceptions intrumentalistes du droit intellectuel. Il a par ailleurs préféré au modèle de la propriété la qualification personnaliste du droit d'auteur et la doctrine des « droits sur les biens immatériels » (*Immaterialgüterrechte*). Dès les premiers textes modernes en la matière, il avait été réticent à l'idée de propriété intellectuelle ; en adoptant, au XX^{ème} siècle, les modèles théoriques alternatifs à celle-ci, il confirme donc sa propre tradition.

379. La convergence à la fin du XX^{ème} siècle. La divergence du droit allemand et des droits anglais et français se résorba cependant au cours des dernières décennies du siècle. Le droit international et le droit communautaire, résolument attachés à la doctrine de la propriété intellectuelle, eurent une influence décisive dans cette convergence. L'idée de propriété intellectuelle concurrence désormais en Allemagne les modèles traditionnels du personnalisme et des *Immaterialgüterrechte*.

Conclusion de la partie 1

380. L'idée de propriété dans l'histoire du droit intellectuel. Au cours de l'histoire brève et mouvementée du droit intellectuel, la qualification de propriété fut le plus souvent centrale. Elle l'était dans la mobilisation de la *common law* anglaise en faveur de droits individuels des créateurs sur leur œuvre, puis dans leur reconnaissance solennelle par le droit révolutionnaire français. Elle fut une cause de la réticence des *Länder* allemands dans l'élaboration d'un droit fédéral et lors des négociations internationales de la convention de Berne. Elle contribua à provoquer la grande contestation du XIX^{ème} siècle mais aussi à la récuser. Elle est au fondement du droit international et du droit communautaire du XX^{ème} siècle, s'imposant en droits anglais, allemand et français. La doctrine de la propriété intellectuelle lia le plus souvent son sort au droit intellectuel.

381. Les alternatives possibles. D'autres schémas étaient pourtant possibles, mais ils n'ont pu embrasser la matière et s'y identifier aussi étroitement que celui de la propriété intellectuelle. Le schéma personnaliste, né en Allemagne au moment même où l'Angleterre et la France adoptaient leur premiers textes modernes en la matière, s'y est développé au XX^{ème} siècle mais n'a pu en franchir les frontières sans perdre de sa vigueur. Les conceptions instrumentales, sans sombrer dans les excès totalitaires, auraient pu opposer au modèle de la propriété une concurrence sérieuse mais n'ont pu y parvenir. Quant aux théories des droits *sui generis*, sans doute présentaient-elles une filiation trop manifeste au modèle de la propriété pour le supplanter.

382. Le modèle de la propriété, une arme de combat ? Le modèle de la propriété fut-il une arme de combat en faveur des droits des auteurs et inventeurs ? Il aurait été un outil bien dangereux : n'a-t-il pas contribué à la violente crise du XIX^{ème} siècle ? Dans la tradition française, la propriété a pu s'allier à la liberté individuelle et en tirer une légitimité presque infaillible ; mais les droits anglais et allemand opposent ces deux valeurs autant qu'ils les associent et la propriété s'en trouve parfois rejetée en l'antipathique compagnie du monopole. Dans le combat pour le droit des créateurs, l'idée de propriété aura d'ailleurs été un piètre soldat, puisqu'on la retrouve aussi bien au soutien des privilèges des éditeurs et des

exploitants d'épices ou de cartes à jouer qu'aux côtés du droit des auteurs et inventeurs. Surtout, la doctrine de la propriété intellectuelle fut le plus souvent défendue par conviction et non pas par calcul. On ne peut donc adhérer à l'idée qu'elle fut un pur instrument.

383. La stabilisation de la propriété intellectuelle. En droits allemand, anglais, français, mais aussi international et communautaire, les droits intellectuels relèvent désormais majoritairement du concept de propriété. Les houleuses relations du droit intellectuel et du droit de propriété semblent donc s'être stabilisées dans un équilibre entre convergence générale et dissemblances particulières. La réalité de cet équilibre doit maintenant être élucidée.

Après cette étude des modèles théoriques développés en droits anglais, allemand et français, qui reposait sur une analyse historique, notre attention doit maintenant se poser sur leur construction technique.

PARTIE 2

LES DROITS INTELLECTUELS

ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

EN DROIT POSITIF

384. Méthode. Après ces développements d'histoire doctrinale, politique et législative, il est temps de regarder le droit de l'œil du juriste ; temps de se plonger plus profondément dans les codes, arrêts et recueils de lois ; temps de naviguer, selon les terminologies nationales, entre les articles des codes français, les paragraphes des lois allemandes et les sections des *statutes* anglais.

385. Concordance des méthodes ? Le dernier chapitre de notre partie historique nous a conduit au droit actuellement en vigueur. De nos développements historiques, nous avons conclu que le concept de propriété intellectuelle est historiquement le plus légitime à désigner les droits intellectuels : qu'en est-il dans le détail de son régime positif ? Y a-t-il une discordance entre les concepts affichés et leur construction concrète ? Tout en parlant de « propriété intellectuelle », le législateur édicte-t-il tant de règles particulières que la propriété serait en réalité devenue méconnaissable ? Les branches adjacentes du droit y font-elles tant d'incursions, les juges y font-ils de tels compromis que l'on ne pourrait plus parler de propriété intellectuelle que comme d'une étiquette mensongère ?

386. La justesse du langage du droit. Cette question, d'apparence simple, est bien déstabilisante. Il y va de la justesse du langage juridique. Le droit est certes une construction sociale, un produit historique, mais il est aussi un instrument d'organisation de la société. Il doit, à ce titre, se montrer efficace et ne peut se permettre de perpétuer des concepts trompeurs ou vides de sens. Il faut vérifier si la dénomination usuelle exprime adéquatement son contenu, si la rationalité historique est rejointe par la rationalité pratique.

387. Les sources étudiées. Quant aux sources du droit, nous reprendrons ici celles que nous avons présentées en introduction de cette recherche. Il s'agit, en Angleterre, des *statutes* désormais débarrassés de la concurrence de la *common law*, et de la jurisprudence des précédents ; en France, du Code de la propriété intellectuelle et de ses enrichissements prétoriens ; en Allemagne, des diverses lois parfois regroupées en recueils et de la jurisprudence.

388. Un monopole ? La question de la nature des droits intellectuels semble ouvrir un vaste champ de réponses possibles, mais les notions juridiques constituant d'honnêtes

candidates ne sont pas si nombreuses. Les concepts de *monopole* et de *droit exclusif* ne nous paraissent pas suffisants : le premier est un terme économique plutôt que juridique, et le second est un standard trop ouvert. Ce sont pourtant les deux expressions les plus usitées en alternative à celle de propriété intellectuelle ; le recours à des locutions aussi générales montre combien le sujet est délicat.

389. Un contrat ? Le contrat est également un concurrent : se réalisant dans la sphère commerciale et publique, les droits intellectuels ne seraient-ils pas des créances contractuelles sur le public, les exploitants ou l'État ? Il en va de même de la responsabilité civile et pénale : les droits intellectuels ne seraient-ils pas de simples créances délictuelles sur le contrefacteur ? Cela n'expliquerait que la partie délictuelle, la partie réactive des droits intellectuels, et non pas leur dimension positive, qui préexiste à l'atteinte.

390. Un droit *in rem* ? Tirant parti de nos recherches historiques, nous accorderons une présomption favorable à la notion de droit réel (*jus in rem*, droit d'une personne sur un bien), à l'idée que le droit intellectuel est une forme de droit des biens. Nous avons donc la chance d'entamer notre recherche avec l'aide d'une présomption, une présomption simple.

391. L'ordonnancement du droit intellectuel dans le droit privé. Nous l'avons dit plus haut : l'exactitude d'une expression largement employée et désignant toute une branche du droit est en jeu. Il s'agit également de l'articulation de cette branche du droit avec ses voisines. Droit d'attribution d'un bien à une personne, le droit intellectuel est-il une branche du droit des biens ? Droit des auteurs, inventeurs et autres créateurs, est-il plutôt lié au droit de la personnalité ? Régissant l'exploitation et la diffusion des produits intellectuels, adopte-t-il au contraire les schémas du droit du commerce et de la concurrence ? Sanction de comportements illicites, relève-t-il du droit délictuel civil ou pénal ?

392. Ordonnancement dans le droit des biens. Une qualification des droits intellectuels en droits de propriété concernerait l'organisation du droit civil des biens. Si le droit intellectuel est une forme de droit des biens, est-il un droit spécial, dérogeant au droit commun des biens du Code civil, du *bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*) ou de la *law of property* ? Est-il plutôt une application particulière d'un concept général, dont le droit des biens matériels ne serait lui-même également qu'une émanation et non pas l'unique forme ? Serait-il judicieux d'intégrer le droit intellectuel au droit civil des biens, ou faut-il au contraire conserver son unité et le maintenir dans sa solitude privilégiée ?

393. Définition du droit de propriété. Nous l'avons constaté en introduction de ce travail : le droit de propriété lui-même ne fournit pas à notre comparaison un point fixe, auquel comparer les droits intellectuels. Son identité est également en discussion. Le droit de propriété présente encore des zones d'ombre. Sa nature est elle-même incertaine : est-ce un droit unitaire ou un faisceau de droits démembrables ? Le *jus in rem* a-t-il vraiment une spécificité par rapport au *jus in personam*[909] ?

Des questions plus pragmatiques sont également en suspens : jusqu'où peut porter le droit de propriété ? Recouvre-t-il vraiment toutes les utilités du bien ou certaines lui échappent-elles ? Le droit de propriété contient-il, notamment, un droit exclusif à l'image du bien ? Sur tous ces points, notre problématique peut se renverser : c'est alors le droit intellectuel qui pourra servir de guide au droit de propriété.

La comparaison de la propriété intellectuelle et du droit de propriété se fera à double sens. Elle permettra d'une part d'affermir la théorie générale du droit intellectuel par comparaison avec les acquis de la propriété. Elle offrira d'autre part un laboratoire pour traiter des incertitudes identitaires de la propriété.

394. Plan. Les éléments qui nous paraissent devoir déterminer la qualification du droit sont son objet et son contenu. Les critiques opposées au concept de propriété intellectuelle corroborent ce choix : alors qu'au XIX^{ème} siècle était surtout contestée l'aptitude des produits de l'esprit à faire l'objet d'une réservation exclusive, à être des biens, on déplore surtout aujourd'hui la trop grande puissance donnée par la propriété intellectuelle à son titulaire face au bien commun. Respectant cette chronologie, nous étudierons en premier lieu le bien, puis le droit.

Le bien est l'objet du droit, ce sur quoi il porte. Il suffit de se rappeler les arguments avancés pour et contre la propriété intellectuelle lors de la crise du XIX^{ème} siècle pour souligner l'importance du bien dans la justification et la définition du droit. Nous examinerons donc dans un premier titre les questions posées par la comparaison des objets respectifs du droit de propriété et du droit intellectuel (**titre 1**).

---

909 Ces expressions latines sont traduites en droits allemand et français par les notions de droit réel et de droit personnel (*Sachenrecht* / *Personenrecht*). Ils ont en droit anglais des significations différentes : *realty* signifie bien immobilier, et *personalty* signifie bien mobilier. Pour éviter ces confusions, nous nous en tiendrons donc aux locutions latines.

Une fois le bien étudié, il faut s'intéresser au droit qui le prend pour objet. On s'efforcera de délimiter son contenu, son effet juridique, de mesurer la portée et l'intensité des pouvoirs qu'il confère. Les structures essentielles et la nature du droit de propriété et du droit intellectuel seront mises à jour par la comparaison de leur contenu (**titre 2**).

Titre 1 : Le bien

-

Comparaison des objets de propriété et de droit intellectuel

Titre 2 : Le droit sur le bien

-

Comparaison du contenu de la propriété et du droit intellectuel

TITRE 1 : LE BIEN

-

COMPARAISON DES OBJETS DE LA PROPRIÉTÉ ET DU DROIT INTELLECTUEL

395. L'importance de l'étude du bien. L'étude du bien, objet du droit, est souvent négligée. Il est jugé plus polémique et plus stimulant de discuter des pouvoirs donnés par un droit que de la chose sur laquelle il porte. Cela est vrai en premier lieu de l'objet de propriété, et la littérature juridique est donc moins généreuse au sujet du bien qu'au sujet régime du droit de propriété[910].

Nous avons pourtant vu que la plupart des arguments avancés au XIX[ème] siècle contre le concept de propriété intellectuelle concernaient le bien intellectuel : insaisissabilité de l'incorporel, vocation publique de l'intellectuel, origine commune des idées[911]… Toujours actuels, ils sont rejoints par de plus récentes considérations : les nouveaux droits intellectuels portent-ils sur des choses dignes d'être des objets de propriété ? La multiplication des droits intellectuels tend-elle à généraliser le régime de la réservation privative dans le domaine de la création intellectuelle ?

396. L'objet, la chose et le bien. *Objet*, *chose*, *bien* : ces trois notions désignent le même élément, sous des angles différents. La *chose* désigne un phénomène extérieur à l'état brut, avant que le droit ne s'intéresse à elle ; cette chose accède au statut de *bien* quand le droit (des biens) la prend comme *objet* de ses prescriptions.

---

910 J. E. Penner, *The idea of property in law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, bibliographie, n° 237, p. 106 : « *For most philosophers the actual objects of property are uninteresting, and the real meat of the question about property is how we can justifiy unequal holdings.* » N. Binctin, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* juin 2006, bibliographie, n° 300, p. 8 : « L'étude des propriétés intellectuelles passe usuellement par l'analyse des régimes de propriété et rarement par un exposé de l'objet de ces dernières. »

911 *Supra*, § 192 et s.

397. La recherche d'une définition autonome du bien. On peut définir le bien comme ce sur quoi porte le droit réel ou comme toute étendue de matière qui n'est pas une personne[912]. Ces définitions, cependant, sont hétérogènes : elles définissent le bien par contraste avec ce qu'il n'est pas. Il faut pourtant rendre justice au bien et reconnaître qu'il a une consistance conceptuelle propre ; mais quelle est-elle ?

398. Droit intellectuel, droit civil et droit public. Toujours dans une démarche comparative, nous ferons un perpétuel va-et-vient entre le droit intellectuel et les branches du droit traitant de la propriété (droit civil et droit public), pour montrer que le premier participe de la construction du même concept de bien que ces derniers. La problématique de ce titre opérera à double sens : du droit de la propriété vers le droit intellectuel, mais aussi en sens inverse. Qu'est ce que le *bien*, objet du droit de propriété ? Le *bien intellectuel* lui est-il comparable ou l'expression elle-même n'est-elle qu'une antithèse sans valeur juridique ?

399. La substance et la fonction du bien. Pour faire l'analyse d'un mot, la grammaire analyse sa nature, puis sa fonction. De même, nous scinderons la question en deux thèmes : la *substance* du bien – s'il nous est permis d'user de ce terme pour désigner ce qui *constitue* le bien dans le domaine immatériel – et sa *fonction* dans le droit subjectif concerné. Nous emprunterons donc les outils du grammairien pour cerner le concept de bien dans toutes ses dimensions : sa nature et sa fonction.

400. Plan. Usant tour à tour des deux clefs d'analyse du bien, nous ferons premièrement une analyse substantielle de la chose, objet du droit (chapitre 1), puis une analyse fonctionnelle du bien dans le rapport de droit (chapitre 2).

---

912 A. P Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 232, p 3 : « *Property can be defined as that which is capable of being the subject matter of property rights* » (« *property* » est ici entend en son sens objectif de bien) ; « *what is peculiar about property is the type of right that exists in relation to it* ».

Chapitre 1

-

Analyse substantielle du bien

401. La substance du bien. Notre première clef d'analyse du bien est sa substance individuelle : le bien est une chose, et cette chose a une étendue, une substance saisissable et objectivement délimitée. Cette étendue peut-elle être intellectuelle ? L'objet du droit intellectuel présente-t-il les mêmes qualités naturelles que celui du droit de propriété ? Peut-il être un objet de droit *in rem* et être nommé un *bien* ? Le bien intellectuel s'insère-t-il dans la notion de bien telle que le droit civil, le droit public, le droit constitutionnel la connaissent, ou sa nature intellectuelle lui en refuse-t-elle l'entrée ?

402. Plan. Avant toute tentative de délimitation, il y a lieu de vérifier si l'idée de *bien intellectuel* ne constitue pas une antithèse, en examinant la possibilité de l'incorporalité du bien (section 1). Cet obstacle levé, nous ferons de l'objet de propriété une délimitation individuelle, portant sur le bien lui-même, la chose particulière (section 2), puis une délimitation générale, celle du champ de l'appropriable (section 3).

Section 1 : La possibilité de l'incorporalité

403. Propriété et corporalité. La propriété est sans doute le lieu où fait et droit sont le plus en accointance, où l'institution juridique s'appuie le plus sur le fait accompli. La propriété d'une chose s'appuie sur la possession physique de celle-ci, il est même parfois dit qu'elle absorbe son objet. La propriété serait faite pour la corporalité.

404. Propriété et bien intellectuel. Cela ne suffit-il pas à en exclure les biens intellectuels ? Existe-t-il vraiment, en droit des biens, un principe de corporalité excluant tous biens immatériels ? La propriété peut-elle au contraire saisir des objets immatériels ? Si oui, le concept de propriété intellectuelle n'est pas antinomique au regard du bien ; sinon, le voilà refoulé du droit général de la propriété, hors les murs du droit commun.

La question s'adresse aux branches du droit régissant la propriété, principalement le droit civil et le droit constitutionnel. La méthode sera donc cette fois unilatérale : la réponse ira du droit de la propriété vers le droit intellectuel.

405. Plan. Sur ce point, nos trois systèmes juridiques ont chacun une attitude propre, mais se rejoignent sur la conclusion que la corporalité n'est pas essentielle à la propriété. Étudions ici la corporalité du bien en droit anglais (A), en droit allemand (B) et en droit français (C).

A) La corporalité du bien en droit anglais

406. L'incorporalité du droit des biens anglais. Le droit anglais connaît les biens immatériels depuis fort longtemps :

> « Le droit anglais n'a jamais eu de problème à reconnaître aux multiples éléments patrimoniaux incorporels le statut de biens à part entière. »[913]

Cela se vérifie en matière immobilière avec la doctrine des *estates*, mais aussi en droit des meubles, au système duquel s'intègre le droit intellectuel.

- **L'incorporalité du bien immobilier**

407. La terre et l'*estate*. Aux yeux du juriste médiéval, qui a légué bon nombre de ses conceptions au juriste anglais contemporain, la terre elle-même était plutôt un ensemble de droits fonciers qu'un espace physique ; elle était un ensemble immatériel.

---

913 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 8.

Cette conception est toujours en vigueur en droit anglais actuel. L'*estate* a pour vertu de s'interposer entre la personne et le fonds. L'*estate in reversion*[914], par exemple, n'est pas un droit en puissance, mais un droit actuel sur un *estate* futur : son titulaire est déjà titulaire d'un *property right* sur le fonds. Les *estates in possession* et *in reversion* sont simultanés et peuvent être indépendamment aliénés[915]. Même le titulaire du droit foncier le plus complet, le fief simple absolu en possession, est propriétaire de son *estate* plutôt que de la matière[916], si bien que la propriété immobilière, à strictement parler, est toujours incorporelle. Comme tous les *estates*, le *fee simple* n'est pas tant un droit subjectif qu'un bien[917].

A l'*estate* s'ajoutent encore maints incorporels immobiliers : les diverses rentes foncières, titres et offices attachés à un domaine, servitudes etc. [918].

- ***Choses in action* et *choses in possession***

408. Les *choses in action*. Parmi les biens meubles, sont à distinguer les *things in possession* des *things in action*, ou, selon des expressions françaises oubliées de leur langue originelle, *choses in possession* et *in action*[919]. Leur distinction est parfois comprise comme la distinction des meubles corporels et des meubles incorporels[920]. Cette lecture est pourtant le résultat d'un glissement de sens, et le retour au sens strict de ces catégories déterminera la qualification des biens intellectuels.

---

914 *Estate* futur, qui commencera quand s'achèvera un *estate* précédent sur le même bien.

915 B. Nicholas, « Le langage des biens dans la *common law* », précité, bibliographie, n° 260, p. 61.

916 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 226-227 : « L'*estate* […] ressemble fort à une chose matérielle dont son titulaire est propriétaire. » Cela vaut aussi pour les anciens *estates* abolis en *common law* mais existant toujours en *equity* : « ils sont tout à la fois l'objet d'un droit de propriété et le droit lui-même ». F. H. Lawson et B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 80 : « *Indeed at the present time, (…) if you buy a house you will be registered as proprietor, not of the land, but of the fee simple abolute in possession if it is freehold and of a legal term of years absolute if it is leasehold.* »

917 B. Nicholas, « Le langage des biens dans la *common law* », précité, bibliographie, n° 260.

918 Blackstone, *Commentaries*, précité, bibliographie, n° 130, livre 2, chapitre 3, « *Of incorporeal hereditements* », p. 20 : « *Incorporeal hereditaments are but a sort of accidents, which inhere in and are supported by substance; and may belong, or not belong to it, without any visible alteration therein. Their existence is merely in idea and abstracted contemplation ; though their effects and profits may be frequently objects of our bodily senses.* »

919 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, § 27.

920 Voir, par exemple, A. P. Bell, *Modern law of personal property in England and Ireland*, Butterworths, 1989, bibliographie, n° 129. La *personal property* y est présentée comme scindée entre « *tangible things (« chattels »), such as cars and books, and intangible things (« choses in actions »), such as debts owned to one, shares and copyright* » (p. 3).

409. Définition stricte. Selon Blackstone :

> « *Property, in chattels personal, may be either in possession ; which is where a man hath not only the right to enjoy, but hath the actual enjoyment of the thing: or else it is in action; where a man hath only a bare right, without any occupation or enjoyment.* »[921]

Les *choses in action* recouvrent donc les choses dont le propriétaire n'a pas la possession, mais peut l'atteindre par une action en justice : telles sont les sommes d'argent dues[922]. Elles « peuvent être appelées des choses en suspens, car elles n'ont aucune existence actuelle »[923]. Leur caractéristique est que leur possession perdue peut être recouvrée. Les *choses in action* peuvent donc être corporelles[924], pourvu qu'elles soient en possession d'un tiers entre les mains duquel il faut les réclamer judiciairement[925].

Bien que formulé en ancien français, le concept est issu du droit romain. La procédure romaine opposait les actions *in rem*, exercées contre tout usurpateur sans lien d'obligation avec le demandeur, et les actions *in personam*, exercées contre le débiteur du demandeur[926]. Sa traduction dans le concept anglais de *chose in action* lui est plus fidèle que la distinction qui en est découlée en droit français entre droits réels et droits personnels. Le concept de *chose in action* rappelle également la notion de *jus ad rem* (droit médiat sur le bien)[927]. Dans toutes ces situations, le titulaire d'une *chose in action*, d'une action *in personam* ou d'un *jus*

---

921 Blackstone, *Commentaries*, précité, bibliographie, n° 130, livre 2, chapitre 25, p. 389.

922 Blackstone en tire la conclusion que « *all property in action depends entirely upon contracts* ». « *While the thing, or its equivalent, remains in suspense, and the injured party has only the right and not the occupation, it is called a chose in action* » (*ibidem*, livre 2, chapitre 25, p. 397). Le professeur Penner va jusqu'à écrire que « *choses in action, therefore, unlike property rights in land or chattels, are not rights in rem; they are rights in personam held against specifiable individuals* » (J. E. Penner, *The idea of property*..., précité, bibliographie, n° 237, p. 107-108). L'assertion souffre toutefois de l'usuelle confusion du droit et de son objet : la *chose in action* est plutôt la chose que l'on peut obtenir par action que le droit d'agir pour l'obtenir. Dans l'exemple d'une créance d'argent, la *chose in action* est l'argent, et l'action est le droit de créance.

923 H. W. Elphinstone, « *What is a chose in action?* », *LQR*, vol. 9, 1893, p. 311 et s., bibliographie, n° 375, à la p. 312 ; S. Brodhurst, « *Is copyright a chose in action?* », *LQR*, vol. 11, 1895, p. 64 et s., bibliographie, n° 367, à la p. 66.

924 J. Fitzgerald and A. Firth, « *Equitable assignments in relation to intellectual property* », *Intellectual Property Quarterly* (*IPQ*) 1999, n°2, p. 228-249, bibliographie, n° 377, à la p. 230 : « *A physical thing would be a chose in action*. »

925 S. Brodhurst, « *Is copyright a chose in action?* », précité, bibliographie, n° 367, p. 69. H. Saint Dahl, *Dahl's law dictionnary*, précité, bibliographie, n° 128, p. 411 : les *choses in action* sont le « droit de poursuivre pour l'obtention de dommages-intérêts ou pour la restitution d'une chose ».

926 A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 145.

927 F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 39 : le *jus ad rem* « ne permet qu'une appropriation différée, virtuelle, et pour l'heure qu'un pouvoir médiatisé sur le bien ». A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 146 : le *jus ad rem* « désigne le droit à la remise d'une chose et a été considéré d'abord comme un droit réel inférieur, comme l'équivalent de l'obligation ».

ad rem n'a qu'un droit médiat sur la chose : il n'a aucun droit de propriété actuel dans le patrimoine de son débiteur[928].

410. Définition extensive. Par extension, les *choses in action* ont inclus toutes celles qui, sans nécessiter de recours juridictionnel, avaient une existence autre que physique, incluant donc les choses légales, tels les droits de propriété intellectuelle[929]. Cette extension du concept donna lieu, à la fin du XIX^{ème} siècle, à une vive discussion doctrinale[930]. La question était : les *choses in action*, dans leur sens élargi, recouvrent-elles toutes les choses intangibles, ou le critère de l'*action* est-il à entendre plus étroitement, selon son sens initial, de manière à exclure des choses incorporelles existant sans action ? La tendance de la série d'articles alors publiés était d'abolir l'interprétation large, devenue commune, mais qui dénaturait le concept et y enfermait des objets trop différents[931].

- **Les biens intellectuels**

411. *Choses in constructive possession*. Bien que les droits sur les biens intellectuels soient en général qualifiés de *choses in action*, il nous paraît plus conforme à la dogmatique anglaise de les considérer comme des *choses in possession* intangibles[932]. Il peut en être usé et

---

928 Si la *common law* est tenue de ne traiter que les phénomènes juridiques actuels, *l'equity*, elle, a la faculté d'anticiper leurs effets. L'une de ses maximes déclare en effet qu'« *equity looks as done which ought to be done* ».

929 Cette définition résiduelle de la catégorie des *choses in action* se retrouve dans beaucoup d'ouvrages actuels. *Cf.*, par exemple, G. Snow, *Les biens, Généralités, Biens personnels*, précité, bibliographie, n° 133, p. 23 : « les choses possessoires peuvent faire l'objet d'une repossession physique, aussi sont-elles forcément de nature corporelle, tangible (…). Tout autre *chattel* personnel tombe dans l'autre catégorie, qui est donc, par essence, résiduelle. »

930 H. W. Elphinstone, « *What is a chose in action?* », précité, bibliographie, n° 375. T. C. Williams, « *Is a right in action in tort a chose in action?* », *LQR*, 10, 1894, p. 143, bibliographie, n° 395. Ch. Sweet, « *Choses in action* », *LQR*, 10, 1894, p. 303, bibliographie, n° 392. F. Pollock, *« What is a thing?* », *LQR*, 10, 1894, p. 319, bibliographie, n° 387. S. Brodhurst, « *Is copyright a chose in action?* », précité, bibliographie, n° 367. T. C. Williams, « *Property, things in action and copyright* », *LQR*, 11, 1895, p. 223, bibliographie, n° 396.

931 *Contra*, cependant, le dernier article de la série, dont l'auteur reste attaché à la conception corporelle des *choses in possession* et à la conception souple des *choses in action*. *Copyright* « *confers no interest in a tangible object, but merely imposes a restriction on others' freedom of action* » ; « *no doubt copyright cannot be a thing in action in the strict sense of the word, because, as M. Brodhurst and the editor point out, there is no cause of action before infringement of the copyright. But [it] is no objection to classing copyright as a chose in action in the wider sense* » (T. C. Williams, *ibidem*, p. 232).

932 H. W. Elphinstone, « *What is a chose in action?* », précité, bibliographie, n° 375, p. 314. S. Brodhurst, « *Is copyright a chose in action?* », précité, bibliographie, n° 367, p. 69-70. F. H. Lawson, B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 38 : par opposition aux droits de créance, « *intellectual property (...) confers the right to require someone not to do something, and make him or her pay compensation if they do. In that way, intellectual property rights are similar to the rights of a landowner against trespassers* ». De même, J.E. Penner, *The idea of property...*, précité, bibliographie, n° 237, p. 109 : « *Intellectual property rights are considered by some to fall into the category of choses in action, but if so, they are atypical, because they are no rights in personam at all. (...) As monopolies, these rights clearly correlate with duties in rem, since everyone has the duty not to do what the monopoly reserves to the right-holder.* »

joui sans action. Le détenteur du *copyright*, par exemple, a bien la possession de l'œuvre ; aucune action en justice n'est nécessaire pour en jouir : elle n'interviendrait qu'en réaction à une infraction. Cette possession incorporelle, en droit anglais, se nomme *constructive possession*[933] : elle désigne le contrôle actuel d'une chose par une personne qui n'en a pas le contrôle physique[934].

Ces explications éclairent l'actuelle définition légale de la nature du brevet :

« *Any patent or application for a patent is personal property (without being a thing in action).* »[935]

412. Les biens incorporels existent donc dans toutes les ramifications du droit anglais des biens. Selon la dogmatique de la *common law*, aussi bien que selon le *statute*, les biens intellectuels sont des biens personnels en possession incorporelle. La réponse allemande est opposée.

B) La corporalité du bien en droit allemand

413. Introduction. Le droit civil des biens allemand se limite aux choses corporelles ; mais la restriction ne vaut ni pour la notion civile plus large de droit souverain, ni pour la notion constitutionnelle de propriété.

- **La matérialité du *BGB***

414. Définition restrictive du bien. Le Code civil allemand, entré en vigueur en 1900, porte les marques de la science des Pandectes, science d'un système juridique fermé et au fonctionnement quasi-mécanique[936].

C'est pourquoi figure en tête du Code une partie générale, où se trouvent définis les concepts déterminant le fonctionnement de l'ensemble. Cette partie générale restreint expressément le concept de bien (die *Sache*) aux choses corporelles[937] :

---

933 H. Saint Dahl, *Dahl's law dictionnary*, précité, bibliographie, n° 128, p. 599 : « *Possession, constructive* : possession fictive ».

934 S. Brodhurst, « *Is copyright a chose in action?* », précité, bibliographie, n° 367, p. 75. Dès l'introduction, l'auteur avait annoncé sa thèse : les parts sociales, les droits de brevet et de *copyright* « *are, in fact, personal property of an incorporeal nature* » (p. 64).

935 Section 30, 1° du *Patent Act* de 1977.

936 Voir F.-J. Säcker, « *Einleitung* », *in* F.-J. Säcker, R. Rixeker, *Münchener Kommentar zum BGB*, tome 1 : *Allgemeiner Teil, § 1-240*, 5ème éd., Beck, 2006, bibliographie, n° 280, § 23 et s.

937 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 5. Cette particularité allemande se voulait l'héritage du droit romain ne connaissant que choses corporelles. Le paragraphe 90 se trouvait originellement en exergue du troisième livre du *BGB*, celui consacré au droit des biens, et se numérotait § 778. Nous avons vu, toutefois (*supra*, § 11), que le droit romain ne disposait pas du concept de propriété, et qu'il acceptait, dans le concept de chose, les *res incorporales* aussi bien que les *corporales*. Cette règle rompt en outre avec le droit germanique, qui usait lui aussi d'un concept ouvert de chose. Elle fut très

« Concept de bien : Les biens, au sens de la loi, sont des objets corporels. »[938]

La règle est claire : l'énergie, le vent (bien que phénomènes physiques, ils sont considérés comme incorporels), les créances et les biens intellectuels ne peuvent faire l'objet du droit des biens du *BGB*. Entre les termes allemands d'*objet* et de *bien* s'opère donc un rétrécissement aux seules choses corporelles[939].

415. Assouplissements. Mais la règle est trop stricte pour correspondre aux besoins de la vie juridique. Elle souffre donc de quelques petites contradictions. Par exemple, les droits liés à la propriété d'un terrain sont considérés comme partie de ce terrain[940]. Selon cette fiction, le terrain a donc une nature mixte, puisqu'en partie composé de droits, incorporels par nature. De même, l'hypothèque, droit réel, s'étend aux droits liés au terrain. Le patrimoine (*Vermögen*) se définit en outre comme la somme des droits de propriété sur tous les objets revenant à la personne, qu'ils soient matériels ou immatériels[941]. L'usufruit, vu comme un démembrement de la propriété, peut porter sur des droits[942].

- **Les objets de « droits de souveraineté »**

416. Objets incorporels. Plutôt que de la stricte catégorie des biens (*Sachen*), les choses incorporelles relèvent de la catégorie large et indéfinie des objets de « droits souverains » :

> « Les objets de droit (*Rechtsobjekte*) sont ce sur quoi s'exerce la maîtrise souveraine (*Herrschaftsmacht*). On y distingue les biens (objets corporels, physiquement contrôlables), et les droits. »[943]

Les pluralités de biens, par exemple, voire de biens et de droits, sans pour autant pouvoir être reconnues comme des biens elles-mêmes[944], peuvent être objets de « droits

---

critiquée lors des travaux préparatoires du *BGB* et de sa promulgation. L'auteur, dans sa critique, revendique le patronage de Gierke (p. 80).

938 § 90 : « *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.* » Voir J. Wilhem, *Sachenrecht*, De Gruyter, Berlin, 2007, bibliographie, n° 80, p. 26 et s.

939 L. Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte*, Mohr Tübingen, 1959, bibliographie, n° 75, § 121 : « La loi distingue les objets et les biens, et la notion supérieure, la plus large, est celle d'objet. »

940 § 96 du BGB : « *Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks*. » Contra : J. Jickeli, M. Stieper, Vorbemerkungen zu §§ 90-103, in C. Hertel, N. Habermann, J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB*, tome 1 : *Allgemeiner Teil*, Sellier – de Gruyter, 2004, bibliographie, n° 269, p. 1-49. Les auteurs soulignent que le fait qu'ils en soient réputés des éléments n'implique pas qu'ils en fassent partie (p. 30).

941 G. Holch, « *Sachen und Tiere, § 90-103* », *in* F.-J. Säcker, R. Rixeker, *Münchener Kommentar zum BGB*, tome 1 : *Allgemeiner Teil, § 1-240*, , 5ème éd., Beck, 2006, bibliographie, n° 267, sous § 90, § 46.

942 § 1068 du *BGB* : « L'objet de l'usufruit peut aussi être un droit ». Les motifs du projet de *BGB* commenté par Fuchs déclaraient pourtant que les droits réels ne pouvaient porter que sur des choses corporelles (E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 6).

943 H. Westermann, *Grundbegriffe des BGB*, Kohlhammer, 1975, bibliographie, n° 77, p. 27. Voir également J. Jickeli, M. Stieper, *Vorbemerkungen zu §§90*-103, précité, bibliographie, n° 269, aux p. 4 et s. Le *BGB* lui-même organise l'usufruit des droits (« *Nießbrauch an Rechten* », § 1068 et s.).

souverains »[945]. Il peut s'agir, par exemple, d'un fonds de commerce, d'une bibliothèque, d'une entreprise. Plus largement compris que les objets de droit de propriété, les objets de « droit souverain » peuvent être incorporels[946]. La maîtrise souveraine (*Herrschaft*) peut donc s'exercer sur des droits, voire sur des objets immatériels, telles une invention, une marque, une œuvre… :

> « L'expression de suzeraineté sur l'œuvre (*Werkherrschaft*) (…) tente de faire apparaître que la position juridique où la loi met l'auteur, du fait de la création ou de la divulgation de son œuvre, est une relation de souveraineté (*Herrschaftsverhältnis*)… »[947]

- **Le droit constitutionnel allemand**

417. La loi fondamentale. Mais tout le droit de la propriété n'est pas contenu dans le *BGB*, qui, contrairement à notre Code civil, ne prétend pas à l'exhaustivité. Le droit constitutionnel allemand connaît une notion beaucoup plus large de la propriété. Elle englobe non seulement la propriété des biens corporels, mais aussi toutes les situations juridiques concrètes, subjectives et patrimoniales, qui ont « une consistance suffisante »[948]. On y trouve, outre le droit de propriété, tous les droits réels démembrés, la propriété des créances, le droit du locataire à la perpétuation de son bail, mais aussi les propriétés intellectuelles[949]. Selon le tribunal constitutionnel fédéral (*BVerfG*), sont des droits de propriété au sens constitutionnel tous les droits patrimoniaux visant à « donner [à l'individu] une sphère de liberté dans le

---

944 Le principe de spécialité l'interdit. Si le *BGB* annonce la possibilité de l'usufruit sur un patrimoine (« *Nießbrauch an einem Vermögen* », § 1085 et s.), c'est pour préciser que l'usufruitier acquiert en réalité l'usufruit de chacun de ses éléments.

945 G. Holch, « *Sachen und Tiere, § 90-103* », précité, bibliographie, n° 267, § 42-44 : les pluralités de biens peuvent faire l'objet du circuit juridique (*Rechtsverkehr*) dans la mesure où, si elles ne peuvent supporter de droits réels, elles peuvent faire l'objet d'obligations contractuelles ou délictuelles.

946 *Contra* : MM. Jickeli et Stieper, qui comptent, parmi les critères rejetant certaines choses dans la catégorie hors du commerce (*unverkehrsfähig*), l'immatérialité qui empêche la chose d'être contrôlable (*beherrschbar*), (J. Jickeli, M. Stieper, *Vorbemerkungen zu §§90-103*, précité, bibliographie, n° 269, p. 16).

947 E. E. Hirsch, « *Die Werkherrschaft – ein Beitrag zur Lehre von der Natur der Rechte an Geisteswerken* », *UFITA* n. 36, 1962, p.19-54, bibliographie, n° 342, à la p. 54. La relation quasi-réelle qu'établit le droit de souveraineté entre le titulaire et l'œuvre, objet de droit, est mise en valeur par le Professeur Schricker. G. Schricker, *Urheberrecht, Kommentar*, 2ème éd., C. H. Beck, 1999, bibliographie, n° 98, § 19, p. 10 : « Le droit d'auteur absolu constitue un droit sur un objet (« *gegenständlich* ») ou un droit « quasi-réel » (« *quasi-dingliches* »), c'est-à-dire qu'il porte sur un objet, l'œuvre, l'attribue à son titulaire et le soumet à la souveraineté de celui-ci ».

948 H. H. Seiler, *Vorbemerkungen zu § 903 ff*, *in* H. Roth, H. H. Seiler, K.-H. Gursky, *J. von Staudinger Kommentar zum BGB*, tome 3 : *Sachenrecht, § 903-924*, Sellier - de Gruyter, 2002, p. 20-35, bibliographie, n° 282, § 25 (« *Eine gewisse Bestandskraft* »).

949 A. Troller, « *Das subjektive Recht im bürgerlichen und sozialistischen Immaterialgüterrecht* », *Festschrift für Franz Vischer zum 60. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer, Zurich, 1983, p. 741-751, bibliographie, n° 284 : « Il est donc aujourd'hui hors de discussion que le concept de propriété, au sens du droit constitutionnel, recouvre la propriété matérielle des meubles et des terrains, les autres droits (*sonstige Rechte*), les brevets et le droit d'auteur, les créances, et autres situations juridiques patrimoniales (*sonstige vermögenswerte Rechtstellungen*). »

domaine patrimonial, et à permettre ainsi son épanouissement et son libre-arbitre dans l'organisation de sa vie »[950].

418. Que l'on emprunte la dogmatique civile ou constitutionnelle, qui, pourtant, ont des conceptions opposées de l'objet de propriété, les biens intellectuels ne parviennent pas à pénétrer que dans le dernier cercle de la classification des objets de droit, le cercle le plus large et le moins sélectif. Nous avons vu cependant combien cette tendance corporaliste est aujourd'hui critiquée[951].

C) La corporalité du bien en droit français

419. Bien qu'issu du mouvement romaniste et influencé par une doctrine qui lui était favorable, le droit des biens français n'a pas retenu de principe de corporalité.

- **L'influence romaniste**

420. ***Res corporales* et *res incorporales*.** Nous avons vu quel fut l'effet des conceptions romanistes sur les codes civils français et allemand[952]. Comme le droit allemand, le droit français accueillit l'influence du droit romain, auquel les commentateurs du Moyen Âge attribuèrent l'idée que la maîtrise physique était un élément constitutif de la propriété[953].

La distinction faite par Gaïus entre *res corporales* et *res incorporales* fut ainsi comprise que les premières étaient l'objet des secondes et que les choses, objets des droits, devaient être corporelles[954]. Les études romanistes établirent le modèle d'un droit de propriété absorbant son objet, s'identifiant à lui et se classant lui-même parmi les *res corporales*. La propriété devait être le bien : tout ce qui émanait du bien devait être propriété. Il fut donc longtemps enseigné que le bien, objet de la propriété, devait être matériel[955], et l'on lit aujourd'hui dans

---

950 « *Einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu gewährleisten und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen* » (*BverfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, précité, bibliographie, n° 462, § 28) – expression reprise dans bien d'autres décisions du Tribunal. Voir *supra*, § 24.

951 *Supra*, § 343.

952 *Supra*, § 10 et s.

953 Ce que réfute Mme Patault : « aucun de ces deux systèmes [germanique et romain] n'a jamais fondé sa légitimité sur un rapport de force ou sur les nécessités techniques » (A.-M. Patault, *Introduction historique…*, précité, bibliographie, n° 18, p. 16).

954 Alors que cette distinction visait plutôt à ordonner les objets de droits en deux types : corporel et incorporel. Voir, sur ce sujet, F. Zénati, « L'immatériel et les choses », *in Archives de philosophie du droit*, tome 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, bibliographie, n° 263, p. 79-95.

955 Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, précité, bibliographie, n° 13, n° 540 : « Dans son acception spéciale et technique, le mot *propriété* ne s'applique qu'au droit de la personne sur les objets corporels », mais « dans son acception la plus générale, [il] exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur une bien quelconque, corporel ou incorporel » ; « c'est ainsi que nous venons de dire la

le *Vocabulaire juridique Capitant* que le bien est « toute chose matérielle susceptible d'appropriation »[956].

- **La possibilité de l'incorporalité en droit français**

421. Le Code civil. La dichotomie principale du Code civil distingue seulement les meubles des immeubles[957]. Parmi les immeubles, il en existe plusieurs de nature immatérielle : l'usufruit des choses immobilières, les servitudes et services fonciers et les actions qui tendent à revendiquer un immeuble[958]. De même, parmi les meubles, il faut compter « les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie », « les rentes perpétuelles ou viagères »[959].

422. La doctrine actuelle. La thèse de la corporalité manquait à la fois de bases historiques et textuelles. Elle fut donc remise en question par un mouvement doctrinal d'ouverture aux biens créés par le développement de la société industrielle et de l'industrie de l'information[960].

S'il demeure des réticences[961], le principe est désormais l'appropriabilité des choses de toute nature, qu'elles soient animées ou inanimées, matérielles ou immatérielles. À toutes s'applique le même droit de propriété :

---

propriété littéraire... » Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome II : *Des droits civils considérés sous le rapport des choses auxquelles ils s'appliquen*t, Marchal & Billard, 1935 (mise à jour : Bartin), bibliographie, n° 10, p. 24 : « Dans l'acception véritable du mot, la propriété ne se comprend que pour les choses corporelles. » G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Tome II : *Obligations, contrats, responsabilité, droits réels, biens propriété*, LGDJ, Paris, 1957, précité, bibliographie, n° 20, p. 1010-1011 et p. 776 : « il est certain que la propriété littéraire ne peut être identifiée à la propriété définie par le Code civil, qui porte sur une chose corporelle et qui suppose une possession et une jouissance exclusive »; pour les auteurs, « en définitive, la propriété littéraire est un droit extrapatrimonial mais dont certains éléments ont un caractère patrimonial ». Cédant pourtant à la qualification législative, les auteurs déclarent plus haut que « les droits d'auteur, ainsi que les droits sur les brevets d'invention et les marques de fabrique constituent des propriétés mobilières incorporelles ».

956 G. Cornu, P. Malinvaud, *Vocabulaire juridique Capitant, PUF*, 8ème éd., 2007, bibliographie, n° 3, « bien ».

957 Article 516.

958 Article 526.

959 Article 529.

960 Le professeur Zénati applaudit : « cette revue [les *Archives de philosophie du droit*] a été l'un des acteurs de la contestation lorsque, sous la bannière de Villey, elle est partie à l'assaut de l'idée reçue que le droit romain nous avait légué la corporéité » (F. Zénati, « L'immatériel et les choses », précité, bibliographie, n° 263, p. 84), et conclut qu' « il n'est plus sérieux, au XXème siècle, de soutenir que les personnes n'ont de relation juridique, directes ou médiates, qu'avec les choses corporelles » (p. 87). Voir également, du même auteur, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTDCiv*. 1993, p. 305-323, bibliographie, n° 330.

961 Le professeur Atias classe les droits intellectuels parmi les « biens meubles incorporels » (en les scindant d'ailleurs étrangement entre « propriétés incorporelles » et « propriété littéraire et artistique »). Il s'interroge toutefois sur leur nature de biens : « n'y a-t-il pas abus de langage ou du moins imprécision terminologique à employer ici le terme de propriété ? Une activité, son résultat pourraient bien être rebelles

> « Que les objets incorporels puissent être des biens se passe de discussion ; que ces biens doivent être reliés aux personnes par un lien de propriété, c'est un acquis si certain de la construction du droit civil que cette conséquence devrait être tirée sans examen de leur régime positif. »[962]

Plusieurs propositions doctrinales de réforme du Code civil ont suggéré de donner du bien une définition explicite, incluant sans équivoque les biens incorporels[963].

423. Le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel français ne revendique pas de conception autonome de propriété : il reprend la conception civile. Nous avons vu que le Conseil constitutionnel, par sa décision de 1982, a reconnu l'ouverture de la propriété à de nouveaux biens, parmi lesquels il a compté la marque en 1991, puis les droits de propriété intellectuelle de manière générale en 2006[964].

424. Conclusion. Il se vérifie que le droit de propriété est loin de nous donner le ferme point de repère que semblait nous promettre son ancienneté. L'Allemagne, la France et l'Angleterre offrent trois façons différentes d'envisager la propriété immatérielle. En droit anglais, l'immatérialité n'est pas une question : les biens immatériels sont aussi bien soumis au droit des biens que les corporels. Le droit français a évolué vers la même solution après de houleuses discussions qui ne sont pas tout à fait apaisées. Quant au droit allemand, il donne lui-même deux réponses opposées : celle du droit civil des biens est très étroite, et celle du droit constitutionnel très ouverte.

De ces trois cultures nationales peut-on néanmoins conclure que l'appropriabilité de l'immatériel est, sinon une possibilité, du moins une aspiration du droit. L'incorporalité des biens intellectuels ne saurait donc suffire à réfuter le concept de propriété intellectuelle.

Mais l'incorporalité n'est-elle pas un obstacle à la délimitation du bien, condition pourtant cruciale d'application du droit de propriété ?

à l'appropriation au sens de l'article 544 du Code civil » (C. Atias, *Droit civil – Les biens*, Litec, 7ème éd., 2003, bibliographie, n° 9, p. 427 et s.).

962 R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », *in* R. Cabrillac M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, 14ème éd., Dalloz, 2008, p. 649-667, bibliographie, n° 258, § 875, p. 664. M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Droit civil français*, tome 3 : *Les biens*, 2ème éd., LGDJ, 1952, bibliographie, n° 19, n° 50, p. 57 : « La notion de chose ou de bien est une représentation intellectuelle, et nous admettons que la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel, pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique. » Voir également M. Vivant, « À propos des « biens informationnels » », *JCP G* 1984, 3 132, bibliographie, n° 328).

963 M. Bruguière, afin de marquer clairement l'entrée de l'immatériel dans le Code civil, a proposé de restaurer l'article 1 d'un projet de réforme antérieur, disposant que tous les biens sont corporels ou incorporels, reléguant au second plan la distinction, devenue secondaire, des meubles et immeubles, (J.-M. Bruguière, « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p. 2804, bibliographie, n° 302). L'association Henri Capitant, dans son avant-projet de réforme du droit des biens présenté le 12 novembre 2008, propose la définition suivante : « sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523 ». Texte consultable sur le site de l'association, à l'adresse : <http://www.henricapitant.org/>.

964 Voir *supra*, § 334.

Section 2 : La délimitation du bien

425. L'importance de la délimitation du bien. Le bien approprié est soustrait à l'appropriation d'autrui ou au champ des choses communes. L'appropriation de l'un est la privation de l'autre ou de la communauté. Il est donc primordial que l'assiette du droit de propriété soit délimitée avec certitude, que ses frontières ne soient pas floues ou contestées.

426. La mixité des critères de délimitation. Dans le monde matériel, la délimitation est facilitée par l'observation physique du bien. Nous chercherons dans cette section si seule la corporalité permet la sécurité juridique dans la délimitation du bien ou si la création intellectuelle peut elle aussi fournir un objet de droit certain.

Or il arrive, dans le monde matériel, que les limites du bien ne soient pas facilement observables ou que l'assiette du droit ne leur corresponde pas tout à fait. Il a donc fallu élaborer des critères additionnels incorporels. Le droit des biens intellectuels, de son côté, a développé une riche législation et une abondante jurisprudence sur la question de la délimitation du bien intellectuel.

427. Plan. Nous verrons donc que la corporalité du bien ne permet pas une totale certitude (A) et qu'en revanche, les critères du droit intellectuel peuvent constituer d'efficaces instruments de mesure (B).

A) Les incertitudes de la corporalité

428. Les certitudes de la corporalité ne sont pas si nombreuses ; il faut donc, même en matière corporelle, recourir à des critères incorporels.

- **La netteté limitée des critères corporels**

429. La présence physique du bien. Une décision anglaise déclare qu'un droit réel « doit être définissable, identifiable par les tiers, capable, par sa nature, d'être présumé par eux »[965]. On retrouve dans cette formulation les accents de l'évidence physique de la propriété : le bien corporel, dès le premier abord, fait présumer aux tiers l'existence d'un droit de propriété ainsi que son assiette.

[965] Lord Wilberforce, dans *National Provincial Bank v Ainsworth*, 1965, bibliographie, n° 466 ; W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4.14, p. 209.

430. Le bornage des fonds. Si le bien meuble corporel paraît facilement délimitable, le terrain l'est moins[966]. Les litiges portant sur la délimitation du bien foncier peuvent toutefois être assez simplement tranchés par l'action en bornage[967], qui assigne à un terrain des limites incontestables et ne suscite de grande attention dans les manuels d'aucun de nos trois pays[968].

- **Le recours à des critères incorporels**

431. Des incertitudes demeurent toutefois dans la détermination du bien matériel : à quelle hauteur et à quelle profondeur s'étend la propriété foncière ? Comment résoudre les cas où le bien se modifie lui-même sous l'effet de phénomènes naturels ou de faits de l'homme ?

432. Les incertitudes quant au dessus et au dessous. Le bornage ne concerne que la superficie du terrain ; sa profondeur et sa hauteur restent à délimiter. Le principe est que le propriétaire de la superficie l'est aussi du dessus et du dessous, *usque ad coelum et ad inferos*[969]. La vie en société exige toutefois qu'il tolère les actes se produisant à certaines hauteurs ou certaines profondeurs. Ici intervient une véritable indétermination, plus manifeste encore en droit allemand, où la mesure de l'assiette de la propriété est l'intérêt du propriétaire[970], et en droit français, où les limites spatiales du fonds sont fixées par une foule de textes spéciaux[971], qu'en droit anglais, où l'incertitude est dissipée par l'arbitraire d'un seuil[972].

433. Les modifications par faits naturels. Le fonds immobilier, en outre, ne jouit pas de la permanence qu'on lui prête volontiers et peut au contraire évoluer sous l'effet du temps et

---

966 F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 7ème éd., Dalloz, 2006, bibliographie, n° 21, p. 189, n°215 : « la délimitation matérielle de l'objet mobilier corporel ne suscite généralement pas d'hésitation » ; « lorsqu'il s'agit de propriété immobilière, des questions particulières se posent, plus ou moins délicates ».

967 § 919 *BGB* : « Le propriétaire d'un fonds peut exiger du propriétaire du fonds voisin qu'il participe à l'édification de frontières fermes ». Article 646 du Code civil : « tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës ».

968 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 148, n° 228 : « Il n'existe guère de littérature relative au bornage (*démarcation* ou *boundaries*) qui a d'ailleurs donné lieu à peu de décisions judiciaires. » F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 21, p. 189 : pourtant, « la délimitation des parcelles ou des lots est souvent une opération délicate, liée à l'existence du cadastre et servant de support aux mécanismes de la publicité foncière ».

969 L'adage est repris en droit anglais (M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 150), allemand (§ 905 *BGB* cité en note suivante), et français (art. 552 du Code civil).

970 § 905 *BGB* : « Le droit du propriétaire d'un fonds s'étend à l'espace au-dessus de la surface et à la terre sous la surface. Le propriétaire ne peut toutefois pas interdire les intrusions se produisant à une telle hauteur, ou à une telle profondeur, qu'il n'a aucun intérêt à les interdire ».

971 F. Terré et Ph. Simmler, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 21, p. 191 et s.

972 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 151 : « Les droits du tenancier sur l'espace au-dessus de son fonds sont limités à la hauteur nécessaire pour l'usage et la jouissance de son bien, environ deux cents mètres. »

des mouvements naturels, qui y ajoutent ou en retranchent des parcelles. Ces situations font l'objet d'une réglementation casuistique[973].

434. L'accession immobilière. À supposer que le terrain soit lui-même précisément délimité, il reste à déterminer ce qui s'y incorpore et ce qui en demeure indépendant. Le droit des biens établit des fictions qui dépassent, voire contredisent la simple évidence visuelle[974].

Même dans le matérialiste *BGB*, l'on peut lire que « les droits liés à la propriété d'un terrain sont considérés comme des éléments de ce terrain »[975]. Le *BGB* établit une gradation entre la chose principale, ses éléments, ses accessoires, et les choses qui n'y sont attachées que pour une raison temporaire[976]. Là encore, en vue de définir le bien, le droit ne peut se fonder sur la seule évidence physique de la chose.

435. L'accession mobilière. Les meubles aussi peuvent être transformés et brouiller ainsi l'assiette physique de la propriété. C'est le cas de l'*accession mobilière* en droit anglais[977] et français[978] et des *remaniements et transformations* en droit allemand[979]. Le chapitre concerné du code français s'ouvre sur l'aveu d'impuissance du législateur, qui reconnaît devoir s'en remettre à la sagacité des juges[980]. Pour déterminer quels sont les nouveaux propriétaires et de quoi ils le sont, le droit français[981], allemand[982] ou anglais[983] est alors obligé de recourir au critère immatériel de la valeur.

---

973 Théorie anglaise des *accretions*, *avulsions* et *diluvions* ; art. 552 et s. du Code civil ; absence de règle explicite dans le *BGB*.

974 Article 524 CC : « Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. » Le critère est l'intention du propriétaire. § 97 *BGB* : « les accessoires sont les biens meubles qui, sans être des éléments du bien principal, sont destinés à servir son utilité économique (*dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind*). »

975 § 96, *« Rechte als Bestandteile eines Grundstücks »*. Où le terrain devient un ensemble à la fois matériel et immatériel.

976 *Hauptsache*, *Bestandteil*, *Zubehör*, et choses attachées en raison d'un *nur vorübergehender Zweck*: § 93 à 97.

977 Selon les circonstances, ce sera une *specification* (formation d'une chose nouvelle à partir du bien meuble d'autrui), une *adjunction* (création d'une chose nouvelle à partir des biens toujours séparables de personnes différentes), ou une *confusion* (mélanges de biens de personnes différentes, de sorte qu'ils ne puissent plus être séparés). M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 198 et s. ; W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, p. 351 et s., n° 4.468 et s.

978 Articles 656 et suivants du Code civil.

979 § 946 *BGB* et suivants.

980 Article 565 CC : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. »

981 Article 569 CC : « Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales. » Article 571 : « Si, cependant, la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant au propriétaire le prix de la matière, estimée à la date du remboursement » - où la partie principale du bien est purement immatérielle : le prix de la main d'œuvre.

982 § 950 *BGB* : « Quiconque produit un bien meuble nouveau par remaniement ou transformation d'une ou plusieurs matières en acquiert la propriété, dans la mesure où la valeur du remaniement ou de la

436. L'insuffisance de l'observation physique du bien. L'observation physique du bien, même corporel, est donc insuffisante à déterminer dans tous les cas l'assiette du droit de propriété. Même le *BGB* allemand, bien que fondé sur le principe de matérialité des biens, est conduit à malmener l'idée de l'évidence physique de la propriété et, comme les droits français et anglais, lui associe parfois des critères tels que l'intention, l'utilité économique, la permanence etc.

Les critères incorporels, déjà présents dans la délimitation du bien corporel, sont les seuls à pouvoir identifier le bien intellectuel.

B) Les incertitudes de l'incorporalité

437. Les conditions d'appropriation comme outils de mesure. Ce sont les conditions de protection qui, en droit intellectuel, mesurent le bien réservé. Comme les outils du géomètre, elles mesurent l'assiette de chaque droit intellectuel, l'existence et l'étendue de la réservation et l'éventuelle constitution d'une contrefaçon[984]. Elles doivent tracer la frontière entre le bien intellectuel et le bien commun. Constituent-t-elles des critères efficaces de délimitation de l'objet réservé, permettant la stricte répartition de ce qui revient au titulaire du droit et de ce qui demeure commun ?

Il n'est pas question de faire une étude propre des conditions de protection : cela dépasse à la fois notre problématique et le volume assigné à notre étude. Il s'agit seulement de rechercher quel degré de certitude peut être atteint dans la délimitation des biens intellectuels,

---

transformation n'est pas considérablement inférieure à celle des matières. Le fait d'écrire, de dessiner, de peindre, de graver ou tout autre remaniement de la surface, équivaut à un remaniement de la matière. »

983 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 200 : le droit anglais traite différemment les cas de confusion selon la répartition de la valeur entre les biens mêlés : « lorsqu'une personne mêle, délibérément ou par négligence, ses biens avec ceux d'autrui sans obtenir son accord ou sans l'en informer, celui-ci devient propriétaire de la totalité » ; cependant, si les biens de ce dernier « ne constituent qu'une toute petite partie de la masse et qu'il serait dès lors injuste de lui attribuer la propriété de l'ensemble », alors le juge abandonne la propriété de l'ensemble au fautif mais le charge du délit civil de *conversion* (dépossession). Voir également W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, p. 352, « *Non-consensual mixing* », § 4.473, et A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 71 et s. : « *Mixing and merger …* ».

984 § 1 *PatG* : « des brevets sont délivrés pour des inventions de tous les domaines de la techniques, dans la mesure où (*sofern*) elles sont nouvelles, qu'elles s'appuient sur une activité inventive, et qu'elles sont industriellement applicables. » Section 1, B, 1° *RDA* 1949 : *« a design shall be protected by a right in a registered design to the extent that the design is new and has individual character »*. Article 3 de la directive CE 98/71 : « La protection d'un dessin ou modèle par l'enregistrement n'est assurée que dans la mesure où il est nouveau et présente un caractère original ». Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz – Kommentar*, 2ème éd., C. H. Beck, 2008, bibliographie, n° 85, p. 59: « Plus l'œuvre est originale, plus largement elle sera protégée. » L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 94 : « *The originality requirement sets a threshold that determinines when material falling within the definition of literary, dramatic, musical or artistic works is protected by copyright law.* »

en prenant d'abord la mesure des incertitudes, et en appréciant ensuite l'efficacité des remèdes qui y sont apportés.

- **Les incertitudes des critères intellectuels**

438. S'il existe des incertitudes dans la délimitation des biens intellectuels industriels, le critère le plus instable est celui de l'originalité en matière littéraire et artistique. À ces indéterminations s'ajoutent les cas de double appropriation.

439. Les incertitudes en matière industrielle. La délimitation des biens industriels jouit d'un référent objectif : la nouveauté industrielle[985] se définit par opposition à l'état de la technique[986], à ce qui a déjà été divulgué[987], aux droits antérieurs[988].

Mais elle n'est pas le seul critère d'identification du bien intellectuel. Il faut y ajouter des critères plus incertains tels, pour l'invention, l'activité inventive déployée pour y aboutir[989] ou, pour le dessin ou modèle, son caractère propre ou individuel. Pour ce qui est de la marque, la nouveauté constitue plutôt l'une de ses conditions d'existence qu'un instrument de mesure de l'étendue de la réservation : soit la marque sera nouvelle et valable, soit elle portera atteinte à des droits antérieurs et son enregistrement sera refusé. Dans ces deux derniers cas, il faut user de critères moins objectifs : le caractère propre et la distinctivité[990], qui se définissent par l'impression faite sur le public.

440. Les traditions différentes de l'originalité. C'est en matière littéraire et artistique que l'incertitude du critère de délimitation est la plus grande. Non seulement son application

985 Une thèse allemande de 1989 a voulu unifier le concept de nouveauté dans tout le domaine industriel : A. J. Decker, *Der Neuheitsbegriff im Immaterialgütterrecht*, Florentz, 1989, bibliographie, n° 216.

986 Art. 54 de la convention de Munich de 1973 ; art. L. 611-11 CPI ; section 2 *PA* 1977 (« *the state of the art* ») ; § 3 *PatG* (« *der Stand der Technik* »). Les divulgations n'entrant pas dans l'état de la technique sont identiquement définies : section 2 *PA* 1977, § 3, 5° *PatG*, art. L. 611-13 CPI.

987 Art. 4 de la directive CE 98/71 ; art. L. 511-3 CPI ; section 1 B 2° *RDA* 1949 (« *a design is new if no identical design or no design whose features differ only in immaterial details has been made available to the public before the relevant date* »); § 2 *GeschmMG* (« *wenn vor dem Anmeldetag kein identisches Muster offenbart worden ist* »).

988 Art. L. 711-4 CPI ; § 9 *MarkenG* ; sect. 5 *TMA* 1994.

989 Définie en termes identiques en droits anglais, allemand et français : section 3 *PA* 1977 (« *not obvious to a person skilled in the art* »), § 4 *PatG* (« *wenn sie sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt* »), art. L. 611-14 CPI (« si, pour un homme du métier, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique »). Le critère de la technicité lui aussi est fuyant. G. Dallimore, « *A step forward: excluding « technical » from the test for patentable subject matter* », *Articles & Papers*, Boult Wade Tennant, novembre 2005: <http://boult.com>, bibliographie, n° 372 : « *using an undefined word (technical) to determine wether a patent application relates another undefined word (invention) can only create more problems that it solves* ».

990 A., J.-B. et W. Nordemann, *Wettbewerbs- und Markenrecht*, 10ème éd., Nomos, 2004, bibliographie, n° 116, § 2081 (la distinctivité (*die Kennzeichnungskraft*) « détermine l'étendue de la protection (*Schutzumfang*) d'un signe : plus haute est la distinctivité, plus large sera l'étendue de la protection »).

concrète est incertaine, mais dès la définition de la notion de référence se manifestent des différences entre droits allemand, anglais et français.

441. L'originalité en droit français. L'originalité est traditionnellement définie, en droit français, comme l'« empreinte de la personnalité de l'auteur » sur l'œuvre[991]. L'exigence n'apparaît pas dans le Code de la propriété intellectuelle, si ce n'est incidemment, au sujet des titres d'œuvres[992]. Le législateur a voulu éviter de trop soumettre le droit d'auteur à l'appréciation subjective des juges, en déclarant protégeables « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »[993] – disposition que l'on ne lit ni en droit anglais, ni en droit allemand, et qui semble inviter à une protection large et indiscriminée.

C'est entre ces deux balises que navigue le droit d'auteur français : le juge qui l'applique doit rechercher dans une œuvre les marques de la personnalité de son auteur, mais fermer les yeux sur son mérite[994].

442. L'originalité en droit allemand. L'exigence d'originalité n'apparaît pas dans la loi allemande, qui se contente de préciser que :

> « Les œuvres au sens de la présente loi sont exclusivement des créations intellectuelles personnelles. »[995]

Ce que le droit français appelle la marque de la personnalité de l'auteur est en droit allemand un « certain degré d'individualité », des « propriétés créatives suffisantes », une « hauteur de mise en forme », « de création »[996]. L'œuvre doit se « distinguer de la masse des productions quotidiennes, de routine ou de simple artisanat »[997].

Le caractère personnaliste du droit d'auteur allemand se manifeste ici de nouveau. Nous avons déjà[998] souligné que l'objet du droit d'auteur allemand est l'auteur dans sa relation à son œuvre plutôt que l'œuvre elle-même ; il faut ajouter que l'originalité, dans sa plus

---

991 Depuis H. Desbois, *Le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 33. Sur la définition de l'originalité en droit français et sur son adéquation conceptuelle, voir la thèse de M. Laligant, pour lequel la notion de création serait plus appropriée, comme condition de la protection (O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur*, PUAM, 1999, bibliographie, n° 194). Voir également A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993, I, 3 681, bibliographie, n° 316.

992 Protégés comme œuvres eux-mêmes par l'art. L. 112-4 CPI.

993 Art. L. 112-1 CPI.

994 C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, thèse, LGDJ, 1981, bibliographie, n° 184.

995 « Persönliche geistige Schöpfungen » (§ 2, 2° UrhG).

996 *BGH* 10 décembre 1987, I ZR 198/85, *Vorentwurf II*, *GRUR* 1988, p. 533, bibliographie, n° 456 ; BGH, 27 janvier 1983, I ZR 177/80, *Brombeer-Muster*, *GRUR* 1983, p. 377, bibliographie, n° 454 ; Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 56. M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, bibliographie, n° 95, § 151, p. 63 : l'œuvre doit « exprimer l'esprit individuel, que ce soit par la forme, par le fond ou par les deux ».

997 Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 55.

998 Voir *supra*, § 340. § 11 *UrhG* : « Le droit d'auteur protège l'auteur dans sa relation spirituelle et personnelle à l'œuvre, et dans l'utilisation de celle-ci ».

rigoureuse définition, n'est pas l'expression de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre, mais l'impression faite sur le lecteur, le spectateur, l'auditeur[999]. Il est ainsi confirmé que l'œuvre n'est pas une chose en soi, mais un mode d'expression de l'auteur vers son public.

443. L'originalité en droit anglais. Alors que les lois allemande et française ne donnent pas de consécration législative à la condition jurisprudentielle et doctrinale d'originalité, le *CDPA* l'affiche dès sa première section :

> « *Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work: (a) original literary, dramatic, musical or artistic works ...* »

L'originalité, en ce sens, n'est plus une qualité de l'œuvre elle-même, mais son origine :

> « *The Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work - that it should originate from the author.* »[1000]

Le principe est que toute œuvre non copiée, issue d'un effort créatif personnel, même minime, sera originale. Il faut, à l'origine de l'œuvre, dépenser « compétence, jugement et travail »[1001]. Le niveau d'effort ou de travail créatif exigé est bas, et l'originalité ainsi comprise ne sera qu'exceptionnellement considérée comme insuffisante[1002]. Son mode opératoire concret et casuistique[1003] en rend la conceptualisation malaisée[1004].

---

999 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, bibliographie, n° 95, § 146, p. 62 : « Le créateur ne fait pas impression sur l'œuvre, mais l'œuvre fait impression sur la personne entrant en contact avec elle. Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 55 : « L'œuvre n'existe pas en soi, mais seulement pour les personnes, en relation entre l'œuvre et le lecteur, auditeur ou spectateur. »

1000 Juge Peterson, *High Court of Justice* (*HCJ*) (Chancery division), *University of London Press v. University Tutorial Press*, *Law reports*, 1916, p. 209 et s., bibliographie, n° 471 ; D. I. Bainbridge, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 42. Nous soulignons.

1001 « *Skill, judgement and labor* », ou, selon des formules alternatives de la jurisprudence : « *selection, judgement and experience* », ou « *labor, skill and capital* ». W. R. Cornish et D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 11-04, p. 417 : « *the input must satisfy a minimum standard of effort* », où le terme *input* (apport) manifeste que l'originalité se constitue à la source de l'œuvre plutôt qu'en l'œuvre elle-même.

1002 Le *copyright* fut refusé à une sélection d'extraits de la traduction de la *Vie d'Alexandre* de Plutarque pour manque d'individualité de l'œuvre dérivée (*HCJ* (*Privy Council*), 1923, *Macmillan v. Cooper*, *Times Law reports (TLR)* 1924, p. 186, bibliographie, n° 472 ; D. I. Bainbridge, *Cases and Materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 44). La retranscription d'un discours constituait un travail suffisant, un art requérant un entraînement suffisant pour attirer la protection du *copyright* (*Court of appeal* (*CA*), 1900, *Walter v. Lane*, *Law reports, appeal cases (AC)*, p. 455, bibliographie, n° 470 ; W. R. Cornish, *Cases and materials on intellectual property*, 5ème éd., Sweet and Maxwell, 2006, bibliographie, n° 138, p. 270).

1003 Lord Atkinson, *Macmillan v. Cooper*, 1923, précité, bibliographie, n° 472 : l'originalité « *must depend largely on the facts of the case and must in each case be very much a question of degree* », « *the dividing line between original (...) works and non-original (...) works remains an uncertain and shifting one* ».

1004 L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 93 : « *This uncertainty has been exacerbated by the fact that as part of the copyright law in Europe, a new concept – that of the author's own intellectual creation – is now used in the United Kingdom to determinate the originality of databases and arguably also computer programs and photograph*s. » Quant aux concepts voisins de « partie substantielle », d' « idées » et d' « expression », qui complètent la notion d'originalité dans la détermination de l'objet de la réservation, MM. Spence et Endicott soulignent qu'ils ne sont vagues « qu'au sens faible ». Ils sont, certes, d'application incertaine, mais ont une véritable cohérence conceptuelle (« *Vagueness in the scope of copyright* », LQR vol. 121, 2005, p. 657-680, bibliographie, n° 376, à la p. 659).

444. Les cas de double appropriation. Outre ces incertitudes conceptuelles, les critères de délimitation des biens intellectuels contiennent tous un commun paradoxe : ils peuvent définir le même bien en faveur de deux titulaires différents. Dans ces cas de double appropriation, deux biens identiques sont fortuitement créés par deux personnes différentes. Comment décider à qui revient le droit portant intellectuel ? Chacun est aussi légitime que l'autre à accéder au droit intellectuel et, pourtant, le droit de propriété ne souffre pas de concurrence sur un même bien. Il y a là une situation destructrice de l'idée de propriété : deux droits de propriété ne peuvent coexister sur un même bien[1005].

- **La recherche de la certitude**

445. Le droit intellectuel possède et développe des moyens de résorber les difficultés de détermination de son objet : il s'agit notamment des formalités de dépôt, de l'harmonisation communautaire et des règles de résolution des cas de double création.

446. La définition du bien par l'enregistrement. Les biens intellectuels sujets à enregistrement sont définis par les pièces fournies au registre. Le déposant, par son acte de dépôt, délimite lui-même l'objet du droit qu'il brigue. L'effet est le plus visible en matière d'inventions, où le déposant doit décrire non seulement l'invention, mais revendiquer les aspects techniques constituant le bien réservé[1006].

Cette définition expresse de son objet par le brevet lui-même a permis à la doctrine anglaise de développer la métaphore du « *fence-post* »[1007], faisant une nette et simple discrimination entre ce qui empiète sur les revendications ou les descriptions et ce qui s'en tient à distance.

En droit d'auteur, l'absence de dépôt pose des problèmes de preuve plus que de fond. En déposant leurs œuvres, les auteurs remédient eux-mêmes à ces problèmes de preuve de la date et de l'objet de la création.

1005 La solution de ces contradictions sera exposée au point suivant, § 449.

1006 § 14 *PatG* : « La portée de la protection du brevet et de la demande de brevet est déterminée par les revendications (*Patentsansprüche*). La description et les dessins doivent être utilisés pour interpréter les revendications. » Section 14, 1° *PA* 1977 : « *The claim or claims shall : a) define the matter for which the applicant seeks protection; b) be clear and concise; c) be supported by the description; d) relate to one invention or to a group of inventions which are so linked as to form a single inventive concept.* » Sur la relative nouveauté de cette tâche revenant aux revendications de délimiter l'objet de la réservation, et sur l'aspect plus théorique que pratique de la délimitation *ex ante* par rapport à la délimitation juridictionnelle *ex post*, voir D. J. Brennan, « *The evolution of english patent claims as property definers* », *I.P.Q.* 2005, n°4, p. 361-399, bibliographie, n° 366. Article L. 612-6 du CPI : « Les revendications définissent l'objet de la protection demandée. Elles doivent être claires et concises et se fonder sur la description ».

1007 Expression de la doctrine anglaise qui signifie « piquet de clôture ».

447. La standardisation européenne en matière industrielle. Le droit européen et communautaire s'est rendu plus présent en matière industrielle qu'en matière littéraire et artistique. Il en résulte, d'un État membre à l'autre, des critères équivalents, sinon identiques[1008], dont la définition est elle-même parfaitement cohérente entre nos trois pays étudiés[1009]. Sans préjuger des résultats d'études plus approfondies, nous pouvons considérer les notions de nouveauté, de caractère propre, d'inventivité, de distinctivité etc. comme bien établies. Pour filer la métaphore du géomètre, disons que le mètre est stable d'un État membre à l'autre et qu'entre l'Angleterre, l'Allemagne et la France, il doit produire des résultats cohérents.

448. L'effet du droit communautaire sur l'originalité. L'originalité est un critère d'accès à la protection plus strict en droits continentaux qu'en droit anglais. Le bénéfice du *copyright* sera plus facilement acquis que celui du droit d'auteur et du *Urheberrecht*. L'harmonisation européenne, dans sa mission égalisatrice, tend à niveler les seuils d'exigence et, pour les logiciels, les bases de données et les photographies, elle se contente d'une « création individuelle propre »[1010]. Ce nivellement constitue un abaissement pour les droits continentaux[1011] et un rehaussement pour le droit anglais[1012].

1008 Les caractères nouveau et individuel des dessins et modèles sont exactement repris ; le second est traduit en français et en allemand comme « caractère propre » (Article 3 de la directive CE 98/71, section 1B 1° *RDA* 1949, § 2, 1° *GeschmMG*, art. L. 511-2 CPI). L'article 2 de la directive CE 89/104 est repris en droits allemand (§ 3 *MarkenG*) et anglais (section 1 *TMA* 94) dans sa formulation exacte, soulignant cette idée d'aptitude (« *geeignet*», « *capable* ») du signe à distinguer des produits, disparue dans le texte français par ailleurs exactement identique (L. 711-2 CPI). L'article 52 de la convention de Munich de 1973 est repris en droit allemand (§ 1 *PatG*), anglais (section 1 *PA* 1977) et français (L. 611-10 CPI). Le juge Lord Jacob écrit à son sujet, avec une amusante franchise : « *although s.1(2) pointlessly uses somewhat different wording from that of the EPC no one suggests that it has any different meaning. So we, like the parties before us, work directly from the source* » (*Aerotel v. Telco Holdings et Macrossan's application*, CA (civ.) 27 octobre 2006, [2006] *EWCA* 1 371, bibliographie, n° 478, § 6).

1009 Les précédentes notes ont montré que la formulation des critères est stable et cohérente entre le texte communautaire et les textes anglais, allemands et français. La définition de chacun de ces critères l'est tout autant, mais nous en épargnons à notre lecteur la fastidieuse démonstration dont le résultat ne varie guère.

1010 Directive CE 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, article 1, 3°. Directive CE 93/98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, article 6 (Photographies). Directive 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, article 3.

1011 Par exemple, la règle allemande en matière de logiciel était la non protection, et la protection était l'exception, car une « prestation personnelle créative au-dessus de la moyenne » était exigée (*BGH, Inkassoprogramm*, 9 mai 1985, 1 *ZR* 52/83, *GRUR* 1985, p. 1041, bibliographie, n° 455). R. Kerfack, M. Paschke, « *Wie klein ist die « kleine Münze » ?* », *Zeitschrift für Urheberrecht und Medienrecht* (*ZUM*), 1996, p. 498-503, bibliographie, n° 344, aux p. 498-499 : la directive CE 91/250 du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur a provoqué l' « affaissement des conditions de la protection », et son « extension à la « petite monnaie » des programmes d'ordinateur. Les professeurs Dreier et Schulze se demandent si vraiment la « création individuelle propre » européenne se distingue de la « création propre personnelle » allemande, et concluent que la différence réside dans la liberté d'interprétation donnée aux juges : alors qu'ils étaient auparavant libres d'insérer sous le concept de hautes exigences, ils doivent désormais se contenter d'une interprétation large, si bien qu'il existe, dans la loi

449. La solution des cas de double appropriation. Les cas de double appropriation constituent un véritable paradoxe que le droit de la propriété ne peut tolérer. Ils sont plus fréquents en matière industrielle, où la nouveauté est objective, qu'en matière littéraire et artistique, où l'originalité se détermine en la personne de l'auteur. Ils s'y règlent d'ailleurs plus radicalement.

En matière littéraire ou artistique, deux auteurs ayant indépendamment créé la même œuvre auront tous deux un droit sur elle[1013]. Existe-t-il véritablement deux droits de propriété sur le même bien intellectuel ? Il semble que la difficulté puisse se résoudre par une remontée vers l'amont de la création : il existe deux biens indépendants, et leur identité fortuite n'est que l'effet de l'identité des sensibilités créatrices.

En matière industrielle, les inventeurs, *designers*, ou commerçants concurrents seront départagés par la priorité de l'enregistrement. Il n'existera alors plus qu'un bien intellectuel : celui qui aura été enregistré en premier[1014]. Sauf en matière de marques, le concurrent éconduit bénéficiera toutefois d'un droit de possession personnelle antérieure[1015], dont la nature est plutôt celle d'une tolérance puisqu'il ne jouit d'aucune exclusivité, et que ce droit ne peut être invoqué en justice que comme moyen de défense en cas de poursuite pour contrefaçon intentée par le concurrent bénéficiant de l'enregistrement.

450. Conclusion. La délimitation du bien intellectuel est certes plus difficile que celle du bien corporel. En matière corporelle, l'incertitude porte sur le choix du titulaire entre plusieurs concurrents, mais n'entache pas la notion de bien elle-même. En matière intellectuelle, elle estompe les frontières du bien avant même que ne se pose la question de

---

allemande, « deux concepts d'œuvre » (Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 56).

1012 L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 94 (« *The european conception of originality may well set the threshold higher, excluding works which are merely the product of labour alone* »).

1013 Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 55 : « Il existe en ce cas ce que l'on appelle la double création (*Doppelschöpfung*), avec pour conséquence que les deux auteurs ont des droits sur leur œuvre. » L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 93 : « *Originality is not concerned with wether the work is inventive, novel or unique* ». M. Buydens, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », *Auteurs et Médias*, 5-6/2004, p. 477-483, bibliographie, n° 303.

1014 La loi allemande règle explicitement cette question en son § 6. En droits anglais et français, la priorité est implicite.

1015 Art. L. 613-7 CPI. En droit allemand, le *Vorbenutzungsrecht* peut exister sur une invention (§ 12 *PatG*) mais aussi sur un modèle (§ 41 *GeschmMG*). En droit anglais, le *right to continue use begun before priority date* (section 64 *PA* 1977) est reconnu en matière d'inventions, mais pas de *design* (excepté sur la base de l'article 22 du règlement communautaire CE 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, ce qui ne ressort pas de l'ordre juridique anglais ; voir L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 677).

son attribution. Les politiques législatives y diffèrent plus, l'appréciation du juge y est plus cruciale et plus lourde, la menace d'inégalités jurisprudentielles.

Nous n'y voyons toutefois qu'une difficulté particulière, et non pas un indice de l'inexistence conceptuelle du bien intellectuel, d'une artificialité fragile qui en ferait le pur produit du volontarisme législatif. L'établissement de ses contours est difficile, mais n'est pas impossible[1016]. Difficile à délimiter, le bien intellectuel n'en existe pas moins en soi et non pas seulement à travers le regard du législateur. Le recours à des standards vagues peut d'ailleurs être bénéfique : la précision des critères peut aussi être un facteur d'arbitraire, tandis que les standards flexibles peuvent s'adapter aux situations évoluantes, tirer le plein effet de la sagacité des juges et s'accorder en chaque espèce aux objectifs de la protection[1017].

La délimitation individuelle du bien qui nous occupe est rendue malaisée par sa nature intellectuelle. La délimitation générale du champ de l'appropriable dans le domaine intellectuel l'est sans doute plus encore, puisqu'il s'agit là de choix politiques.

[1016] M. A. Heller, « *The boundaries of private property* », *The Yale Law Journal*, vol. 108, n° 6, p. 1163-1223, bibliographie, n° 380, p. 1174 : « *Like real property, there is a viable spacial and temporal scale within which intangible property functions efficiently as private property*. »

[1017] M. Spence, T. Endicott, « *Vagueness in the scope of copyright* », précité, bibliographie, n° 376.

Section 3 : La délimitation du domaine appropriable

451. Domaine privé et domaine commun. L'opération de délimitation est ici plus abstraite que dans la précédente section. Il ne s'agit plus de fixer les limites d'un bien intellectuel individuel mais, plus largement, de délimiter le domaine appropriable ainsi que, par contraste avec lui, le domaine des choses communes qui demeurent libres d'accès et d'usage. Il s'agit de démarquer le domaine du privé et celui du commun.

452. La vocation à l'appropriation. Il nous revient donc une tâche d'observation : certaines choses répugnent-elles par nature à l'appropriation ? A ce travail de naturaliste s'ajoute une interrogation politique : le législateur doit-il paralyser le processus d'appropriation et décider de l'inappropriabilité de certains biens ? La question commune demeure la suivante : les choses ont-elles toutes vocation à devenir des biens ?

453. Plan. Il existe un domaine dont la propriété privée, par nature ou par choix, est exclue, et le droit intellectuel y apporte sa part (A) ; mais en matière intellectuelle, le domaine appropriable s'étend et bouleverse l'équilibre originel (B).

A) La préservation d'un domaine exclusif de la propriété privée

454. La variété des choses inappropriables. Sans définition unitaire, sans contours clairs et sans droit commun, il existe un domaine où la propriété privée n'existe pas. Il se compose des exclusions faites en diverses branches de droit sans plan d'ensemble. Sous un nom inadéquat (« domaine public »), s'y trouvent confondues les notions fort différentes de *res communes*, *res nullius*, *res publicae*, *res extra commercium*.

Prenant soin de les distinguer, nous nous apercevrons que le pur inappropriable est fort rare : la plupart des choses exclues de l'appropriabilité privée ou considérées telles ne le sont que dans une certaine mesure. Au-delà de cette constatation, la question qui nous occupe est la suivante : le droit intellectuel connaît-il la même opposition de l'appropriable et de l'inappropriable que les autres branches du droit ?

Le droit intellectuel et les autres branches du droit connaissent des types symétriques de choses inappropriables ; seule la notion de choses communes est beaucoup plus importante en droit intellectuel qu'en droit civil des biens.

- **La symétrie du droit des biens et du droit intellectuel**

455. Symétrie. Les principales choses exclues de l'appropriabilité privée existent symétriquement en droit intellectuel et dans d'autres branches du droit. Ce constat s'illustre notamment dans les cas très différents de la personne humaine, des biens publics et des choses hors du commerce, dont il apparaîtra incidemment qu'elles ne sont pas toutes réellement inappropriables.

456. La personne humaine. La personne humaine, en vertu de la distinction fondamentale des objets et des sujets de droit, est insusceptible d'appropriation. Sans soulever la question de la distinction des éléments et des produits du corps humain, nous pouvons nous en tenir au principe que la personne elle-même n'est ni appropriable, ni aliénable, mais que des produits qui en sont détachés le sont (les cheveux), et que certains de ses éléments peuvent faire l'objet de conventions patrimoniales (l'image).

Dans ces considérations apparemment éloignées du droit intellectuel apparaît une analogie avec l'exploitation des œuvres. Dans le système personnaliste allemand, l'œuvre, élément non séparé de la personne, est incessible, et peut faire l'objet de droits créés ou démembrés au profit d'un tiers[1018]. Selon la conception dualiste française, l'œuvre est plutôt traitée comme un produit de la personne, qui s'en est détaché et constitue désormais un bien autonome cessible[1019].

457. Les choses publiques. Les choses publiques constituent le domaine public au sens strict, par contraste avec le domaine commun sur lequel n'existe pas de droit de propriété, même public. Les choses publiques sont certes soustraites à la propriété privée, mais demeurent soumises à la propriété publique. Ce ne sont pas des choses inappropriables.

Le droit intellectuel apporte sa contribution au domaine public selon des modalités nationales diverses. Le droit intellectuel français alimente le domaine intellectuel public par la cession de plein droit à la personne publique, dans la mesure strictement nécessaire à la mission de service public, des créations de ses agents[1020]. Le droit allemand reconnaît à la

---

[1018] § 29 *UrhG* : « Le droit d'auteur est incessible (*unübertragbar*). » § 31 : « 1) L'auteur peut concéder à autrui tout ou partie des modes d'usage de l'œuvre. »

[1019] On en trouve une illustration à l'article L. 131-1 qui traite (pour l'interdire) de la « cession globale des œuvres futures ».

[1020] Avant la réforme de 2006, et selon un avis rendu par le Conseil d'État le 21 novembre 1972 dit *Ofrateme*, il était considéré que « les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service ». La loi dite *DADVSI* du 1er août 2006, article 31, modifiant l'article L. 111-1 CPI et introduisant un article L. 131-3-1, a restreint la cession à l'État du droit d'auteur des agents publics. Le principe selon lequel l'auteur salarié demeure titulaire du droit d'auteur fut élargi à ces derniers, désormais titulaires originels du droit d'auteur (art. L. 131-3-1 CPI),

personne publique, comme d'ailleurs à l'employeur, le droit de « s'attribuer » l'invention faite en service[1021], mais s'en tient, pour les œuvres, au principe personnaliste[1022]. Le droit anglais applique aux agents publics le même régime qu'aux salariés : l'invention et l'œuvre appartiennent dès l'origine à la Couronne[1023].

458. Les choses hors du commerce. Les choses hors du commerce sont parfois assimilées aux choses inappropriables. Les manuels allemands, par exemple, rassemblent dans la catégorie des *biens hors du commerce*[1024] les choses publiques, sacrées ou communes, le corps humain, les cimetières etc.

L'extracommercialité et l'inappropriabilité interviennent pourtant dans deux domaines différents. La question de la cessibilité, par hypothèse, ne peut se poser qu'à l'égard de choses appropriables et n'a pas de sens au sujet des choses inappropriables[1025].

Le Code français, plus fidèle à l'origine contractuelle de la notion, la mentionne au sujet de l'objet des conventions[1026]. Le droit intellectuel apporte à la catégorie des choses hors du commerce les marchandises déclarées contrefaisantes : portant atteinte à un droit aussi fondamental que le droit de propriété, elles sont considérées inaptes à faire l'objet de

---

qui n'est que « cédé de plein droit » à la personne publique, et seulement « dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public ». L'article L. 611-7, en matière d'invention, applique aux agents de l'État le même régime qu'aux salariés : les inventions faites dans l'exercice d'une mission inventive « appartiennent » à la personne publique.

1021 H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 136 et s. Ces dispositions ressortent d'une loi indépendante de la *PatG* : la loi sur les inventions de travailleurs *Arbeitnehmererfindungengesetz*). Son paragraphe 4 dispose que les « inventions de service » sont celles qui, « faites pendant la durée de la relation de travail, soit 1) sont issues de l'activité incombant au travailleur dans l'entreprise ou dans l'administration, soit 2) s'appuient essentiellement sur des expériences ou travaux de l'entreprise ou de l'administration ». § 5 : « 1) L'employeur peut s'attribuer tout ou partie d'une invention de service ». § 6 : « 1) Par la déclaration d'attribution totale, tous les droits sur l'invention de service sont transmis à l'employeur. 2) Par la déclaration d'attribution partielle, l'employeur acquiert seulement sur l'invention de service un droit d'usage non exclusif. » Dans les deux cas, le travailleur a un droit à compensation (§ 9 et 10).

1022 Seule la création d'un programme d'ordinateur permet à l'employeur d'exercer seul les droits patrimoniaux (§ 69b *UrhG*).

1023 Sections 39 et 130 *PA* 1977, section 163 *CDPA* (*crown copyright*).

1024 *Verkehrsunfähige Sachen*. Voir, par exemple, J. Jickeli, M. Stieper, *Vorbemerkungen zu §§90-103*, précité, bibliographie, n° 269, p. 16 ; J. Marly, *Sachen – Tiere*, *in* M. Wolf, *Soergel Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil*, 13ème éd., W. Kohlhammer, 2000, p.529-541, bibliographie, n° 275, p. 533.

1025 Selon M. Paul, il faut éradiquer l'erreur qui « consiste à assimiler l'extracommercialité à l'inappropriabilité. L'assimilation semble impossible tant pour des motifs historiques – l'extracommercialité ayant toujours été de pair avec une appropriation effective – que pour des raisons de technique juridique – le commerce juridique n'intéressant par définition que la sphère patrimoniale » (F. Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, 2002, bibliographie, n° 178, p. 2 et s.). Dans le même sens, *cf.* F. Zénati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 2008, bibliographie, n° 23, p. 67 : « Pour que le problème de l'extra-commercialité se pose vraiment, on doit se trouver en présence d'un bien. (…) le commerce juridique est un critère de distinction des biens et non pas un critère de distinction des choses non appropriées. Ce dernier critère ne présenterait aucune utilité car les choses non appropriées sont, par définition, étrangères au commerce juridique… »

1026 Article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »

conventions[1027]. Pragmatiquement, cet ostracisme vise à réduire le bénéfice commercial de la contrefaçon et, théoriquement, il se fonde sur l'idée que « l'extra-commercialité est dans la nature-même des choses contrefaites, en ce que leur conception n'appartient pas au contrefacteur »[1028].

Le droit anglais prête peu d'attention à ce concept issu du droit romain[1029].

- **L'importance des *res communes* en droit intellectuel**

459. Les choses communes. Les choses communes existent aussi bien en droit civil qu'en droit intellectuel, mais jouent un rôle primordial dans l'équilibre du second. Alors qu'elle ne constitue pas une question centrale du droit civil, la délimitation du domaine commun et du domaine appropriable est cruciale pour la justification et la mise en œuvre du droit intellectuel.

460. Les choses communes en droit commun. En droit civil, les choses communes sont celles sur lesquelles ne vaut aucun droit de propriété privée ou publique et qui sont à la disposition de tous. Seul le Code civil français en contient une définition[1030]. Le Code allemand n'y fait aucune allusion, et elles ne sont évoquées dans les manuels que sous la définition du bien[1031]. Le droit anglais s'y réfère comme à un concept romain étranger[1032].

L'ambiguïté des choses communes consiste en leur inaptitude à faire l'objet de droits exclusifs tout en étant disponibles à chacun pour son propre usage, mais aussi,

---

1027 Cass. com., 24 septembre 2003, *D.* 2003, n°39, p. 2683, obs. Caron bibliographie, n° 438. Critique par C. Verneret, « Vente de marchandises « contrefaites » : deux solutions contradictoires de la Cour de cassation ? », *PI* avril 2004, n°11, p. 591.

1028 F. Zénati-Castaing et F. Revet, *Les biens*, bibliographie, n° 23, p. 71. Les auteurs ajoutent que « le propriétaire de la matière est plus que dans une situation illicite, il est dépourvu de tout droit sur l'idée mise en œuvre ».

1029 Il n'apparaît pas dans les manuels principalement retenus comme source de nos recherches : M.-F. Papandréou-Déterville (*Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236), W. Swadling (*Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297), H. Lawson et B. Rudden (*The law of property*, précité, bibliographie, n° 132)…

1030 Article 714 : « Les choses communes sont les choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. » Mme Chardeaux souligne le désintérêt dont souffrent les choses communes : « la propriété, en tant qu'elle constitue l'un des trois « piliers » de notre système juridique ne laisse qu'une place restreinte aux choses communes qui font figure de fausse note dans l'orchestration du régime des biens », et définissant la notion par l'inappropriabilité (M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, bibliographie, n° 174, p. 4).

1031 J. Marly, *Sachen – Tiere*, précité, bibliographie, n° 275, n° 33 : « Les biens communs (*Allgemeingütter*, *res omnium communes*), comme l'air, la mer ou les eaux courantes, aussi longtemps qu'ils ne sont pas séparés et soumis à un usage particulier, sont soustraits à la souveraineté de fait des personnes, et ne peuvent pas faire l'objet de droits. » Voir également Ch. Engel, *Das Recht der Gemeinschaftsgüter* (« Le droit des biens communs »), *Die Verwaltung* n° 30, 1997, p. 429-479, bibliographie, n° 338.

1032 M. Radin, L. Greene, *Law Dictionnary*, Oceana, 1966, bibliographie, n° 127 : « Res communes : *Things in common. A phrase in the roman and civil law which referred to those things which by the law of nature are the property of all mankind, and in which exclusive property can be held only to the extent of actual use* ».

éventuellement, pour un acte d'appropriation. Pourquoi les déclarer soustraites à toute emprise, si chacun peut non seulement en faire usage, mais aussi se les approprier par occupation ? Tout d'abord, comme la définition anglaise[1033] le souligne lumineusement, l'usage ne fonde aucun de droit de propriété. L'occupation n'est ensuite possible qu'après séparation et transformation de la chose commune : l'air emprisonné et liquéfié n'est plus l'air libre, le litre d'eau recueilli n'est plus l'eau courante. Là se trouve également la différence des *res communes* et des *res nullius* : ces dernières sont telles quelles disponibles à l'occupation, tandis que les premières ne le sont qu'après un changement matériel qui entraîne un changement de qualification.

Les choses communes ne sont donc pas des biens : elles ne font pas et ne peuvent pas faire l'objet d'un droit de propriété, mais elles possèdent une valeur exploitable, mise à contribution par des droits d'usage non exclusifs[1034].

L'exclusion des choses communes n'est pas une simple exception au principe de la propriété : elle participe à la construction politique de la société. Elle n'est pas déterminée par une impossibilité simplement physique d'appropriation, mais bien par une inappropriabilité posée par le droit[1035]. Les choses communes sont la garantie d'un espace public de liberté[1036], par opposition à l'espace privé de liberté, que crée la propriété privée[1037].

1033 Précitée, note précédente.

1034 C'est d'ailleurs ce qui provoque la tragédie des communs, fameuse parabole de M. Hardin, préoccupé par la menace de surpopulation mondiale, et soucieux de récuser les idées de bien maximal pour une population maximale ainsi que de régulation par un main invisible que l'on lit chez A. Smith. La tragédie se déroule dans un pâturage ouvert à tous. Tant que les guerres et les famines maintiennent un bas niveau de population, le pâturage supporte son poids. Mais la stabilité sociale permet un jour au pasteur de se demander quel serait pour lui les avantages et les inconvénients d'ajouter un mouton à son troupeau : l'avantage est pour lui, et l'inconvénient serait pour tous. Comme chaque pasteur rationnel raisonne ainsi, « *freedom in a commons brings ruin to all* ». Ajoutons à cela l'accroissement de la population : « *to couple the concept of freedom to breed with the belief that everyone born has an equal right to the commons is to lock the world into a tragic course of action* ». G. Hardin, *The tragedy of the commons*, *Science*, 13 décembre 1968, vol. 162, p. 1243-48, bibliographie, n° 379.

1035 M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, précité, bibliographie, n° 174, p. 107-170 : ce n'est pas tant une « inappropriabilité ancrée dans la nature des choses » qu'une « norme d'inappropriabilité ». Voir également A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 13 : « *the law enjoys great flexibility in marking the bounjds of what is property* » (le mot *property* est ici employé dans le sens objectif de *bien*).

1036 R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », précité, bibliographie, n° 258, § 857, p. 652 : la terre est finie, et « en grande partie inappropriable, car cette étendue conditionne l'exercice effectif de la liberté d'aller et venir ».

1037 Ch. Engel, *Das Recht der Gemeinschaftsgüter*, précité, bibliographie, n° 338, p. 429 : « Le droit des biens communs est un souci de politique juridique. Il veut mettre en évidence les options de l'ordre juridique et conduit ce dernier à des décisions rationnelles entre ces options ». En France, l'article les concernant précise d'ailleurs que « des lois de police règlent la manière d'en jouir » (article 714 CC). Mme Chardeaux souligne le « rôle que cette notion est susceptible de jouer comme contrepoids à la propriété. Dans quelle mesure cette notion constitue-t-elle un garde-fou efficace contre les appropriations intempestives ou éthiquement condamnables ? » (M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, précité, bibliographie, n° 174, p. 9).

461. Les choses communes en droit intellectuel. Les choses communes existent également en droit intellectuel : ce sont les idées, les informations, les découvertes, les méthodes etc., exclues de toute réservation privative car elles doivent rester à la disposition générale[1038]. C'est là un principe général fondamental du droit de la création. Il s'exprime, en droit des œuvres, dans la dichotomie des idées et de l'expression[1039], liée à la condition d'originalité[1040] ; en matière d'invention, dans la distinction des connaissances et de leurs effets techniques. La volonté de préserver un domaine commun n'apparaît explicitement que dans les textes relatifs à l'invention[1041] et à la marque[1042].

C'est sans doute en ce dernier domaine que l'opposition du domaine public à la réservation privée est traditionnellement la plus forte, car la préexistence du signe est plus évidente que celle de l'invention ou des idées, et l'acte faisant naître le droit est plutôt d'association arbitraire du signe à des produits que de création[1043].

1038 C'est ainsi que, par exemple, l'idée qui, dans le domaine de l'art conceptuel, constitue l'œuvre elle-même ne peut être protégée par le droit d'auteur : seule sa mise en forme ponctuelle peut l'être, bien que ce ne soit pas en elle que réside au premier chef la valeur artistique et l'expression de la personnalité de l'artiste. Sans critiquer cette solution qui semble la seule acceptable (voir dernièrement, en droit français, cass., 1ère civ., 13 novembre 2008, *JCP G* 2008, II, 10 204), il nous paraît donc hâtif de déclarer que « l'art conceptuel est protégé » (C. Caron, *Chronique de propriété intellectuelle*, *JCP E* juin 2009, p. 46-50, bibliographie, n° 305, à la p. 47).

1039 La réservation de la forme tend pourtant à entraîner accessoirement celle du contenu, et le droit d'auteur est parfois vu comme un moyen de freiner la diffusion du savoir. Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, IRPI, Paris, 2004, bibliographie, n° 189, § 9 et 10 : « l'information formalisée de manière originale n'est alors pas autre chose qu'une œuvre, sur laquelle la loi accorde à l'auteur un droit de propriété » ; « la reprise de forme est de plus en plus nécessaire afin d'assurer une véritable information objective ». Mme Mallet-Poujol parle d'un « double objectif de protection-accessibilité des gisements informationnels » (N. Mallet-Poujol, « Marché de l'information, le droit d'auteur injustement « tourmenté » », *RIDA*, n° 169, janvier 1996, p. 93-203, bibliographie, n° 317, à la p. 97). Les tentatives de réservation de l'information par le droit d'auteur sont nombreuses et certains craignent pour la préservation du domaine intellectuel commun ; *cf.* L. Guibault, B. Hugenholtz, *The future of the public domain, Indentifying the Commons in information law*, Kluwer Law International, 2006, bibliographie, n° 290).

1040 Les Lords jugent par exemple que : « plus l'idée copiée est simple et abstraite, moins elle est de nature à constituer une partie substantielle [de l'œuvre protégée]. L'originalité, entendue comme la contribution des compétences et du travail de l'auteur, tend à se manifester dans le détail avec lequel l'idée de base est présentée » (Lord Hoffmann, *Designer Guild Ltd v. Russell William (Textiles) Ltd*, 23 novembre 2000, *FSR* 2001, p. 113, bibliographie, n° 468). W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property law*, bibliographie, n° 137, p. 417 : « *A basic axiom is that copyright protects the expression of an idea rather than the idea itself.* »

1041 Article 52 de la convention de Munich du 5 octobre 1973, repris à l'article L. 611-10 CPI, à la section 1 *PA* et au § 1 *PatG*.

1042 Article 3 de la directive CE 89/104, repris en substance à l'article L. 711-2 CPI, à la section 3 *TMA* et au § 8 *MarkenG*. L'intérêt des concurrents et la problématique de la disponibilité sont particulièrement présents en matière de marques : le propriétaire d'une marque non exploitée est déchu de son droit ; la marque est spéciale et l'intensité de sa protection est proportionnelle à sa distinctivité ; le rejet des marques génériques participe du souci de préserver un espace d'appropriation suffisant.

1043 Sir H. Cozens-Hardy, Maître des Rôles, 1909 : « *Wealthy traders are usually eager to enclose part of the great common of the English language and to exclude the general public of the present day and of the future from access to the enclosure* » (rapporté par J. Davis, « *European trademark law and the enclosure of the commons* », IPQ 2002, p. 342-368, bibliographie, n° 373). Mme Davis insiste sur le caractère usuel de la référence aux commons en droit anglais des marques, remontant ses recherches aux origines du droit moderne, le TMA de 1875. Elle souligne que le concept n'est pas à entendre par analogie avec les commons

462. Les œuvres « libres ». Les communs intellectuels comptent-ils les créations que leur auteur décide lui-même de vouer à la communauté, par l'effet d'une licence dite libre[1044] ? Le paradoxe est que la permission donnée par l'auteur au public de reproduire, modifier et distribuer son œuvre librement est sanctionnée par les règles du droit intellectuel. Le renoncement n'est donc pas total, on ne peut parler d'abandon de propriété, et ces œuvres relèvent toujours du domaine privé, qui n'est ouvert à tous que par la volonté réversible de leur propriétaire.

463. Conditions de protection ou conditions d'existence ? Le domaine intellectuel commun s'alimente de tout ce qui est exclu de la réservation par les conditions de protection. L'existence de telles conditions est-elle compatible avec l'idée de propriété ? Plus que des conditions d'accès à la réservation, ce sont des critères d'existence des biens intellectuels. Sans cette valeur que le droit exige de lui, plutôt que refusé à la protection, le bien intellectuel est réputé ne pas exister.

Les idées d'œuvre non originale[1045], d'invention non inventive ou non technique, de marque non distinctive etc. sont donc des antithèses ; il s'agit plutôt d'idées générales, de découvertes scientifiques, de signes... En tant que biens communs, ils demeurent disponibles à chacun, qui, par une transformation (expression personnalisée, application industrielle, association à des produits…), peut se les approprier.

464. L'origine des biens intellectuels. Sous-jacente à ces considérations, une conception de l'origine des biens intellectuels se laisse deviner. Trois hypothèses sont proposées quant à cette origine[1046] :

- leur appartenance à une masse commune originelle, jusqu'à un acte simple d'occupation[1047] qui les en sépare ;
- l'appartenance des seules idées à la communauté originelle, jusqu'à leur mise en forme[1048], qui les transforme et les détache de la communauté ;

---

fonciers, qui, au contraire des commons intellectuels, n'étaient pas une zone de libre accès à tous, mais une zone partagée entre titulaires de droits spécifiques.

1044 Voir les licences dites *Creative Commons*, ou encore la licence Art libre, développées par les mouvements de libre diffusion de la culture, issus par la mouvance du logiciel libre et soutenus notamment par le professeur L. Lessig .

1045 D. Gervais, *La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé*, Librairie Droz, 1998, bibliographie, n° 190, p. 19 : « Nous considérons que l'originalité est un élément de définition de l'œuvre. »

1046 S. V. Shiffrin, « *Lockean arguments for private intellectual property* », in S. R. Munzer, *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge University Press, 2001, bibliographie, n° 296, p. 138-167, aux p. 159 à 166.

1047 L'acte d'appropriation serait en ce cas, en sa première étape, une simple découverte, *invention* au sens du droit civil de quelque chose de préexistant et de déjà achevé, et en sa seconde étape, l'acte d'enregistrement sans lequel, en matière industrielle, n'existe aucun droit exclusif. L'acte d'appropriation, en ce cas, n'est pas de nature intellectuelle.

- l'absence de toute communauté originelle, la création *ex nihilo* des biens intellectuels, sans préexistence d'aucun de leurs éléments.

La première et la dernière sont excessives : l'une nie tout apport personnel et, réduisant à néant l'acte créatif, retire sa justification au droit intellectuel[1049] ; l'autre, niant toute inspiration extérieure du créateur, récuse les théories de la création, le principe de l'éducation, l'identité civilisationnelle. Seule la seconde correspond à l'état de l'ontologie de la science et de l'art et à celui du droit.

465. L'expiration de la durée de protection. Le domaine intellectuel commun se nourrit également des biens intellectuels dont la durée de protection est échue. L'extinction de la réservation ne constitue pas un retour au domaine commun originel. Un bien nouveau a été produit par l'acte créateur à partir des idées ou autres choses intellectuelles communes : ce n'est donc pas le même bien qui a été soustrait au domaine commun et qui y retourne. Le bien intellectuel constitue une nouvelle chose commune : tous peuvent en jouir et en user (quiconque peut éditer un ouvrage dont l'auteur est décédé depuis plus de soixante-dix ans), mais personne ne peut plus se l'approprier en l'état. C'est une chose commune et non pas une chose sans maître.

466. Conclusion. Cette exploration a mis à jour le parallélisme du droit des biens civils, publics et intellectuels au sujet du domaine inappropriable.

Les choses communes ne peuvent pas être elles-mêmes appropriées, mais peuvent être transformées en biens appropriés. Elles doivent pour cela, en matière intellectuelle, s'insérer dans l'un des régimes légalement prévus, composant le domaine appropriable.

B) L'extension du domaine intellectuel appropriable

467. Les biens intellectuels sont répartis en catégories légales, auxquelles s'appliquent des régimes propres. Tandis que les catégories principales se distendent, de nouvelles catégories apparaissent. En matière intellectuelle, le domaine appropriable est encore en croissance.

[1048] Il s'agit là d'un acte véritablement intellectuel, créatif, équivalent de la *transformation*, de la *specification*, et de la *Bearbeitung* en matière mobilière, par lequel une chose est transformée en une autre, entraînant une réattribution différente de la propriété. Plutôt que d'un fait générateur de propriété, il s'agit d'un fait créateur du bien.

[1049] Voir en matière immobilière R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », précité, bibliographie, n° 258, § 814 : « La terre est un donné naturel obtenu par les hommes en dehors de tout travail de création. Il sort de là que la terre est le type même du bien commun : cela rend injuste l'idée d'une appropriation privative… »

- **L'extension de l'objet des droits intellectuels principaux**

468. Le relâchement des critères de réservation. Les critères de réservation, outils de délimitation des biens intellectuels[1050], se distendent, leur acuité s'émousse et la valeur exigée pour qualifier la chose de bien intellectuel s'amoindrit. De nouveaux biens se sont ainsi gagné la reconnaissance du droit intellectuel alors qu'ils n'en remplissaient qu'imparfaitement les conditions. Si, en matière de brevets, les demandes tentent souvent de contourner les critères de technicité et d'inventivité, c'est en matière littéraire et artistique que le critère de l'originalité se trouve le plus distendu, au point que se pose la question de son maintien ou de la création de nouveaux régimes de protection.

469. L'extension de la brevetabilité ? Les critères de brevetabilité des inventions, voire la définition même de l'invention, doivent conduire à décliner les demandes de brevets portant, par exemple, sur des programmes d'ordinateur[1051], des méthodes commerciales ou des gènes.

Les demandes de tels brevets sont pourtant nombreuses, et les offices d'enregistrement ont parfois la tentation d'y satisfaire. La convention de Munich permet de breveter des inventions comprenant l'un de ces éléments si d'autres éléments brevetables s'y ajoutent[1052]. L'appréciation de ce qui doit s'ajouter aux éléments non brevetables pour former un tout brevetable est laissée aux agents des offices des brevets et aux juges. Le fait que de tels brevets puissent être obtenus outre-Atlantique pèse lourdement sur la politique des offices européens[1053] en faveur de l'insertion des méthodes, des logiciels et des découvertes génétiques dans le champ de l'appropriabilité.

470. L'originalité. Par ailleurs, en droit d'auteur, le référent supérieur de l'originalité, déjà différent entre les trois pays étudiés[1054], fut malmené en chacun, et l'on aboutit partout à un standard d'originalité inférieur, plus lâche et plus compréhensif, étendant d'autant le champ de l'appropriation.

1050 Voir section 2.

1051 R. Hilty et Ch. Geiger, « Breveter le logiciel ? Une analyse juridique et socio-économique », *PI* juillet 2005, n°16, p. 296-312, bibliographie, n° 312, spéc. p. 301.

1052 Article 52, 3), repris en droit anglais, allemand et français dans les termes vus en section 2.

1053 Lord Jacob, CA (civ.), 27 octobre 2006, *Aerotel v. Telco Holdings et Macrossan's application*, précité, bibliographie, n° 478 : « *There has been some political pressure on Europe to remove or reduce the categories of non-inventions. (...) Secondly there is pressure from would-be patentees on patent offices. (...) This pressure in part stems from the fact that (...) people have been getting patents for these subject-matters in the USA* ».

1054 Voir *supra*, § 440 et s.

471. L'unité de l'art en droits continentaux. Le mouvement fut amorcé au début du XIX[ème] siècle[1055] avec l'abolition des frontières entre les Beaux-Arts et les arts appliqués. La recherche de l'empreinte de la personnalité de leur auteur dans un décapsuleur ou un panier à salade est plus artificielle que dans une peinture ou une sculpture. Il a donc fallu assouplir les rigueurs du critère. Toutefois, si la proximité du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles peut certes conduire à une confusion des deux[1056], les conditions de protection des dessins et modèles peuvent également servir de repoussoir à l'originalité, et la proximité peut alors conduire alors à une méticuleuse différenciation[1057].

472. La « petite monnaie » de la création en droits continentaux. La protection de la « petite monnaie » ne résulte pas tant de la théorie de l'unité de l'art que de la volonté de protéger des œuvres utilitaires ou de faible originalité[1058]. Pour permettre cette extension de la protection, il faut en réduire les conditions pour certaines œuvres[1059] et dénaturer le critère de l'originalité[1060]. C'est plutôt la loyauté commerciale que la créativité qui se trouve protégée par la réservation des créations de faible originalité, des modes d'emplois, des carnets d'adresses, des slogans ou ritournelles publicitaires mais aussi, plus récemment, des programmes d'ordinateur et des bases de données. Ces objets seraient sans doute plus adéquatement protégés par le droit de la concurrence déloyale[1061] ou par un régime spécial de propriété intellectuelle[1062].

1055 Voir *supra*, § 252.

1056 A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, p. 83 : « Les concepts de nouveauté et d'originalité étaient trop proches pour que ce voisinage ne dégénérât point. Et c'est ce qui advint ».

1057 Th. Dreier et G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 58 : « Les exigences ne doivent pas être ici [pour les œuvres des arts appliqués] amoindries, puisqu'il existe, pour les œuvres de plus faible individualité, la protection des dessins et modèles (*Geschmacksmusterschutz*) ». G. Schulze, *Die kleine Münze…*, précité, bibliographie, n° 230, p. 111 : en matière d'arts appliqués, les juges « n'ont pas besoin d'accorder à toute création la longue et complète protection du droit d'auteur, mais peuvent, par des critères exigeants, la réserver au réellement artistique sans avoir à craindre que des objets de faible valeur protégeable ne soient totalement dépourvus de protection » ; en revanche, « de simples considérations d'équité ont conduit à être moins exigeant envers les œuvres pour lesquelles n'existe aucun régime de protection comparable à celui des dessins et modèles ».

1058 Selon les professeurs Dreier et Schulze, la protection de la « petite monnaie » (*die kleine Münze*) est principalement admise dans le domaine musical et littéraire (protection des textes utilitaires) (Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 58).

1059 Cette réduction n'est par ailleurs pas égalitaire entre types d'œuvres : la typologie de la protection de la petite monnaie du droit d'auteur par les tribunaux allemands montre de grandes inégalités entre œuvres des arts appliqués, œuvres littéraires et scientifiques, œuvres musicales etc. G. Schulze, *Die kleine Münze*, précité, bibliographie, n° 230, p. 46 et s.

1060 A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, p. 92 : si l'on retenait un concept d'originalité à géométrie variable, « il faudrait alors parler, non seulement d'une originalité, mais encore d'un droit d'auteur à géométrie variable. Mais pourquoi les deux régimes devraient-ils porter le même nom ? »

1061 Tel est l'avis du professeur Rehbinder (M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, bibliographie, n° 95, § 153, p. 64). Bien avant lui, Pouillet acceptait au contraire d'intégrer la petite monnaie au champ du droit d'auteur, sur l'échelon le plus bas de la création, et trouvait normal que les décisions rendues à leur sujet fussent contradictoires (E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 3[ème] éd., Maillard et Claro, 1908, bibliographie, n° 40, n°51), tandis que

473. La protection du « *routine labour* » en droit anglais ? Une acception relâchée de l'originalité s'est également développée en droit anglais, notamment quant aux compilations[1063], sur la base du principe selon lequel « ce qui vaut d'être copié vaut d'être protégé »[1064]. Un effort non créatif de pure routine, mais substantiel (le *routine labour*), a été jugé suffisant pour faire accéder des listes chronologiques ou alphabétiques à la protection du *copyright*[1065]. Le *routine labour* n'était pas explicitement énoncé comme critère d'accès à la protection mais a été simplement considéré comme satisfaisant l'exigence d'originalité.

> « *The application of the « skill and labour » test is a highly flexible one and it may operate as a pretext for protecting mainly investment.* »[1066]

Les exigences du *copyright* ne sont donc pas beaucoup plus basses que celles du droit d'auteur et du *Urheberrecht* ; pas autant que ne le suggère la formule précitée de lord Peterson.

Même ainsi largement entendue, l'exigence d'originalité ne pèse que sur la première catégorie des œuvres énumérées par le *CDPA*. Les autres n'y sont pas soumises : les enregistrements sonores, films, émissions etc., pour lesquelles il suffit de ne pas enfreindre le *copyright* d'une œuvre précédente[1067].

Desbois déplorait les « errements des tribunaux » accordant protection à des objets de trop faible originalité (H. Desbois, *Le droit d'auteur*, précité, bibliographie, n° 33, § 37).

1062 Le professeur Schulze est d'avis que la petite monnaie de la création ne serait adéquatement protégée que par l'élaboration d'un régime spécial de protection de la prestation, indifférente à sa qualité intellectuelle (G. Schulze, *Die kleine Münze*, précité, bibliographie, n° 230, p. 283).

1063 Autres que les bases de données, auxquelles s'appliquent le critère communautaire issu de la directive CE 96/9 du 11 mars 1996, plus exigeant que le critère anglais.

1064 Juge Peterson, *University of London Press v. University Tutorial Press*, précité, bibliographie, n° 471 : « *What is worth copying is prima facie worth protecting* ».

1065 *Ladbroke v. William Hill* (1964, *All England Reports*, 1, p. 465) est cité comme exemple de cette tendance (L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 105). On y lit pourtant qu' « une fois accompli le travail de décider quels paris seront proposés, il demeure la tâche distincte, requérant des compétences, un jugement et un travail considérables, de déterminer de quelle manière ils seront présentés au consommateur » (D. I. Bainbridge, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 46), ce qui renvoie en réalité à la notion d'effort créateur plutôt qu'à celle d'effort de routine.

1066 T. Aplin, « *When are compilations original* ? », *Digital Technology Law Journal*, 2001, vol. 3, n° 1, bibliographie, n° 361. L'auteur poursuit : « *Courts have generally avoided protecting compilations solely on the basis of expenditure of effort and money. At the same time, however, courts have protected compilations that have displayed marginal skill in their selection or arrangement, but which have involved considerable labour or expense*. »

1067 *CDPA*, section 1 b et c, section 5 et s. Ce qui semble une discrimination entre œuvres est en réalité la volonté de rassembler les objets de *copyright* en une seule liste, là où les droits français et allemand distinguent entre droit d'auteur et droits voisins. Le *copyright* ne connaît qu'un objet intellectuel (*the work*), se déclinant entre : 1) les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques originales ; 2) les mêmes, issues d'un effort non créatif de routine ; 3) les œuvres entrepreneuriales, qui n'enfreignent aucun *copyright* préexistant, objets de droits voisins en droits allemand et français.

- **L'apparition de nouveaux droits intellectuels**

474. Les nouveaux biens intellectuels. Les nouveaux droits intellectuels participent également à l'expansion du domaine appropriable mais opèrent différemment : plutôt que par extension des catégories existantes, ils en ajoutent de nouvelles.

475. Énumération. Tandis que les droits des producteurs de vidéogrammes et phonogrammes sont rangés, au côté du droit des artistes-interprètes, parmi les droits voisins du droit d'auteur, celui des producteurs de bases de données fait cavalier seul au point d'être qualifié de droit *sui generis*. Hors de ce domaine qu'il devient difficile de qualifier de « littéraire et artistique », il existe encore, dans celui de la technique, les droits portant sur les produits semi-conducteurs[1068] et les obtentions végétales[1069]. Les droits nationaux, en ces matières, résultent directement des engagements internationaux[1070] ou communautaires[1071].

476. Les biens intellectuels en attente. Outre ces nouveaux biens consacrés, se presse aux portes du droit intellectuel une foule de biens marginaux en attente d'intégration sous « l'ombrelle protectrice de la propriété intellectuelle »[1072]. On y trouve les noms de domaine[1073] et les savoirs et folklores traditionnels[1074], ou, moins connus, les parties

---

1068 Directive CE 87/54 du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs, reprise en droit allemand, par la *Halbleiterschutzgesetz* du 22 octobre 1987 ; en droit français, par les articles L. 622-1 et s. CPI, et, en droit anglais, par les *Design right (semiconductor topographies) regulations* du 1er août 1989, qui ne firent qu'adapter le régime général du *design right in original design* de la partie III du *CDPA*.

1069 Convention de Paris 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales, reprise en droit anglais par le *Plant variety Act* de 1997, ch. 66 ; en droit allemand, par la *Sortenschutzgesetz* du 11 décembre 1985 ; et en droit français, par les articles L. 623-1 et s. CPI.

1070 Traité du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur ; second traité du même jour sur les interprétations et les exécutions et les phonogrammes, lui-même en partie inspiré de la convention de Genève du 29 octobre 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leur phonogrammes ; accords ADPIC (ou *TRIPS*) du 15 avril 1994, dont les articles 35 et s. traitent des topographies de circuits intégrés…

1071 Directive CE 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

1072 D. I. Bainbridge, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 2 (« *The protective umbrella of the intellectual property law* »). Une proposition de loi française a suggéré de déclarer que « toute création exploitable à des fins lucratives, qui résulte d'un travail intellectuel accompli avec ou sans l'aide d'un matériel ou d'un logiciel est constitutive d'un intérêt patrimonial susceptible de protection juridique » (article 1er), et, plus précisément, que « les créations qui ne sont pas protégées par un des droits de propriété incorporelle relevant des livres 1 (droit d'auteur), 5 (dessins et modèles) et 6 (brevets d'invention) du Code de la propriété intellectuelle peuvent, néanmoins, donner naissance à un droit d'exploitation exclusif, temporaire et opposable à tous » (article 2). La doctrine s'y montra défavorable (Ch. Le Stanc, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées » », *D.* 1993, p. 4 et s.), et la proposition ne fut pas suivie.

1073 C. Birner (*Die Internet-Domain als Vermögensrecht* (« Le nom de domaine comme droit patrimonial »), thèse, Mohr Siebeck, 2005, bibliographie, n° 213) prône une qualification de droit contractuel *sui generis*. S'opposant à la conception du nom de domaine comme objet de propriété intellectuelle, voir S. Burshtein, « *Is a domain name property ?* », *Journal of intellectual property law and practice*, octobre 2005. Selon le professeur. Loiseau, à l'inverse, le nom de domaine est « un bien qui ne peut être que le nouvel objet d'un droit de propriété intellectuelle » (G. Loiseau, « Protection et propriété des noms de domaine », sous CA Paris, 18 octobre 2000, *Dalloz* 2001, n°17, p. 1379, bibliographie, n° 315).

d'échec[1075]... de même qu'en droit civil, le droit au nom[1076] ou à l'image des biens[1077]. Nous retrouvons également ici, sous un autre angle que précédemment, la « petite monnaie » du droit d'auteur, et notamment le logiciel, pour lequel la création d'un régime spécifique est parfois proposée[1078].

477. La sélection des biens intellectuels. Comment justifier cette discrimination des biens pouvant être objets de propriété intellectuelle et des biens communs ?

> « Une chose immatérielle ne devient un bien immatériel que quand l'ordre juridique l'attribue à une personne déterminée et la rend ainsi disponible au commerce juridique (« *als Rechtsobjekt verfügbar* »). C'est à juste titre que l'ordre juridique ne l'a fait que pour certaines choses immatérielles (« *nur für wenige Immaterialgüter* »). »[1079]

Il ne s'agit plus de l'exigence de qualités objectives pour accéder à la protection, mais du filtrage des objets dignes de réservation et des objets pouvant être copiés. Les droits civil, public et constitutionnel n'ont pas eu à définir ainsi leur objet. Au contraire, la propriété de droit commun saisit toutes les choses extérieures et, indifférente à leurs caractères individuels, les réunit sous « son uniforme capuchon gris »[1080]. Si des objets aussi strictement définis que des bases de données ou des circuits semi-conducteurs ont pu faire l'objet de lois spécifiques, peut-on parler d'un principe général d'appropriation des valeurs intellectuelles créées ?

Les conditions de protection, en droit intellectuel, servent d'instrument de mesure de l'étendue du bien, et cette fonction est conforme au fonctionnement du droit de propriété. Le fait que la propriété ne puisse se constituer que sur certains biens énumérés, en revanche, s'y

---

1074 H.-Ph. Sambuc, *La protection internationale des savoirs traditionnels*, L'Harmattan, 2003, bibliographie, n° 208.

1075 « À tout moment il se trouve un esprit qui pose la question de la propriété intellectuelle » (rapporté par E. Seifert, « *geistiges Eigentum – ein unverzichtbarer Begriff* », précité, bibliographie, n° 281, notes de bas de page 6 et 7).

1076 Il soulève des problématiques très proches de celles des biens intellectuels : bien atypique, siège de droits peu compatibles avec le droit purement patrimonial de propriété, mais aussi de contraintes publiques.

1077 *BGH*, 9 mars 1989, *Verwertung der Fotografie eines Privathauses – Friesenhaus*, I ZR 54/87, bibliographie, n° 457, attendu de principe : « La photographie de la maison d'un tiers sans autorisation et l'exploitation économique de cette photographie ne constitue aucune atteinte à la propriété d'autrui (...), si la photographie a été prise d'un lieu accessible au public, sans qu'il n'ait été pénétré sur le terrain. » Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *RTDCiv.* 2004, p. 528-533, obs. Th. Revet, bibliographie, n° 440 : « Attendu que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un préjudice anormal ». Il sera plus précisément traité du droit sur l'image des biens *infra*, § 714 et s.

1078 R. Hilty et Ch. Geiger, « Breveter le logiciel ?... », précité, bibliographie, n° 312, p. 309 : « Il n'est pas en effet certain qu'un droit des brevets unique et indivisible pour toutes sortes de création soit une bonne solution ».

1079 H. Schack, *Urheber- und Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, 2ème éd., 2001, bibliographie, n° 97, § 21.

1080 J. Carbonnier, *Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations*, PUF Quadrige, 2004, bibliographie, n° 11, n° 707 : la propriété a recouvert « le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien ».

accorde mal[1081], à moins de s'accommoder de l'idée que « le droit de la propriété intellectuelle est doté d'une structure discontinue »[1082].

478. Appropriable et inappropriable. La reconnaissance progressive des biens intellectuels isolés ne nous semble pas devoir être retenue contre le concept de propriété intellectuelle. La propriété de droit civil, public ou constitutionnel, certes, n'a pas eu à attendre ainsi la consécration législative de chacun de ses objets mais l'existence d'un principe fondamental d'appropriabilité des choses y est également discutable. À supposer que la liberté individuelle se réalise dans la propriété privée[1083], la propriété de l'un n'en est pas moins une restriction de la liberté de l'autre et ne peut donc fonder un principe général. Le contraste avec le domaine inappropriable participe donc à la construction du concept de propriété en droits privé, public et constitutionnel autant qu'en droit intellectuel.

479. Acte intellectuel et investissement. Les droits intellectuels se justifient par l'acte intellectuel à l'origine du bien, dont nous avons vu les divers effets au fil de nos développements : désignation du titulaire légitime[1084], définition conceptuelle[1085] et délimitation du bien[1086].

Certains des régimes juridiques qui s'y sont insérés depuis le milieu du XX^{ème} siècle dérangent cet ordonnancement, en ne se fondant plus sur un acte intellectuel, mais sur un acte financier. L'acte d'investissement remplit pour certains d'entre eux les mêmes fonctions que l'acte intellectuel : justification de la réservation, désignation du bénéficiaire, délimitation de l'étendue de la protection. Ainsi se justifient et ainsi fonctionnent le droit des producteurs des phonogrammes, vidéogrammes et bases de données[1087].

1081 J. E. Penner, *The idea of property in law*, précité, bibliographie, n° 237, p. 5 et s. : « *Why do we treat some things of value as objects of property, and deny the same treatment to others ?* ». L'auteur oppose en introduction de son ouvrage les deux questions déterminant la répartition des choses : la discrimination des biens qui sont appropriables et de ceux qui ne le sont pas et l'attribution à un titulaire. Le premier thème, selon lui, a « beaucoup plus à nous dire sur le type de civilisation que nous sommes » (« *much more to tell us about the kind of people we are* », *ibidem*).

1082 R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *Le Code civil, 1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297-372, bibliographie, n° 259, p. 34.

1083 M. Peukert conteste avec mordant l'équation « creuse » propriété = liberté et la tendance à multiplier des droits exclusifs (y compris sur les biens intellectuels) de plus en plus compréhensif. Il souligne qu'au contraire, l'attribution exclusive des biens doit n'être que ponctuelle, et ne doit être regardée comme un principe ni dans son objet, ni dans son contenu (A. Peukert, « *Güterzuordnung und Freiheitsschutz* », *in* R. Hilty, *Geistiges Eigentum, Herausforderung Durchsetzung*, Springer, Berlin, 2008, bibliographie, n° 278, p. 47-84).

1084 *Supra*, § 133 et s.

1085 *Supra*, § 149 et s.

1086 *Supra*, § 437 et s.

1087 De même, le droit des organisateurs de manifestations sportives est fondé sur un acte d'investissement et d'initiative conférant à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation qualifié de propriété. Article L. 333-1 du Code du sport : « les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5 sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions

480. La dissolution de la propriété intellectuelle ? Les premiers droits intellectuels eux-mêmes furent reconnus de façon ponctuelle et seule une analyse *a posteriori* permet de dégager un principe d'ensemble. La protection de la concurrence loyale y tenait déjà sa part. La réservation de la marque, par exemple, est née elle-même de la répression de la concurrence déloyale, et la protection de l'investissement y trouvait déjà une grande part. Selon les produits et services concernés et le risque de confusion provoqué par la reprise du signe, la réservation de la marque a elle-même une portée variable, de même que le droit *sui generis* sur les bases de données, en fonction de la notion d'extraction substantielle.

La dénaturation du droit intellectuel et du concept de propriété intellectuelle nous semble donc plus à craindre du relâchement des critères de réservation que de l'apparition des régimes nouveaux. C'est à ce niveau que la frontière entre le droit intellectuel exclusif et la protection contre la concurrence déloyale est poreuse.

---

sportives qu'ils organisent ». Voici donc un véritable droit voisin du droit d'auteur, de structure très proche de celle des droits des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes, qui, étrangement, n'est pas intégré au CPI. J.-C. Galloux, « La loi du 6 mars 1998 relative à la sécurité et à la prommotion d'activités sportives », *JCP G* 1998, I, 142, bibliographie, n° 309.

Conclusion du chapitre 1

481. L'immatérialité. La matérialité du bien, sa capacité à être physiquement délimité et à s'imposer aux sens ainsi que sa vocation à s'incorporer en toutes choses ne sont pas des caractères essentiels des objets sur lesquels peut s'exercer un droit de propriété. Il est apparu que son immatérialité ne peut suffire à disqualifier le bien intellectuel comme objet de propriété : l'argument est beaucoup plus fort en droit allemand qu'en droit français et, surtout, qu'en droit anglais, mais il doit partout être repoussé.

482. La capacité à être délimité. Le seul véritable défi posé aux créations intellectuelles pour faire l'objet d'un droit *in rem* est plutôt leur capacité à être délimitées avec certitude. Sous l'angle particulier, le bien est entendu comme la chose individuelle sur laquelle porte un droit de propriété ou un droit intellectuel. Sous l'angle général, le bien est compris comme le domaine des choses privativement appropriables. Dans ces deux perspectives, il est le champ d'application du droit, du droit subjectif (droit de propriété ou droit d'auteur, d'inventeur etc.) aussi bien que du droit objectif (droit des biens ou droit intellectuel). Il est crucial qu'à ces deux niveaux, il puisse être délimité.

Or, bien qu'avec plus de difficultés que le bien matériel, le bien intellectuel peut être défini avec suffisamment de certitude pour faire l'objet d'un droit direct.

483. La mission d'attribution des biens. Dans sa mission de répartition ou d'attribution des biens, il revient au législateur de choisir quels biens seront privativement réservés, au profit de qui et dans quelle mesure ils le seront. De même que dans les sociétés agricoles, toute imperfection de la répartition des terres pouvait susciter de très vives discussions, celle des biens intellectuels, valeurs primordiales des dernières décades, ne peut s'accomplir dans la simplicité.

Pour illustrer cette jonction du droit intellectuel et du droit civil dans la même problématique de répartition des choses, relisons un civiliste allemand déjà maintes fois cité, sur l'« incomplétude de la répartition des biens » :

> « C'est en dehors du droit civil des biens que la question de l'attribution immédiate des biens joue un plus grand rôle que dans un droit civil des biens de plus en plus complet. » Il existe « un processus de création de droits absolus toujours en cours ». « Les législations protectrices spéciales peuvent mettre en place, à travers les conditions et l'étendue de l'attribution, une estimation de valeur. » « Le droit civil des biens est en cela important, car il fournit un modèle de répartition des biens. » [1088]

484. La recherche de sa substance était notre première clef pour pénétrer le concept de bien intellectuel. Elle nous a conduit à prendre acte de ce que le bien intellectuel existe, qu'il a une substance intellectuelle, une consistance qui le rend apte à faire un objet de droit réel. Saisissons-nous maintenant de la seconde clef dégagée en introduction de ce titre : l'analyse de la fonction du bien dans le rapport de droit.

[1088] J. Wilhem, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 80, respectivement § 233, p. 115, § 234 et 235, p. 116 et § 236, p. 117. Nous soulignons. Le thème de l'« attribution » (*Zuordnung*) est centrale en droit des biens allemand ; elle est le signe distinctif, la mission essentielle du droit des biens. Nous y reviendrons plus loin, § 680 et s.

Chapitre 2

-

Analyse fonctionnelle du bien

485. Analyse fonctionnelle. Notre première clef de compréhension du bien était sa substance, son étendue. L'étude substantielle du bien intellectuel a montré que son immatérialité ne le privait pas de la consistance nécessaire pour s'insérer dans les problématiques de délimitation et de répartition des choses. Son analyse fonctionnelle fera apparaître sa consistance juridique, son rôle dans le rapport de droit. Les notions voisines ne seront plus ici le bien d'autrui, le bien public et la chose commune, mais plutôt le titulaire, le droit de celui-ci et les tiers.

486. Métaphore grammaticale. Reprenons la métaphore grammaticale amorcée en introduction de ce titre. Dans le rapport de droit qui relie la personne et la chose se laissent reconnaître un sujet, un verbe et un complément. Le sujet est le titulaire du droit, et le verbe est le droit : un droit, en effet, consiste en une faculté d'action.

Le complément est la chose, le bien. Son analyse fonctionnelle devra déterminer s'il est complément d'objet *direct* du droit, sans médiation, ou s'il est complément d'objet *second*, atteint par le droit dans un second temps, après l'objet premier que serait le tiers. La dernière qualification ne s'adresse qu'au bien intellectuel : en tant qu'attribut du complément, il ne serait qu'un *attribut du bien matériel*[1089].

487. Plan. La question propre au bien intellectuel devra être traitée en premier lieu : celle de la distinction du bien intellectuel et de son support matériel. Elle ne relève pas de l'analyse substantielle précédemment menée, mais bien de l'analyse fonctionnelle : il faut vérifier que le bien intellectuel n'est pas un simple attribut de son support (section 1). Par ailleurs, dans le rapport juridique, le bien doit être distingué du droit dont il fait l'objet (section 2). Enfin, c'est le bien, et non pas les tiers, qui constitue le second pôle du rapport juridique binaire entre la personne et la chose qu'est le droit réel (section 3).

[1089] Selon l'analyse personnaliste, en outre, le droit intellectuel serait un attribut du sujet. Puisqu'elle a été exposée en partie historique (§ 290 et s.), et qu'elle ne concerne que le droit d'auteur allemand, nous ne lui consacrons pas de développements propres.

Section 1 : Le bien matériel et le bien intellectuel

488. La tentation de la confusion. Une chanson, le dessin d'une chaise longue, le mécanisme d'une serrure sont autant de biens conceptuellement autonomes mais véhiculés par un objet matériel : la partition posée sur le pupitre, la chaise longue étalée au soleil, la serrure. Cette coexistence est si proche qu'elle frôle l'identité : le bien intellectuel est-il vraiment distinct de son support matériel ? Plus radicalement : le bien intellectuel existe-t-il ?

Nous en revenons par cette question aux fondamentaux de la propriété intellectuelle : comment traiter comme juridiquement autonome un bien qui matériellement ne l'est pas ? À force de s'incorporer au support matériel, le bien intellectuel pourrait bien s'y perdre. Qu'en serait-il alors de la propriété intellectuelle ?

489. Plan. La distinction des biens corporel et intellectuel, des propriétés matérielle et intellectuelle est essentielle à la propriété intellectuelle (A), mais ses porosités exigent que soit envisagée l'hypothèse où le droit intellectuel et la propriété matérielle auraient le même objet : le droit intellectuel serait en fait un droit sur le bien d'autrui (B).

A) La distinction des biens corporel et intellectuel

490. Introduction. La distinction du bien intellectuel et de son support matériel est essentielle à la doctrine de la propriété intellectuelle, mais accuse de nombreuses porosités.

- **Le principe de la distinction**

491. L'unicité de la propriété. Le droit de propriété, dans sa conception dite « classique »[1090], ne souffre pas de concurrence : il réalise toutes les utilités du bien et les attribue à son titulaire. Sur un bien ne peut porter qu'un seul droit de propriété. Ses concurrents ne sont pas des droits de propriété, mais seulement des droits réels sur la chose du propriétaire, déterminés dans leur contenu et dans le temps, alors que la propriété est en principe illimitée[1091]. Le droit anglais des immeubles ne déroge pas plus au principe d'unicité de la propriété. Les multiples *property rights* qu'il reconnaît sur la terre ne se partagent pas un

[1090] Dite encore « romaniste » ou « absolutiste ». *Cf. supra*, § 13. Cela exclut la théorie anglaise des *estates*.

[1091] Les relations du droit de propriété et des droits sur la chose d'autrui seront discutées au titre suivant, § 609 et s.

même objet, ils ont chacun un objet propre si l'on considère qu'ils ne portent que sur une des virtualités de la chose[1092].

492. L'indépendance du bien intellectuel. Propriété matérielle et propriété intellectuelle ne peuvent donc porter sur le même bien. Si toutes deux existent, elles doivent avoir deux objets distincts malgré la présence d'un seul objet physique. Nous avons montré plus haut que la découverte empirique de l'identité du bien intellectuel fut l'un des premiers éléments de la modernité des textes de droit intellectuel[1093]. Nous avons vu qu'en outre le bien intellectuel et le bien corporel n'ont pas les mêmes contours, pas la même *substance*[1094]. Il doit donc exister un bien intellectuel indépendant du bien matériel, soumis au régime du droit des biens intellectuels tandis que son support corporel est soumis au droit civil des biens.

493. Des indications textuelles ? Seule la loi française sur le droit d'auteur le précise :

> « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. »[1095]

Aucun autre texte ne relève le défi.

Les textes concernant les dessins ou modèles distinguent toujours soigneusement « l'apparence » du produit et le produit lui-même[1096] . Dans la définition des actes réservés, ils continuent de distinguer le dessin ou modèle et le produit l'incorporant[1097]. Quant aux autres biens intellectuels (marques, inventions, œuvres…), les textes sont beaucoup moins rigoureux.

C'est donc à la doctrine que revint l'honneur de faire la distinction. Cette distinction appartient, dans nos trois pays, aux grands principes du droit intellectuel, absents des textes mais assidûment réitérés par la doctrine et les manuels d'enseignement[1098]. Il est pourtant connu qu'elle est poreuse et difficile à mettre en pratique.

1092 Voir *supra*, § 407.

1093 *Supra*, § 149 et s.

1094 *Supra*, § 425 et s.

1095 Article L. 111-3, alinéa 1 du CPI. Cet article tire la conséquence de la loi du 9 avril 1910 selon laquelle le transfert de la propriété d'une œuvre d'art n'entraîne pas celui du droit de la reproduire.

1096 L. 511-1 CPI ; § 1 *GeschmMG* (« *Erscheinungsform eines Erzeugnisses* ») ; section 1 *RDA* 1949 *(« the appearance of a product »*).

1097 L. 513-4 CPI; § 38, 1° *GeschmMG* (« Le droit sur le modèle garantit à son titulaire le droit exclusif de l'utiliser et d'interdire aux tiers de l'utiliser sans son consentement. L'utilisation comprend en particulier la reproduction, l'offre (…) d'un produit incorporant ou appliquant le modèle »). Section 7, 1° *RDA* 1949 : « *the exclusive right to use the design* », et 2° : « *a product in which the design is incorporated or to which it is applied* ».

1098 Les professeurs Dreier et Schulze prennent le soin de préciser que « cela est souvent ignoré en pratique, et conduit, puisque l'acquisition *a non domino* de bonne foi valant en droit des biens n'est pas permise pour les prérogatives d'auteur, à de fréquentes actions en responsabilité » (Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, p. 4).

- **Les porosités de la distinction**

494. L'invention et son support. Il peut être tentant de confondre l'invention avec le produit qui l'incorpore. La définition des actes réservés au titulaire d'un brevet de produit[1099], par exemple, identifie l'invention au produit dans lequel elle s'incorpore. Par contraste avec la définition des droits réservés au titulaire d'un droit sur un modèle, cette définition se fonde donc sur une confusion – où l'on peut certes voir une métonymie, mais les législateurs ont-ils réellement eu l'intention de se livrer à une figure de style ?

495. La fixation de l'œuvre. Le *copyright* anglais exige de certaines œuvres qu'elles aient été fixées :

> « *Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise...* »[1100]

La règle est usuellement évoquée comme l' « exigence que l'œuvre soit enregistrée sous une forme matérielle »[1101]. Une œuvre littéraire, dramatique ou musicale qui ne serait que lue, jouée ou chantée, sans avoir été matériellement fixée, ne sera donc pas protégée avant de l'être. Cela n'empêche pas l'œuvre d'être éventuellement éphémère[1102]. Cette règle est d'application très large : toute forme de fixation suffit[1103], et celle du contrefacteur peut en tenir lieu[1104] ; ainsi, la règle « fait rarement obstacle à la protection »[1105].

Si bien que l'on peut s'interroger sur sa véritable signification et sur la réalité de sa singularité. N'est-elle pas simplement le « corollaire » du principe général de protection des seules formes d'expression à l'exclusion des idées[1106] ? Les droits d'auteur allemand[1107] et

---

1099 L. 613-3 CPI (le « produit objet du brevet ») ; § 9 *PatG* (« *ein Erzeugnis, das Gegenstand des Patents ist* ») et section 60 *PA* 1977 (« *where the invention is a product* »). La même formulation est reprise pour les brevets de procédé, mais, le procédé étant lui-même immatériel, la confusion est alors moins frappante.

1100 Section 3, 2° *CDPA* 1988. Nous soulignons.

1101 L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 92.

1102 Une sculpture sur glace, bien qu'éphémère, est protégée (*Metix (UK) Ltd v GH Maughan (Plastics) Lt*, 1997, *Fleet Street Reports* (*FSR*), p. 718 ; L. Bently et B. Sherman, *ibidem*, p. 92).

1103 Section 178 *CDPA*, dernier alinéa : « *« writing » includes any form of notation or code, whether by hand or otherwise and regardless of the method by which, or medium in or on which, it is recorded, and « written » shall be construed accordingly* ».

1104 Section 3, 3° CDPA : « *It is immaterial for the purposes of subsection (2) whether the work is recorded by or with the permission of the author* ».

1105 L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 92.

1106 C'est ce que propose les professeurs Cornish et Llewelyn, considérant la section 3, 2° comme la réitération, pour les œuvres littéraires, dramatiques et musicales, d'un principe existant de fait pour les œuvres artistiques, dont la création est toujours matérielle (pour lesquelles « *the acts of creation and fixation are indivisible* » (W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 11-33, p. 437).

1107 « Le contenu et la forme doivent avoir trouvé une expression », mais « peu importe que le moyen d'expression soit fugace ou corporel. Les improvisations, *happenings* et émissions *live* sont protégées comme œuvres (éphémères) ». L'exigence de fixation posée par la *LUG* (voir partie 1, titre 3, chapitre 2, section 2, A) pour les chorégraphies et les pantomimes est tombée dans la *UrhG* (M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, p. 61).

français[1108] n'exigent pas, pour la protéger, que l'œuvre soit fixée. Si son effet d'exclusion est minime, la règle n'en est pas moins d'importance théorique : ce n'est pas une simple règle d'administration de la preuve, mais bien d'existence du *copyright*. La date de la fixation et la date de la création de l'œuvre se confondent d'ailleurs[1109]. Il n'y a plus qu'un pas à franchir pour déclarer que la création d'une œuvre consiste en la création de son support matériel et que celui-ci fasse donc l'objet du *copyright*, ce à quoi nous invite d'ailleurs l'étymologie du mot.

496. La matérialité des droits patrimoniaux. En droit anglais, le *copyright* est littéralement le droit de copier l'original, issu d'une ancienne ambiguïté du terme *copy*, qui désignait le manuscrit et ses reproductions imprimées[1110]. Le droit actuel conserve cette tendance à faire de l'exemplaire plutôt que de son contenu intellectuel l'objet du *copyright*[1111].

Mais cette matérialité se remarque, au-delà du seul *copyright*, dans les autres droits nationaux[1112] et sur les autres biens intellectuels. Bien souvent, le droit intellectuel lui-même ne peut se réaliser que dans la régulation du support corporel : les droits patrimoniaux exclusifs consistent dans les interdictions faites aux propriétaires des exemplaires matériels de les reproduire, les distribuer, les importer etc.[1113].

497. La matérialité des œuvres d'art. Cette difficulté à séparer le bien intellectuel de son support corporel s'accroît encore avec ce que l'on nomme peu distinctivement les « œuvres d'art »[1114]. Leur valeur réside autant dans leur exécution par la main du maître que dans leur conception intellectuelle, et leurs reproductions sur d'autres supports ou par procédés industriels sont loin d'atteindre la valeur de l'original.

> « En matière de peintures et de sculptures, il est difficile d'opérer une distinction nette entre le droit de propriété corporelle sur le meuble et le droit de propriété incorporelle du créateur. »[1115]

1108 C'est un principe jurisprudentiel bien établi, qu'il importe peu que l'œuvre soit fixée sur un support ou ne soit qu'orale (Tribunal civil de la Seine, 9 décembre 1893, *DP* 1894, 2, p. 262).

1109 Suite de la section 3, 2° du CDPA : « *references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded* ».

1110 Voir *supra*, § 136. Le droit de reproduction figure aujourd'hui en section 16, 1° *CDPA*.

1111 Le Professeur Christie propose de poser explicitement que : « *a « work » is not subject-matter protected by copyright. Rather, it is the particular embodiments of a work which copyright protects* » (A. Christie, « *Re-conceptualising copyright in the digital era* », *EIPR* 1995, p. 522, bibliographie, n° 370, à la p. 528).

1112 L. 122-3 CPI : « la reproduction consiste dans la fixation matérielle… ».

1113 L. 513-4, 613-3, 713-2 CPI. Section 7 *RDA* 1949, sect. 60 *PA* 1977, sect. 16 et s. *CDPA* 1988, sect. 9 *TMA* 1994. § 15, 1° *UrhG* (« exploitation sous forme corporelle »), § 14, 2° *MarkenG*, § 9 *PatG*, § 38, 1° *GeschmMG*. Le controversé droit français « de destination » est également une restriction pesant sur l'usage fait de l'exemplaire par son propriétaire.

1114 L. 112-2, 7° à 10° ; § 2, 4° et 5° *UrhG* ; section 4 *CDPA*.

1115 E. Pierroux, *La propriété des œuvres d'art corporelles – Eléments pour une propriété spéciale*, PUAM, 2003, bibliographie, n° 203, p. 44. La thèse expose les tensions entre le droit de propriété matérielle et les autres régimes juridiques qui se croisent sur le support d'une œuvre d'art ; parmi eux, le droit d'auteur :

498. Qu'en serait-il, si les deux biens ne faisaient qu'un, si le concept de propriété intellectuelle n'était que la désignation d'un faisceau de droits d'interdire valant contre les propriétaires des exemplaires matériels ? Si, loin d'être un droit de propriété, le droit intellectuel était plutôt un droit réel sur le bien d'autrui, paralysant une partie des prérogatives de la propriété matérielle ?

B) L'hypothèse du *jus in re aliena*

499. Cédons à la tentation et considérons un moment que si la distinction du matériel et de son contenu intellectuel est si malaisée, c'est qu'elle ne correspond pas à la réalité. Abandonnons-là un temps pour voir si le schéma du *jus in re aliena* s'applique plus naturellement qu'elle au complexe formé par le bien corporel et son contenu intellectuel.

- **Le droit intellectuel, *jus in re aliena***

500. Un droit intellectuel sur le support matériel. Le bien intellectuel ne serait pas en soi un bien indépendant, mais seulement un élément du bien matériel ou un phénomène intellectuel que le droit ne pourrait saisir[1116].

501. La dogmatique du droit des biens. Cette hypothèse du *jus in re aliena* ne s'intègre à la dogmatique de la propriété qu'au prix d'un assouplissement des principes. Le droit réel

---

« est une œuvre d'art, une œuvre immatérielle présente dans un support matériel, le tout, réunion de plusieurs biens (corporel et incorporel) en un seul support, constituant un bien, lui-même objet de propriété » (p. 42). L'auteur en tire la conclusion qu'à cause notamment des interférences de la propriété littéraire et artistique, la propriété « de droit commun », c'est-à-dire issue du Code civil, est inadéquate aux œuvres d'art. Le principe d'indépendance aurait par exemple pour effet d' « aller à l'encontre de la force obligatoire des contrats couchée à l'article 1134 du Code civil et d'altérer la lettre de l'article 711 » (§ 200), de conduire à une « altération de la propriété du cocontractant » de l'artiste, qui peut, dans le cadre du contrat de commande, lui refuser la propriété de l'œuvre commandée, voire user de ses droits de retrait et de repentir (§ 202). Le « gauchissement » des règles d'acquisition de la propriété par accession ou incorporation, par occupation, des règles d'aliénation, etc. est observé par la suite selon la même méthode. Voir également J. Ginsburg, « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international », *in Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 245-258, bibliographie, n° 256. A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, p. 193-201, p. 194 : « au vrai, l'opposition est moins ici entre l'œuvre et son support qu'entre l'œuvre et le matériau qui lui donne vie ». P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6ème éd., PUF, 2007, bibliographie, n° 36, n°18, p. 33 : « le droit « corporel » sur l'œuvre d'art est un droit d'exploitation, équivalent aux droits sur les autres œuvres ».

1116 Dans son panorama de la doctrine scandinave sur le concept d'œuvre, le professeur Strömholm expose un premier courant favorable à la qualification propriétaire du droit d'auteur (notamment G. Eberstein, pour qui « il est naturel que, si le droit sur les biens peut sensiblement varier selon les caractères de son objet, il en aille de même pour les droits sur les biens immatériels », p. 434 ; et V. Kruse). Il explique ensuite comment A. Ross a rompu cette concordance en considérant qu'une œuvre n'a pas de réalité, même immatérielle, et ne peut être saisie par le droit : elle serait une série d'émotions et de perceptions subjectives ne pouvant faire l'objet d'un droit. Il n'existerait pas deux types de réalité : une physique et une dans la conscience. Le droit d'auteur porterait donc sur les exemplaires de l'œuvre (S. Strömholm, « *Der Urheberrechtliche Werkbegriff in der neuere nordischen Rechtslehre* », *GRUR*, 1963, p. 433-489, bibliographie, n° 357).

ainsi créé le serait en dehors du *numerus clausus*. Le Code français n'a pas pris soin d'énumérer ces droits réels, non plus que de les définir. Il faut donc s'en remettre aux modèles de la tradition. Le droit intellectuel ne trouve parmi eux ni antécédent, ni même un modèle auquel il soit analogue. Le *BGB* allemand, plus méticuleux, a défini, parmi ce qu'il nomme génériquement les servitudes[1117], la servitude personnelle, droit d'usage sur un fonds bénéficiant non pas à un autre fonds, mais à une personne[1118]. Si les droits qui y figurent ne sont pas exactement les mêmes qu'en pays de droit civil, la *common law* connaît également un *numerus clausus* des droits réels ; quant à l'*equity*, il semble que sa source se soit tarie[1119].

Le droit intellectuel, droit réel sur la chose du propriétaire matériel serait donc un hors-piste juridique exécuté par le législateur lui-même, puisque ce droit est d'origine légale et non pas contractuelle, comme le sont habituellement les nouveaux droits réels impétrants.

502. La durée du droit. Ce droit réel répond en revanche à la condition de durée temporaire. Les droits réels sur le bien d'autrui, en principe, ne peuvent perpétuellement grever le bien, et doivent un jour s'éteindre, pour permettre à la propriété de recouvrer son étendue naturelle. Or les prérogatives patrimoniales des droits intellectuels s'éteignent à l'échéance de leur durée légale. En droit français, en revanche, le droit moral de l'auteur est en principe perpétuel. Jamais le propriétaire du support matériel ne pourra donc reproduire son exemplaire sans y apposer le nom de l'auteur de l'œuvre.

503. Le contenu du droit. Toutes les prérogatives patrimoniales des droits intellectuels peuvent être expliquées par le schéma du *jus in re aliena* : le droit exclusif de reproduire, de décider de distribuer, d'importer, d'exporter, de louer, de prêter les exemplaires reproduits… Le droit de suite en matière d'œuvres d'art[1120], que l'idée de propriété intellectuelle n'accueille qu'à la marge – car il porte non pas sur l'œuvre mais sur son support – , s'en trouverait réintégré au tronc commun du droit. Un auteur peut également paralyser le droit de disposition matérielle du propriétaire du support par l'effet de son droit moral. Pourtant, le droit réel du créateur n'empêche le propriétaire du support matériel ni d'en faire un usage privé, ni même de le revendre. Il semble que les prérogatives sur le bien matériel soient réparties entre le créateur intellectuel et le propriétaire matériel, comme entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel. Il faut donc énoncer des règles de répartition. Il se trouve dans les

---

1117 *BGB*, livre 3 (droit des biens : *Sachenrecht*), section 4 (servitudes : *Dienstbarkeiten*).

1118 § 1090 *BGB* : « 1) un fonds peut être grevé de sorte que la personne au profit de laquelle vaut cette charge (*Belastung*) est autorisée à user du fonds dans certains rapports déterminés (*in einzelnen Beziehungen*) ou qu'il lui soit aménagé une prérogative pouvant constituer une servitude foncière ».

1119 Sur les droits réels, comparés au droit de propriété, voir *infra*, § 609 et s.

1120 Art. L. 122-8 du CPI ; § 26 *UrhG* (« *Folgerecht* ») ; *Artist's Resale right regulation* 2006.

textes quelques règles de conflit expresses[1121], mais la question n'est pas systématiquement traitée. Les exceptions et limitations aux droits peuvent également être lues comme des règles de conflit entre propriété matérielle et droit intellectuel.

On sera confirmé sur cette voie du *jus in re aliena* par la faculté, dont dispose le titulaire du droit intellectuel, d'exercer son droit sur l'objet incorporant son bien en quelque main qu'il se trouve, car l'on reconnaîtra là le dit « droit de suite »[1122] caractéristique du droit réel, selon lequel son titulaire peut revendiquer l'accès au bien quel qu'en soit le possesseur. La propriété du support matériel entraîne avec elle les droits du titulaire du droit intellectuel.

504. Un droit réel d'origine intellectuelle. Selon une telle analyse, l'objet du droit intellectuel serait le bien corporel. Son qualificatif ne lui viendrait donc que de son origine : il existe en raison d'un acte créatif. Le fait générateur du droit serait donc toujours le même : création, invention, association d'un signe à des produits et services et, pour les droits dits nouveaux, l'investissement etc. Le contenu ne serait pas modifié, mais seulement reformulé. Le droit de reproduire, représenter et distribuer l'œuvre, l'invention ou le modèle deviendrait celui d'en reproduire, représenter ou distribuer les exemplaires matériels. Le droit d'apposer la marque sur des produits identiques serait celui de reproduire ces produits, y compris la marque y étant apposée. Le glissement de l'objet intellectuel à l'objet corporel s'opère sans heurt. Le bien intellectuel disparaît dans le bien corporel : littéralement, il s'y incorpore.

- **Critique**

505. Critique historique. L'analyse du droit intellectuel comme un droit sur le bien d'autrui est très inusuelle.

Elle est tout d'abord contraire aux définitions légales telles que nous les avons examinées en partie historique[1123]. Le droit étant un construit social et non pas un donné naturel, il faut prendre en compte, dans l'analyse, la conception qu'en ont ses auteurs, qui baptisent les droits intellectuels « *geistiges Eigentum* », « *intellectual property* » et « propriété intellectuelle ».

1121 H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 43 : « le conflit entre la propriété matérielle (*Eigentum*) et le droit intellectuel (*Schutzrecht*), aussi loin que porte ce dernier, doit être tranché en la faveur de son titulaire » ; « le problème de la délimitation entre la propriété [matérielle] et le droit sur le bien immatériel doit être résolu grâce au principe de l'épuisement », notamment énoncé, pour les marques, au § 24 *MarkenG* (p. 46). Voir encore, par exemple, l'article L. 111-3 du CPI : « l'auteur ou ses ayants droit « ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à disposition de cet objet pour l'exercice » de leurs droits.

1122 Il ne faut pas le confondre avec le droit de suite de l'auteur d'une œuvre d'art mentionné au paragraphe précédent.

1123 Voir notamment *supra*, § 316 et s.

Cette hypothèse est ensuite en opposition avec la tradition révolutionnaire ayant influencé les pays de droit civil du continent. En France et en Allemagne notamment, la philosophie révolutionnaire a enseigné que l'individu doit parvenir à la liberté individuelle par la propriété privée exclusive et que la multiplication des droits sur les choses était le moyen d'en soumettre les titulaires les uns au pouvoir des autres. Soumettre le propriétaire du support matériel au droit réel intellectuel serait un désaveu de cette tradition toujours vivace.

506. L'indétermination de l'objet. Mais ces arguments ne sont que ceux de la docilité et de la fidélité à la tradition et ne sauraient donc suffire à récuser l'analyse du droit intellectuel comme un droit réel sur le support matériel appartenant à autrui. Pour être plus convaincant, il faut être plus technique.

Plus techniquement, donc, notons que le droit réel intellectuel proposé présente la lourde faiblesse de ne pas avoir d'objet déterminé. Droit direct sur une chose, droit suivant cette chose en quelques mains qu'elle se trouve, le droit réel ne doit pas porter sur une foule d'objets non énumérés. Or les exemplaires d'une œuvre, d'une invention, de produits marqués etc. sont innombrables. Alors qu'il ne s'avoue pas tel, ce serait donc là le plus fort des droits réels existants, grevant à lui seul une foule extensible d'objets, actuels et futurs.

L'hypothèse du droit réel sur le bien d'autrui reste inefficace dans la délimitation de son champ d'application. La seule indication qu'elle donne est que le droit de propriété du support matériel et le droit réel ont le même objet. Comment y rattacher les conditions de protection ? Tout un pan du droit intellectuel perd de son utilité : celui qui vise à déterminer, dans la création, ce qui est réservable et ce qui ne l'est pas.

507. L'égalité du droit intellectuel et du droit de propriété. Outre qu'il est partiel et temporaire, le droit réel sur le bien d'autrui s'éteint par abus de jouissance[1124]. Or, le droit intellectuel ne s'éteint pas par abus de jouissance, pas plus que le propriétaire du support matériel n'a de droit de regard sur les actes de celui qui en est titulaire. Droit intellectuel et droit de propriété matérielle sont donc de niveau égal.

508. La disparition du bien intellectuel. Cette hypothèse, surtout, nie le concept de bien intellectuel[1125]. Elle démultiplie l'objet de droit dans l'espace et y mêle éléments corporels et incorporels. Elle s'en retourne, par delà les avancées philosophiques systématisées au XVIII^{ème} siècle, à la fruste confusion du contenu et du support, de la valeur intellectuelle et de

[1124] Articles 618 et 625 du Code civil. Le *BGB* ne contient aucune règle similaire : il permet seulement au propriétaire de demander la cessation des actes abusifs (§ 1053). La doctrine des *estates* nous empêche de mener la comparaison en droit immobilier anglais.

[1125] Dont, pourtant, nous avons déjà démontré l'existence autonome et la faculté à être délimité (chapitre précédent).

la valeur corporelle. Elle en revient à l'analyse prêtée à Gaïus selon laquelle la peinture ne serait que l'accessoire de la planche peinte. En vertu de l'adage *accessorium sequitur principale*, elle devrait donc suivre le sort de cette dernière. C'est donc en raison de son inadéquation à l'objet du droit plus qu'à son contenu que doit être récusée l'analyse du droit intellectuel comme un droit réel sur le bien d'autrui.

509. Conclusion. L'hypothèse lisant le droit intellectuel comme un *jus in re aliena*, comme un droit réel du créateur grevant la propriété du bien corporel, nie son autonomie. Elle le transforme en une charge pesant sur la propriété, un privilège aliénant à autrui une partie des utilités de la chose corporelle.

Elle semble inexistante en droit positif mais aussi en doctrine. Il fallait néanmoins l'envisager, puisque la confusion avec le support corporel est un tropisme ancien mais toujours vivace de la propriété intellectuelle. C'est donc après examen que nous nous rallions à la reconnaissance de l'existence autonome du bien intellectuel, objet de droit indépendant de son support.

Après avoir montré à nouveau la force et les dangers de l'attraction du corporel, attachons-nous désormais à vaincre une seconde tentation du droit des biens en général et des biens intellectuels en particulier : la confusion du bien et du droit portant sur lui.

Section 2 : Le bien et le droit

510. La propension à l'identification. Le droit et son objet ont une propension à s'identifier l'un à l'autre, alimentée par le langage juridique et le législateur lui-même, et théorisée par une partie de la doctrine. Nous l'avons déjà constatée à plusieurs reprises dans nos développements historiques, et il est temps maintenant de se pencher sur sa signification conceptuelle.

511. Le droit-bien. Suivre cette voie revient à réduire à une évidence le sujet central de notre travail. Si le bien intellectuel et le droit intellectuel se confondent, la propriété intellectuelle n'est rien de plus que la propriété du droit d'auteur, du droit de marque, du brevet. Mais notre recherche veut aller plus loin : quelle est la nature de ce droit-bien ? N'est-il pas lui-même un droit de propriété sur le bien intellectuel, sur la marque elle-même, sur l'œuvre, sur l'invention etc.?

L'objet de cette section sera de rechercher si l'analyse systématique peut aller jusqu'à cette seconde proposition, ou si elle doit au contraire s'arrêter à la première constatation, laissant dans l'ombre la nature du droit d'auteur, du droit de marque, du brevet etc.

512. Plan. La distinction du bien et du droit fut âprement discutée par la doctrine et n'est toujours pas consensuelle (A). Son application en droit intellectuel fera apparaître la malheureuse confusion qui règne en celui-ci (B).

A) La distinction du droit et du bien

513. Introduction. Exposons tout d'abord le raisonnement aboutissant à mettre l'accent sur la fusion du droit et du bien, pour ensuite en faire une critique et en revenir à la distinction de la chose, du droit et du bien.

- **Les théories du droit-bien**

514. L'identification du bien et du droit. En faveur de l'identification du bien et du droit, l'argument de fond est que les choses ne deviennent des biens que quand le droit objectif s'en empare et en fait l'objet de droits subjectifs. L'existence du droit serait donc le seul élément de la qualification du bien, indispensable et suffisant. Si droit et bien ne peuvent

pas exister l'un sans l'autre, pourquoi ne pas fondre les deux notions en une seule : le droit-bien[1126] ?

515. Les deux modes d'identification. Certains auteurs en déduisirent que les choses sont en dehors du monde juridique, que seuls les droits portant sur elles sont des biens et qu'en somme, seul le droit est un bien. Savatier, par exemple, écrivit :

> « C'est par un raccourci, par une élision, que, dans un patrimoine, on compte comme des biens une maison ou un bijou, car le patrimoine ne comprend, à l'analyse, que des biens incorporels, des droits. »[1127]

S'agissant particulièrement du droit de propriété, d'autres soutenaient, à l'inverse, que, s'incorporant dans la chose, son objet, le droit de propriété se transforme en bien[1128], comme s'il n'avait jamais été droit. Détracteur du concept de droit subjectif, Duguit s'est fort logiquement emporté contre la conception subjective de la propriété, qui y voit un droit subjectif portant sur un bien :

> « La propriété est protégée par le droit, mais elle n'est pas un droit ; elle est une chose, une utilité, une richesse. Ce qu'a le propriétaire, ce n'est pas un droit, c'est une chose (…). Voilà précisément pourquoi toutes les législations ont confondu le prétendu droit de propriété et les choses qui en sont l'objet, le Code Napoléon à la suite du droit romain… »[1129]

La fusion peut donc se produire à deux étapes du raisonnement juridique. Soit elle opère entre le droit et le bien, laissant la chose en zone extrajuridique et ne retenant que le droit, qui est lui-même le bien : le droit-bien. En ce sens, il n'existe de biens qu'incorporels. Soit elle laisse le droit s'incorporer dans la chose et y disparaître pour former cet hybride du monde

---

1126 Le professeur Zénati résume ainsi l'argument : le mot bien « signifie aussi le droit lui-même, car dans notre système juridique une chose sans droit n'a pas de signification juridique » (F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 47).

1127 R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTDCiv.* 1958, bibliographie, n° 325, p. 1-23. Quant à la propriété intellectuelle, « il s'agit ici de la propriété d'*un droit*, non d'une chose » (R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDCiv.* 1958, p. 331-360, § 43, p. 354, bibliographie, n° 326). Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 15, § 8, p. 6 : « Dans un sens courant, guère juridique, le mot « *biens* » désigne « *les choses* » qui servent à l'usage des hommes ; la chose est ce qui est distinct de la personne. » Citant Portalis (« Les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes. »), les auteurs en concluent : « Aussi, les biens consistent-ils toujours dans des droits… » J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12ème éd., Sirey, 2008, bibliographie, n° 1, § 202, p. 212 : « ce qui, seul, constitue un bien, un élément de richesse, c'est le *droit portant sur la chose*, en d'autres termes l'ensemble droit-objet du droit ».

1128 A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *in Aspects du droit privé en fin du XXème siècle, Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55-62, bibliographie, n° 261, p. 57 : la fusion de la chose et du droit serait telle que « l'absorption de la chose par le droit conférerait la matérialité ».

1129 L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., tome I, Paris, 1927, bibliographie, n° 5. Le passage se poursuit ainsi : « Les théoriciens font observer qu'il y a là une erreur. Non, c'est la réalité (…) Quand on fait la distinction (…) des meubles et des immeubles, des droits mobiliers et des droits immobiliers, on n'a point rangé parmi eux la propriété des meubles et la propriété des immeubles et on a fait de la propriété sur les uns et les autres, des meubles et des immeubles par nature, confondant ainsi le prétendu droit avec la chose elle-même, ce qui était la vérité » (p. 446-447).

des choses et de celui du droit que serait le bien, et que l'on peut appeler, pour le distinguer de la précédente hypothèse, le bien-droit.

Salmond, juge et professeur de droit anglais, soutint au début du XX^{ème} siècle « qu'il [était] impropre de parler de propriété des choses (*ownership of things*) et que nous devrions parler plutôt de propriété des droits ». L'idée semble toutefois nourrie d'un désir de simplification du langage plutôt que de systématisation de la théorie du droit[1130].

516. Jhering. Le grand juriste allemand Jhering, cité par Savatier[1131] à l'appui de la théorie du droit-bien, a développé une lecture plus nuancée que ce dernier ne le laisse penser. Il est vrai qu'il écrivit que :

> « Le commerce d'échanges, examiné au point de vue juridique, n'est pas une circulation de choses, c'est un transfert de droits. Isolée du droit qui la concerne, la chose est dépourvue de valeur. »[1132]

Mais la suite met en évidence que le droit et la chose sont les deux composants égaux du concept de bien :

> « L'utilité, l'usage économique de la chose ne détermine pas exclusivement sa valeur ; cette valeur résulte essentiellement du fait que l'emploi de cette chose est juridiquement assuré et de la sanction qui s'y trouve attachée. Le droit est un facteur essentiel de la notion de valeur. »[1133]

Jhering n'occulte donc ni la chose, ni le bien, et écrit au contraire que :

> « A mon avis, toute définition du droit qui ne partirait pas de l'idée de bien, dans ce sens large[1134], pécherait par la base. »[1135]

517. Application en droit allemand. Nous avons vu que le droit des biens allemand, depuis le *BGB*, n'accepte de biens que corporels : cette règle rejette hors du droit positif la théorie des droits-biens. Les grands principes du *Sachenrecht* s'accordent en revanche avec la théorie de l'incorporation. Les principes de corporalité et de spécialité[1136] font de la chose matérielle et du droit portant dessus un complexe indissociable. Là où, désignant les droits d'usufruit, d'usage et de servitude, le droit français parle de « modifications de la propriété »,

---

1130 J. Waldron, « *What is private property ?* », précité, bibliographie, n°, p. 371. « L'argument de Salmond est basé sur des considérations de cohérence : il est incohérent de parler tantôt d'avoir (*owning*) des droits, tantôt d'avoir des choses (…). Puisqu'il est plus simple de traduire la propriété des choses en propriété de droits que l'inverse, nous devrions choisir cette dernière » (*ibidem*).

1131 R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception… », précité, bibliographie, n° 325, p. 2 : « Depuis Jhering, les juristes savent pertinemment qu'en réalité, tous les biens s'analysent, pour eux, en des droits, donc en une notion incorporelle ».

1132 R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (traduction française de *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*), 3ème éd., Forni, 1963, p. 127.

1133 *Ibidem*, p. 127.

1134 « Nous nommons *bien* toute chose qui peut nous servir » ; « à l'idée de bien se rattachent les notions de valeur et d'intérêt. L'idée de valeur contient la mesure de l'utilité du bien ; l'idée d'intérêt exprime la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses buts. (…) Pas plus que l'idée du bien, ces deux notions ne sont exclusivement limitées à l'ordre économique » (*ibidem*, p. 329).

1135 *Ibidem*, p. 329.

1136 *Supra*, § 414 et s.

le droit allemand parle de « charge » sur la chose[1137]. Le droit allemand met en œuvre le principe d'incorporation du droit à la chose.

518. Application en droit français. De son côté, le Code civil français, par *propriété*, désigne tantôt le droit[1138], tantôt la chose[1139]. Mais il ne faut voir là qu'une polysémie et non pas une identité conceptuelle. Le Code distingue clairement les biens et la propriété, faisant d'abord une classification des premiers, puis une description de la seconde et de ses différentes modifications[1140].

519. Application en droit anglais. L'*ownership* applicable aux meubles est un pouvoir indivisible de la personne sur la chose, qui, comme notre droit de propriété, pourrait aisément absorber la chose ou s'y incorporer. Il pourrait donc offrir un exemple du second mode opératoire de la confusion : celui du droit incorporé. Le terme *ownership* n'a pourtant jamais acquis la polysémie des mots propriété et *property*, et n'a jamais désigné le bien, mais toujours seulement le droit. Quant au terme *property*, il assume en droit anglais une bien plus large polysémie qu'en droit français, puisqu'il désigne, outre le droit de propriété, tous les droits que nous nommons réels[1141] et le bien lui-même.

Le droit anglais des immeubles se prête fort bien à la première forme de l'identification : nous avons vu que le bien y est plutôt l'*estate* que la terre, qui demeure, du fait de la doctrine des tenures attribuant le droit ultime à la Couronne, inaccessible à une totale absorption par un droit subjectif. La théorie de l'identité du droit et du bien, dans sa première forme, celle du droit-bien, est donc en vigueur en droit positif anglais immobilier[1142].

- **La distinction du droit et du bien : retour à la chose-bien**

520. Réhabilitation de la chose. Il nous semble pourtant inexact de fondre le droit dans la qualification de bien et de le laisser supplanter la chose. Cette dernière, certes, est un donné factuel, elle est préjuridique. C'est néanmoins la négliger que de l'exclure de la sphère juridique pour identifier bien et droit. Le droit s'applique à elle, c'est elle qu'il transforme en bien. Sans objet, le droit n'est rien qu'une prescription abstraite. Même si les trois notions se

---

1137 § 1030 du *BGB* : « *eine Sache kann in der Weise belastet werden...* » (« une chose peut être grevée de telle sorte que... »). La relation du droit de propriété et des droits dits « démembrés » sera analysée plus loin, § 609 et s.

1138 Article 544 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses… ».

1139 Article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété… », où l'on ne saurait certifier si la propriété cédée est ici le bien ou le droit.

1140 Livre deuxième : « Les biens et les différentes modifications de la propriété », Titre 1 : « de la distinction des biens » ; titre 2 : « De la propriété » ; titres 3 et 4 : « De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation », « des servitudes ou des services fonciers ».

1141 Une servitude, par exemple, est un *property right*. Voir *infra*, § 614.

1142 Voir *supra*, § 407.

superposent sur un même objet, il faut distinguer chose, droit et bien, qui constituent les trois étapes successives du processus intellectuel de qualification.

521. Distinction du droit *in rem* et du bien. Certes, le droit réel sur le bien d'autrui peut être occasionnellement transformé en bien, pour être cédé sans que la chose elle-même change de propriétaire ; mais cela ne doit pas occulter sa nature originelle de droit. On peut parler, sur les choses, de droits réels (droits *in rem, an der Sache, property rights*), mais aussi de droits personnels (droits indirects sur la chose : *ad rem in personam, choses in action*). La chose apporte au droit subjectif sa substance, même incorporelle, même intellectuelle : elle lui donne un objet. De son côté, le droit donne au bien une organisation juridique, en définissant et en répartissant ses virtualités juridiques et économiques par des techniques variées. On ne peut donc identifier droit et bien quand sur le même bien peuvent exister des formes juridiques si diverses.

522. Distinction du droit de propriété et du bien. Quant au droit de propriété, plus précisément, il ne peut se confondre avec le bien, puisqu'il sélectionne en ce dernier ce qui est appropriable ; il faut donc bien reconnaître au moins une succession logique, sinon une différence de nature, entre droit et bien. Le droit de propriété peut être « modifié »[1143], « il peut être démembré, son objet subsistant »[1144]. Si droit et bien devaient se confondre, l'un ne pourrait être modifié ou démembré sans que l'autre en soit d'autant diminué.

523. Le rôle du titulaire. Il semble qu'en outre, l'identification du bien et du droit néglige quelque peu le titulaire de ce dernier. Le bien n'existerait pas sans le droit, et cela devrait conduire à les identifier l'un à l'autre. Puisqu'il ne peut exister de droit sans titulaire, pourquoi, à l'inverse, ne pas fondre l'un en l'autre ? Concernant le droit de propriété, cela serait plus conforme à son référent romain, vu comme un pouvoir incessible de la personne sur la chose[1145].

524. L'interprétation de la distinction corporel - incorporel. L'identification du bien et du droit peut notamment être attribuée au fait que, bien souvent, les défenseurs de l'existence de biens incorporels n'y comptaient que des droits[1146] (droits réels démembrés et

---

1143 Le livre deuxième du Code civil s'intitule : « Des biens et des différentes modifications de la propriété ».

1144 H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Archives de philosophie du droit* (*APD*), tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 8-16, bibliographie, n° 253, p. 11. Le passage se poursuit ainsi : « les valeurs mobilières sont cédées, transmises par succession, peuvent être grevées d'un usufruit ou mises en gage comme toute autre « propriété mobilière ». Il y a donc un droit qui porte sur « quelque chose », puisqu'il peut être démembré, son objet subsistant ». La nature des droits réels sera traitée *infra*, § 609 et s.

1145 En droit romain, c'était la chose qui se transmettait et non pas le pouvoir qui, n'étant pas un droit subjectif, mais une faculté, ne pouvait pas être réifié. Voir *supra*, § 11.

1146 J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit* …, précité, bibliographie, n° 1, § 202, p. 212 : « Les biens dits *incorporels* parce que, faute de substance matérielle, on ne peut les toucher, sont les *droits*. »

créances[1147]). De la distinction des biens entre choses corporelles et choses incorporelles, l'on glissa donc vers une distinction des droits et de leur objet, aboutissant à la conclusion qu'en une même chose il existait deux biens : la chose elle-même et le droit portant dessus.

> La distinction des biens corporels et incorporels « consiste à mettre d'un côté toutes les choses qui peuvent être utiles à l'homme, c'est-à-dire tous les biens proprement dits, et de l'autre côté les droits que l'homme peut avoir sur ces biens. En d'autres termes, cette distinction aboutit finalement à distinguer le droit du bien sur lequel il existe, à distinguer le droit de son objet. »[1148]

Il a donc fallu choisir entre ces deux biens, le bien-chose et le bien-droit. De ce dilemme est issue la proposition que seuls les droits sont des biens juridiques, qu'il n'y a de biens qu'incorporels, que des droits[1149].

525. Application à la propriété. Ce raisonnement détermine la nature du droit de propriété : est-ce donc un bien-chose ou un bien-droit ? Les deux propositions s'avèrent également insatisfaisantes. La propriété n'apparaît pas dans les énumérations des biens, meubles ou immeubles[1150]. Si elle est un droit, il faut alors reconnaître qu'elle porte aussi sur des biens corporels, et que la distinction des biens corporels et incorporels est une distinction des biens entre eux, et non pas une distinction des droits et des choses, ce qui annule le point de départ de tout le raisonnement[1151].

1147 Premier projet de Code civil rédigé par Cambacérès : « 20. Les biens incorporels réputés meubles sont : l'usufruit et l'usage des choses mobilières ; les obligations et les actions qui ont pour objets des sommes exigibles ou des effets mobiliers ; les ventes perpétuelles et viagères sur la République ou sur les particuliers. 21. Les biens incorporels réputés immeubles sont : l'usufruit et l'usage des choses immobilières ; les services fonciers et les rentes viagères » (cité par F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 338).

1148 Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, précité, bibliographie, n° 13, p. 18. F. Zénati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 23, § 46, p. 92 : « Par suite, la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels a cessé d'en être une, puisqu'elle a été réduite à différencier les droits de leur objet… »

1149 Batiffol, après avoir estimé que l'article 516 du Code civil « paraît admettre que les biens sont des choses au sens de la corporéité », constate que la notion de biens incorporels se serait « réintroduite », causant « la dégradation que nous avons rappelée des biens en objets – occasions – de prérogatives déterminées », et finit par conclure que la notion de bien « se ramène à des prérogatives déterminées reliées entre elles par une idée – tout en concernant un objet qui peut lui-même résulter d'une idée » (H. Batiffol, « Problèmes contemporains… », précité, bibliographie, n° 253). *Contra*, J. Wilhem, *Sachenrecht*, bibliographie, n° 80, § 124, p. 58 : « la similitude des droits démembrés sur des biens (*beschränkte Rechten an Sachen*) et des droits sur les droits (*Rechten an Rechten*) (…) consiste en ce que les deux sont des droits sur des droits en ce sens où les deux sont issus d'un autre droit (*Teil aus dem anderen Recht*), et non pas des droits ayant cet autre droit pour objet ». « Il est donc certain que la chose, objet de la propriété, n'est pas la créance, mais l'objet de la créance, c'est-à-dire la prestation ou l'objet de la prestation. Celui-ci est attribué par la créance au créancier, comme le bien au propriétaire par la propriété. Il n'y a pas d'autre étape d'attribution (*Zuordnung*) : il n'y a pas de propriété de la propriété, pas plus qu'accessoirement, de propriété de la créance. Il n'y a, en d'autres termes, (…) pas d'attribution de l'attribution (*Zuordnung der Zuordnung*) » (§ 126, p. 59).

1150 Voir la liste faite par Cambacérès dans son premier projet, précité note 1147.

1151 Le professeur Zénati reconnaît que ces deux définitions, celle du bien-chose et celle du bien-droit, sont possibles, mais qu'elles ne le sont qu' « isolément, c'est-à-dire alternativement », et que cette ambiguïté est bien « encombrante », et qu' « il faut donc s'entendre sur le sens qu'on veut cas par cas donner au mot bien » (F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 340). R. Guillien, S. Guinchard, G. Montagnier, J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 17ème éd., Dalloz,

Ces auteurs du XIX^{ème} siècle écrivaient pourtant bien après la promulgation des lois révolutionnaires faisant expressément mention de la propriété intellectuelle : pourquoi n'inséraient-ils pas les biens intellectuels dans la catégorie des meubles incorporels ? Quelle est la raison de cette omission ? Les biens intellectuels sont pourtant plus purement incorporels que les droits réels et personnels, qui portent indirectement sur un objet corporel. La prise en considération des œuvres, des inventions etc. comme objets incorporels de droits semble pourtant devoir enrayer le glissement de la distinction corporel-incorporel à la distinction objet-droit, puisqu'ils constituent des biens incorporels qui ne sont pas des droits.

526. Le mode de définition du droit. Enfin, l'analyse identifiant bien et droit devait aboutir, nous l'avons dit plus haut, à l'idée que la propriété serait un bien, qu'elle se confondrait avec la chose. Il serait donc inutile d'en définir le contenu : le droit serait la chose, en toutes ses virtualités juridiquement protégeables[1152].

Une telle assertion disqualifie les droits de propriété intellectuelle : ils ne peuvent épouser simplement les contours de leur objet, et leur contenu est au contraire déterminé par le législateur. Qu'ils soient définis de façon synthétique ou par énumération, ils ne couvrent jamais toutes les prérogatives qu'il serait possible de reconnaître à une personne sur un bien intellectuel. Certains usages leur échappent, qui auraient pourtant pu y être insérés[1153]. Cela doit-il interdire d'y voir des droits de propriété ?

L'identification du contenu du droit de propriété à toutes les virtualités du bien nous semble ne pouvoir être qu'une image, qui ne suffit pas à définir le contenu réel du droit de propriété : elle ne fait que définir ce à quoi il tend, sans parvenir à déterminer son contenu.

Appliquons maintenant ces schémas au droit intellectuel, pour déterminer si le bien est la chose réservée ou le droit de réservation. Les opérations contractuelles serviront de révélateur.

2009, bibliographie, n° 6 : dans ce lexique se côtoient les deux définitions, qui semblent devoir se cumuler plutôt que s'annuler, l'ambiguïté persiste donc (« Bien : 1° Tout droit subjectif patrimonial ; 2° Toute chose objet d'un droit réel », p. 88).

1152 Le professeur Zénati explique « comment faire dire au Code civil qu'elle [la propriété] est un bien alors qu'il dit le contraire » : en déclarant qu'il « se trouve en réalité « camouflé » derrière les choses corporelles ». En exemple, il cite Demante : « parce que la propriété est le plein pouvoir sur la chose, c'est la chose elle-même qui, de tout temps, a été considérée comme formant le bien du propriétaire », et Aubry et Rau : « le droit de propriété absorbant toute l'utilité de l'objet qui lui est soumis, se confond en quelque sorte avec cet objet, qui en est comme le représentant » (I, 1ère éd., p. 333) (F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 341).

1153 La question du contenu des droits intellectuels sera traitée au titre suivant.

B) Les opérations contractuelles comme révélateur du bien intellectuel

527. Description du bien-droit intellectuel. Selon les théories du bien-droit, les droits intellectuels s'incorporeraient à la chose intellectuelle, s'identifieraient à elle, et leur nature de droit s'effacerait sous leur nature de bien. L'œuvre, l'invention, le dessin etc. ne seraient que des choses extrajuridiques : seul le droit serait le bien, lui seul serait l'élément du patrimoine de son titulaire, l'objet du commerce juridique. Le complexe chose-droit-bien serait un tout indissociable.

528. Le critère des opérations contractuelles. Que nous en dit le droit positif ? Les définitions légales de la nature du droit manquent bien souvent de cohérence, et le modèle théorique affiché n'est pas toujours suivi dans le détail des prescriptions. Nous avons laissé à notre partie historique le soin d'étudier l'aspect déclaratoire des modèles théoriques ; dans cette partie consacrée à l'analyse technique des mécanismes légaux, le meilleur révélateur de la différence du droit et du bien sera fourni par les opérations contractuelles[1154]. Quel est leur objet : est-ce un élément du bien intellectuel ou du droit portant dessus ?

529. Terminologie. La plupart des textes considérés dans ce paragraphe traite généralement de *cession* ou *transmission*, c'est-à-dire d'un transfert du bien d'un sujet à un autre[1155]. La *concession* ou *licence, a fortiori*, est également possible dans ces cas[1156]. Seul le droit allemand des œuvres et des dessins et modèles ne permet que la concession de droits d'usage[1157]. La distinction entre cession et licence est controversée. En droit intellectuel, le droit transmis est-il réel ou personnel ? Les cessions temporaires ne sont-elles pas tout simplement des licences ? Les licences exclusives ne sont-elles pas des cessions ? Nous devons nous résigner à laisser ces questions ouvertes, à rester indifférent à la portée de l'effet translatif et à concentrer notre regard sur son objet.

1154 Le professeur Passa ne considère pas que le droit de propriété et la cession doivent avoir le même objet : après avoir déclaré qu' « on devrait parler, pour évoquer la propriété industrielle, de propriété de l'invention, et non de propriété du brevet, puisque le mot « brevet » est précisément le nom donné à la propriété spéciale que la loi organise sur les inventions », il préfère toutefois voir l'objet des cessions dans le brevet plutôt que dans l'invention : « ce qui est cédé ou transféré, c'est bien le droit sur la chose, et non la chose elle-même, couverte par le droit » (J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2006, bibliographie, n° 56, p. 15-16).

1155 Section 90 du *CDPA* 1988, section 24 du *TMA* 1994, section 15B du *RDA* 1949 ; § 27 *MarkenG*, § 15 *PatG* ; articles L. 131-1, L. 131-4, L. 513-2, L. 613-8, L. 714-1 CPI. Tous ces textes sont reproduits dans les notes suivantes.

1156 Comme le précisent notamment la section 30 du *PA* 1977 et l'article L. 613-8 CPI.

1157 § 29 *GeschmMG*, § 31 *UrhG*, cités dans les notes suivantes. Ce principe d'inaliénabilité est une conséquence de la théorie personnaliste du droit d'auteur allemand, dont l'objet est l'auteur à travers son œuvre.

Il reste à remarquer, avant d'entrer dans le détail de la typologie, que le droit commun de la vente semble résoudre la question de l'extérieur, en déclarant s'appliquer aux transferts de droits intellectuels en droits allemand[1158], anglais[1159] et français[1160]. Pourtant, en droit intellectuel même, les textes actuels ne sont pas plus cohérents sur cette question que leurs prédécesseurs[1161]. La typologie des solutions retenues fait apparaître trois cas : la cession du droit, la cession du bien et la cession des deux.

- **La cession du droit**

530. Le modèle théorique. Selon l'analyse considérant que les biens sont toujours des droits, la création intellectuelle n'est qu'une chose du monde non juridique. Elle n'est qu'indirectement appréhendée par le droit. À sa place se glisse le droit portant dessus, droit d'auteur, brevet, droit de marque etc., qui devient lui-même un bien. C'est le droit qui est cédé ; le bien intellectuel n'en est que le substrat immatériel ; il est indifférent à la cession, qui ne se préoccupe que du droit intellectuel. Si des droits réels sont créés, il le sont sur le droit et non pas sur le bien.

531. Exemples. Cela concerne le droit allemand des marques[1162] et des dessins et modèles[1163], en droit anglais, le *copyright* et le droit sur le *design* non enregistré[1164]. Cela concerne également le droit français[1165], qui suit donc en matière d'opérations contractuelles

---

1158 La restriction des biens (*Sachen*) aux choses corporelles vaut aussi bien pour le droit des contrats (livre 2 du *BGB*) que pour le droit des biens (livre 3). Elle aurait donc dû empêcher le droit de la vente de s'appliquer à tout objet incorporel, si le § 453 n'avait prévu que « les prescriptions sur la vente des biens s'appliquent à la vente des droits et autres objets ».

1159 Section 136, 1° du *Law of property Act 1925* : « tout transfert, absolu et par écrit de la main du cédant, de toute dette ou autre *chose in action*, dont notice a été délivrée au débiteur, *trustee* ou autre (…), a pour effet *in law* (…) de transférer, à la date de cette notice : a) le droit *at law* sur cette dette ou autre *chose in action* ;… ».

1160 Par exemple : CA Paris, 29 octobre 1987, *Ann. Prop. Indus.* 1988, p. 300, déclarant le droit commun des vices cachés applicable à la cession des brevet.

1161 Voir *supra*, § 255-256.

1162 § 27 de la loi allemande sur la protection des marques et autres signes distinctifs (*Markengesetz*, abrégée *MarkenG*) : « le droit issu de l'enregistrement, de l'usage, ou de la notoriété d'une marque peut, pour tout ou partie des marchandises ou services pour lesquels la marque est protégée, être cédé ou transmis à des tiers » ; de même pour les licences, § 30.

1163 § 29 de la loi allemande sur la protection juridique des dessins et modèles *Geschmacksmustergesetz*, abrégée *GeschmMG*) : « 1) le droit sur un modèle peut être cédé ou légué ». § 30 : « 1) le droit sur un modèle peut faire l'objet d'un droit réel [« *Gegenstand eines dinglichen Rechts* »], en particulier être mis en gage. »

1164 Section 90 du *CDPA* 1988 : « le *copyright* est transmissible par transfert, par disposition testamentaire, ou par opération de la loi, en tant que propriété personnelle ou mobilière [« *personal or moveable property* »]. » La section 1 déclarait pourtant que « le *copyright* est un droit de propriété », et non pas un *objet* de propriété.

1165 Après avoir déclaré que « la cession globale des œuvres futures est nulle » (article L. 131-1), ce qui semblait annoncer que les œuvres feront l'objet des conventions, le CPI dispose que « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle » (article L. 131-4). Article L. 513-2 :

un schéma opposé à ce que semblait annoncer son modèle théorique de propriété des produits de l'esprit[1166].

Les *statutes* anglais se contentent en général d'une seule section sur les transferts. Que l'objet en soit défini comme le droit ou le bien, ils renvoient[1167] au droit commun des cessions[1168]. La littérature en la matière prend toujours le droit, et non le bien intellectuel, comme objet des transferts étudiés[1169].

- **La cession du bien**

532. Le modèle théorique. La seconde hypothèse maintient dans le bien le siège du droit : c'est bien l'œuvre, l'invention, le modèle etc., qui est cédé. Dans le cas d'une licence, c'est l'accès à une des utilités du bien qui est concédé. Cette utilité, élément de la substance du bien, peut aussi faire l'objet de droits réels autonomes. Le droit intellectuel donné par le titre (et non pas *sur* le titre) s'en trouve lui-même « démembré » ou « grevé »[1170].

533. Exemples. C'est le cas du droit d'auteur allemand[1171]. Cela semble aussi être celui de la marque anglaise[1172], dont la transmission est réglée en des termes exactement identiques à celle du *copyright* et du brevet, alors que dans ces deux derniers cas, le droit était cédé et non pas le bien. En déclarant qu'« une marque de commerce enregistrée est un droit de

---

« L'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder. » Article L. 613-8 : « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en tout ou partie. Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive. » Article L. 714-1 : « Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie. » Pourtant, l'article L. 712-1 CPI disposait que « la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement ». Également L. 713-1. Notons d'ailleurs la confusion de la marque et du droit, article L.713-4 : « le droit conféré par la marque… ».

1166 Ce modèle théorique se manifeste notamment dès le premier article du CPI (art. L. 111-1 : « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle… »).

1167 La formule usuelle est : « comme toute autre propriété personnelle ou mobilière ». Les sections concernées sont citées en note de bas de page de ce C.

1168 Section 136, 1° du *Law of property Act 1925* : « tout transfert, absolu et par écrit de la main du cédant, de toute dette ou autre *chose in action*, dont notice a été délivrée au débiteur, *trustee* ou autre (…), a pour effet *in law* (…) de transférer, à la date de cette notice : a) le droit *at law* sur cette dette ou autre *chose in action* ;… ».

1169 Par exemple, A. Firth, J. Fitzgerald, « *Equitable assignments in relation to intellectual property* », *Intellectual Property Quarterly* (*IPQ*) 1999, n°2, p. 228-249, bibliographie, n° 377.

1170 Le choix entre ces deux termes, et entre les deux analyses du droit réel qu'ils désignent, sera fait *infra*, § 609 et s.

1171 § 31 de la loi allemande sur le droit d'auteur et les droits voisins (*Urheberechtsgesetz*, abrégée *UrhG*) : « 1) l'auteur peut concéder à autrui tout ou partie des modes d'usage de l'œuvre (droit d'usage : *Nutzungsrecht*). Le droit d'usage accordé peut être simple ou exclusif, et limité dans le temps, l'espace, ou dans son contenu ».

1172 Section 24 du *TMA* 1994 : « une marque de commerce enregistrée est transmissible par transfert, par disposition testamentaire, ou par opération de la loi, comme toute autre propriété personnelle ou mobilière ». La rubrique s'intitule d'ailleurs « *registered trade mark as an object of property* ».

propriété »[1173], l'une des premières sections du *TMA* récuse notre analyse autant qu'elle la corrobore, puisqu'elle met le bien et le droit à niveau égal.

- **La cession du droit et du bien**

534. Modèle et exemples. Dans le troisième et dernier cas, chaque maillon de la chaîne juridique est un bien : la demande de délivrance du titre, le titre lui-même, le droit donné par le titre et le bien. Une telle démultiplication est possible en cas de droit soumis à enregistrement : le titre délivré devient lui-même un bien. Il s'agit des droits des brevets allemand[1174] et anglais[1175], et du droit sur le *design*[1176].

535. Discussion. L'autonomie de tous ces biens est toutefois discutable : le droit à la délivrance du titre et le droit sur le titre existent respectivement avant et après la délivrance et ont donc une spécificité chronologique, mais le droit sur le titre et le droit issu du titre sont-ils réellement distincts ? Conceptuellement, ils le sont par leur objet : le premier porte sur le titre et le second, sur le bien intellectuel. Mais le titre porte sur le bien, donc le droit sur le titre aboutit indirectement au bien[1177]. La cession du *design* anglais, d'ailleurs, corrobore cette critique : alors qu'en matière de brevet, le droit issu de l'enregistrement constitue un troisième bien, il n'est pas mentionné dans le *RDA* 1949, confirmant l'idée qu'il s'identifie avec le bien enregistré[1178].

Qu'en est-il des créations intellectuelles soumises à enregistrement, mais qui n'ont pas été enregistrées ? Ce sont des choses accessibles à tous, qui ne suivent pas le même régime que les biens enregistrés, mais plutôt celui des choses communes ; il ne peut exister sur elles que des droits non exclusifs.

1173 Section 2.

1174 § 15 de la loi allemande sur les brevets (*Patentgesetz*, abrégée *PatG*) : « 1) Le droit sur le brevet, le droit à la délivrance du brevet, ou le droit issu du brevet peuvent être transmis par succession. Ils peuvent être cédés en tout ou partie. »

1175 Section 30 du *PA* 1977 : « 1) Les brevets et demandes de brevet sont des propriétés personnelles (sans être des *choses in action*), et tout brevet, ou toute demande, et les droits portant dessus ou en découlant [« *in or under it* »] peuvent être transférés, créés ou concédés selon les dispositions suivantes. »

1176 Section 15B du *RDA* 1949 : « Un *design* enregistré ou la demande d'enregistrement d'un *design* est transmissible par transfert, par disposition testamentaire, ou par opération de la loi, comme toute autre propriété personnelle ou mobilière ». La section 2, 1° avait déjà clairement déclaré que « l'auteur d'un *design* sera traité (…) comme le propriétaire de ce *design* ».

1177 On en prendra pour illustration l'annulation d'une cession de brevet pour vice caché non pas du brevet, objet de la cession, mais de l'invention (le cessionnaire d'un brevet, ignorant au moment de la cession les inconvénients anormalement élevés du médicament breveté, peut faire jouer la garantie pour vice caché de l'article 1641 du Code civil : CA Paris, 29 octobre 1987, *Ann. Prop. Indus.* 1988, p. 300, bibliographie, n° 430). De même, la revendication de propriété de la demande ou du titre délivré, permise par l'article L. 611-8, revient à revendiquer la propriété de l'invention elle-même, l'exclusivité de son exploitation.

1178 Section 15B du *RDA* 1949.

L'invention non brevetée n'ayant pas été divulguée peut notamment faire l'objet d'un droit de possession personnelle antérieure[1179]. Elle fait même en droit allemand l'objet d'un droit indépendant de celui issu du brevet : le droit d'inventeur (*Erfinderrecht*[1180]). Cela empêche d'y voir trop simplement une chose commune ou une chose sans maître, dont quiconque peut faire usage ou que quiconque peut s'approprier[1181]. Il faut certes les distinguer des inventions sur lesquelles porte un titre de réservation. L'invention et le brevet se distinguent aussi lorsque le second, pour des raisons procédurales, s'avère défaillant : l'invention elle-même n'en est pas moins toujours fonctionnelle. Mais, plutôt que de distinguer invention et brevet, n'est-il pas plus expressif de distinguer invention non brevetée et invention brevetée ? Le même raisonnement vaut pour tous les biens dont la réservation requiert l'enregistrement.

- **Synthèse de la typologie**

536. Synthèse. Cette typologie confirme le constat déjà fait à plusieurs reprises : il règne en droit positif des biens intellectuels, plus qu'une simple confusion de fait, une profonde indécision de principe entre le droit et le bien.

Même les lois déclarant reconnaître sur les biens intellectuels un droit de propriété s'éloignent de ce modèle lorsqu'elles abordent les transferts. Il demeure une persistante propension à oublier le bien sitôt que le droit du titulaire s'est établi dessus et à ne prendre que ce dernier comme objet de la propriété, de la cession, de la licence et, finalement, de la réflexion juridique.

537. Le modèle proposé. Pourtant, lorsque la cession est totale, ce n'est plus seulement un droit qui est cédé, mais bien la chose elle-même. Lorsque la cession est partielle, certes, il faut bien préciser ce qui est cédé et ce qui ne l'est pas. Il redevient alors nécessaire de passer par le droit : préciser quel droit est cédé signifie préciser quelle virtualité de la chose-bien est cédée. Mais même alors, le droit n'est pas le bien cédé : il n'est qu'un instrument pour accéder aux valeurs du bien[1182].

1179 § 41 *GeschmMG*, § 12 *PatG* ; section 64 *PA* 1977 ; art. L. 613-4 CPI.

1180 Incluant notamment le droit au brevet et le droit d'être reconnu comme inventeur (H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 50).

1181 *Contra* : « l'invention, potentiellement brevetable, est considérée comme un bien sans maître jusqu'au jour de la demande » (M. Vivant, *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, bibliographie, n° 68, p. 78).

1182 Comparer à A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, § 27, p. 31 : « La loi vise la cession des droits sur l'œuvre et non la cession des œuvres elles-mêmes. Comment pourrait-elle d'ailleurs s'exprimer autrement pour désigner des cessions partielles portant par exemple sur le seul droit de représentation d'une œuvre dramatique, ou sur le droit d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre littéraire ? »

La possibilité de cession du droit dite « en tout ou partie » recouvre donc en réalité deux actes fondamentalement différents : celui de la « cession » totale du droit de propriété, qui n'est autre que la cession du bien lui-même ; et celui de la constitution d'un droit réel ou contractuel limité dans son contenu, dans le temps ou dans l'espace, qui revient à donner à autrui accès à une partie (une utilité) du bien.

538. Spécificité de la marque ? Il sera objecté à cette analyse qu'en matière de marque, le bien ne serait pas le signe, mais le droit d'utiliser le signe pour marquer certains produits. Néanmoins, l'acte créateur de droit n'est pas la création du signe, mais seulement son association à des produits ou services. Le signe existe déjà, en tant que chose commune, en amont de l'acte créateur de droit. Par son association à des produits ou services, il devient un bien : la marque. C'est pourquoi le droit n'a pas le signe pour objet, mais la marque, qui est le signe associé aux produits ou services énumérés à l'enregistrement[1183]. La distinction du bien et du droit portant sur lui n'est donc pas affectée.

539. Conclusion. Dans la dogmatique du droit privé comme dans celle du droit intellectuel, il faut se garder de confondre bien et droit. L'identification du droit et du bien est un raccourci souvent commode, mais on ne peut se dispenser de la distinction dès que la propriété se trouve « grevée » ou « démembrée », ou que l'on cherche à en percer la structure.

Pour continuer à affirmer l'existence du bien et la place éminente que doivent lui donner le droit des biens et le droit intellectuel, apprêtons-nous à examiner sa place dans le schéma qui relie le titulaire, la chose et les tiers.

[1183] Voir aussi *infra*, § 694 et s.

Section 3 : Le bien dans la relation aux tiers

540. Droits réels et droits personnels. Les droits subjectifs privés se classent traditionnellement en deux catégories : les droits réels et les droits personnels. Les droits réels sont ceux qui portent directement sur une chose, et les droits personnels ceux qui opèrent contre une personne. Cette classification fut remise en cause par d'éminents penseurs juridiques anglais, allemands et français, qui voulurent réintroduire les tiers dans la définition du droit réel et en faire un droit de structure tripolaire : titulaire-débiteur-bien.

Existe-t-il des droits bipolaires directs d'une personne sur une chose ? Un bien peut-il constituer un pôle du droit ?

541. Plan. Il faut examiner la distinction des droits réels et personnels et ses nuances (A), pour faire ensuite application de ce schéma au droit intellectuel, et y déterminer la place du bien et celle des tiers (B).

A) La distinction des droits *in rem* et *in personam*

542. Après un bref examen de la théorie classique, qui distingue droits réels et personnels, et du renouveau prôné par les théories personnalistes du droit réel, une synthèse en sera proposée.

- **La distinction classique**

543. Les droits français, anglais et allemand donnent chacun une signification propre à cette distinction.

544. Droits *in rem* et *in personam* en droit français. La tradition française trouve dans le droit romain les racines de l'opposition des droits réels et des droits personnels. Le droit romain distinguait, parmi les modes de réalisation des droits, les actions *in rem* et les actions *in personam*. Sa distinction était donc plutôt procédurale que substantielle[1184], mais la doctrine française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles y a trouvé le modèle d'une division générale des droits patrimoniaux.

[1184] « Cette distinction n'était pas inconnue des Romains, mais ils la concevaient sous son aspect processuel, en opposant deux types d'actions en justice : les *actiones in rem* et les *actiones in personam* » (R. Vigneron, *Droit romain, Syllabus, Titre unique : Notion des droits patrimoniaux*, consultable à l'adresse: <http://vinitor.egss.ulg.ac.be/fichiers/syl/index_ii.html>, précité, bibliographie, n° 398.

Par opposition aux droits personnels, qui donnent à leur titulaire le droit d'exiger de son débiteur l'exécution d'une prestation, les droit réels attribuent une chose à leur titulaire de manière directe.

> « Le droit réel est celui qui donne à la personne un pouvoir direct et immédiat sur une chose, pouvoir qui s'exerce sans l'entremise d'un autre individu… »[1185]

545. Droits *in rem* et *in personam* en droit allemand. Le droit allemand se singularise en classant les droits patrimoniaux, plutôt que dans la stricte et exhaustive dichotomie des droits réels et des droits personnels, dans une typologie à multiples entrées : droits absolus de souveraineté, droits personnels familiaux, droits de créance, droits d'action[1186]… C'est dans la première catégorie que se rangent les droits réels, qu'ils n'habitent pourtant pas seuls, mais avec les droits de la personnalité et les droits immatériels. La définition du droit réel s'insère donc dans un contexte différent de celui des droits anglais et français. Elle n'aspire pas à former avec son antonyme une *summa divisio*.

Elle est néanmoins substantiellement la même. À la fin du XIX[ème] siècle, les motifs du projet de *BGB*, associant l'immédiateté du droit réel à un principe de corporalité de son objet, déclaraient que :

> « Le principe de la réalité [« *Dinglichkeit* »] (…) est la puissance immédiate de la personne sur la chose. (…) Il est déterminant que le droit puisse se réaliser sans la volonté d'un tiers, et que la présence d'un débiteur ne soit pas exigée. (…) Il s'ensuit que les droits réels ne peuvent exister que sur des choses corporelles… »[1187]

Aujourd'hui, de même, l'accent est mis, dans la définition allemande du droit réel, sur l'immédiateté de la relation à la chose[1188], qui s'accompagne du principe de corporalité vu plus haut[1189].

1185 F. Terré et Ph. Simmler, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 21, p. 54.

1186 *Absolute Herrschaftsrechte*, *persönliche Familienrechte*, *Forderungsrechte*, *Ansprüche*… Voir K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil*..., précité, bibliographie, n° 76, p. 248 et s.

1187 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 11. *Cf.* également B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862, bibliographie, n° 81, consultable sur le site Internet de l'institut Max Planck d'histoire juridique européenne, précité, bibliographie, n° 400, p. 84-86 : « les droits qui ont pour objet un bien (*Sache*), c'est-à-dire un morceau du monde extérieur dépourvu de raison, sont nommés les droits réels (*dinglichen Rechte*) », et s'opposent aux droits personnels issus d'une obligation. Cette définition est reprise dans la troisième (p. 90) et la cinquième éditions (p. 97).

1188 K. Larenz, M. Wolf, précité, bibliographie, n° 76, p. 249 : « La prérogative souveraine (*die Herrschaftsbefugnis*) se caractérise en cela que le titulaire peut jouir seul de son pouvoir, et n'a pas besoin de l'intervention de tiers pour réaliser son droit. » F. Baur, J. Baur, R. Stürner, *Sachenrecht*, 18[ème] éd., C. H. Beck, 2009, bibliographie, n° 72, p. 6 : « Tandis que le droit réel a pour contenu le pouvoir souverain sur une chose, le droit relatif ne confère de prérogatives que contre une personne déterminée. » H.-P. Westermann, D. Eickmann, et K.-H. Gursky, « *Unmittelbarkeit der Sachbeziehung* », *Sachenrecht : Ein Lehrbuch*, 7[ème] éd., C. F. Müller, 1998, bibliographie, n° 79, p. 8 : il s'agit d' « immédiateté de la relation au bien ».

1189 Voir *supra*, § 414 et s.

546. Droits *in rem* et *in personam* en droit anglais. Le droit anglais connaît également cette dichotomie[1190] et lui trouve la même origine romaine. Hohfeld, dont nous exposerons plus loin la doctrine, en donne maints exemples avant de s'y attaquer, notamment :

> « *Rights to things, jura* in rem*, have for their subject some material thing, as land or goods (...). A right of this kind imports in all persons generally the correlative negative duty of abstaining from any interference with the exercise of it by the owner; and by enforcing this duty the law protects and establishes the right. But a right of this kind does not import any positive duty in any determinate person, or require any act or intervention of such person for its exercise and enjoyment* »[1191].

Le critère de l'opposabilité semble donc l'avoir emporté dès l'origine, dans la définition du droit réel, sur celui de l'immédiateté de la relation au bien :

> « *This makes a division between rights in rem, whose exigibility depends on the location of a thing, and rights in personam, which are rights exigible against the person against whom they originally arise or that person's representatives* »[1192].

En fondant le critère sur l'exigibilité du droit, cette définition prend en fait déjà la voie de la conception personnaliste du droit réel.

- **Le rapprochement des droits *in rem* et *in personam***

547. A la fin du XIX[ème], la distinction des droits *in rem* et des droits *in personam*, c'est-à-dire des droits sur les choses et des droits sur les personnes, commença à être remise en cause.

548. Exclusion des choses. L'argument central est que les choses ne sauraient constituer le pôle passif du droit, qu'elles ne sauraient être débitrices des prérogatives du titulaire, puisqu'elles ne sont pas des sujets de droit. L'argument fut déjà formulé en 1885 par Austin[1193], en 1887 par Windscheid[1194], puis, à l'occasion de la publication des projets de

---

1190 Il conserve en revanche les termes latins, car les qualificatifs *personal* et *real* désignent par ailleurs les biens mobiliers et immobiliers.

1191 S. M. Leake (*Law of property in land*, 1874) cité par W. N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, 1919, rééd. 1946, bibliographie, n° 381, p. 77-78. Nous soulignons. L. B. Curzon, *Dictionnary of law*, 6[ème] éd., Pearson Education, 2002, bibliographie, n° 123, p. 219 : « In rem : *against a thing*. » La suite de la définition emploie l'expression en complément à des actions ou à des jugements plutôt qu'à des droits.

1192 P. Birks, *Introduction, in* P. Birks, *English private law*, Oxford Univerty Press, 2000, bibliographie, n° 289, p. XXXVIII (nous soulignons). On lit, dans la jurisprudence de la Chambre des Lords, que : « *property rights are superior to contractual rights in that, unlike contractual rights, property rights may survive against an indefinite class of persons* » ; cela demeure toutefois une pétition de principe, puisqu'il est ensuite déclaré que les remèdes contre la violation d'une obligation contractuelle ne doivent pas être inférieurs à ceux proposés contre une invasion de propriété (Lord Nicholls of Birkenhead, *Attorney General v. Blake and Another*, 2000, 4 *All ER* (*All England Law Reports*) p. 385, bibliographie, n° 467).

1193 J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5[ème] éd., 1885, vol. I, bibliographie, n° 122, p. 369 : après avoir noté que les termes *in rem* et *in personam* « *were devised by the Civilians of the Middle Ages* », il explique que: « *The phrase* in rem *denotes the compass, and not the subject of the right. It*

BGB, par Fuchs[1195]. On le lit aussi chez un penseur américain de la *common law* du début du XX^{ème} : Hohfeld[1196]. Michas considère que la chose relève de la réalité non juridique, et que la faculté d'en tirer profit est un pouvoir de fait non créé par le droit[1197]. L'objet du droit ne saurait être une chose non juridique : il serait plutôt « le but immédiat que le droit poursuit »[1198], « l'action ou l'inaction forcée du sujet passif »[1199].

549. Réintroduction des personnes. Il faut donc exclure le bien de la définition structurelle du droit de propriété ou du droit réel et trouver à celui-ci un débiteur. Ce débiteur ne peut être qu'une personne, toutes les personnes qui ne sont pas titulaires du droit. C'est bien ce que soutiennent Austin[1200], Windscheid[1201], Fuchs[1202,] Hohfeld[1203] et Michas[1204]. La

---

denotes that the right in question avails against persons generally ; and not that the right in question is a right over a thing. »

1194 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Dusseldorf, précité, bibliographie, n° 81 : alors qu'il caractérisait la distinction des droits réels et personnels de façon tout à fait classique dans les éditions précédentes de son manuel (1ère, 3ème, 5ème éd.), Windscheid adopte la théorie personnaliste dans la sixième édition. « Les droits réels sont les droits par la force desquels la volonté du titulaire est déterminante pour une chose. Cela n'est pas à entendre comme si c'était à la chose que l'ordre juridique, par l'octroi d'un droit réel, demandait soumission. Cela n'aurait aucun sens » (6ème éd., 1887, p. 101).

1195 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 12 : « il n'existe aucune relation juridique immédiate aux choses ; il n'existe aucun droit contre les choses » (« *kein Recht gegen Sachen* »).

1196 W. N. Hohfeld, « *Fundamental legal conceptions…* », précité, bibliographie, n° 381, p. 74 et s. : « *a right in rem is not a right « against a thing »* » ; la relation directe à la chose n'est que physique, et non pas juridique. Le professeur Waldron le confirme bien des années plus tard : « *the layman thinks of this [property] as a two-place ownership between a person and a thing : Suzan owns that Porsche. But the lawyer tells us that legal relations cannot exist between people and Porsches, because Porsches cannot have rights or duties or be bound by or recognize rules* » (J. Waldron, « *What is private property?* », précité, bibliographie, n° 393, p. 314). Th. Merrill, H. Smith, « *What happened to property in law and economics?* », *Yale law journal*, 2001, vol. 11, p. 357-398, bibliographie, n° 385, p. 358 : « *By and large, this view has become conventionnal wisdom among legal scholars : property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily and incidentally involves a thing.* » Les auteurs tentent néanmoins d'enrayer le « déclin, dans la pensée anglo-américaine, de la conception de la propriété comme un droit particulier *in rem* » ; ils considèrent que les *property rights* « ont une généralité et une impersonnalité absentes des droits et privilèges tenus directement contre des personnes », et que « les devoirs universels sont irradiés de la chose elle-même », sans considération de leur débiteur, et même de leur créancier (*ibidem*, p. 359).

1197 H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse, Paris, 1900, bibliographie, n° 173. Voir également, faisant une appréciation de ce courant : M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Droit civil français*, précité, bibliographie, n° 19, § 36 et s., p. 41 et s.

1198 H. Michas, *Le droit réel…*, précité, bibliographie, n° 172, p. 134.

1199 *Ibidem*, p. 138.

1200 J. Austin, *Lectures on jurisprudence...*, précité, bibliographie, n° 122, p. 369: « *For, as I shall show hereafter, many of the rights, which are jura or rights in rem, are either rights over, or to, persons, or have no subject (person or thing).* »

1201 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, précité, bibliographie, n° 81, 6ème éd, p. 101 : « Les droits existent entre personne et personne, et non pas entre personne et chose. »

1202 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 14 : « De même que tout droit vient des personnes, il ne joue que contre elles. »

1203 W. N. Hohfeld, « *Fundamental legal conceptions...* », précité, bibliographie, n° 381, p. 76 : « *all rights in rem are against persons* ». A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 7 : la proposition peut être résumée en posant simplement que « *legal relations operate on a one-to-one basis* ».

particularité de leur argument est qu'il repousse le bien dans le monde purement factuel, qu'il l'exclut de la définition du droit réel. Celui-ci ne consisterait plus en l'attribution des utilités d'une chose à une personne, mais en une multitude de droits contre les tiers, une « obligation passivement universelle »[1205]. Cette conception est dite personnaliste, car elle définit le droit *réel* comme une foule de droits *personnels*.

550. La définition personnaliste des droits réels. La dernière étape du raisonnement sonne le glas de la distinction des droits réels et personnels. Puisque tous les droits ne valent que contre des personnes, parler de droits réels n'a aucun sens[1206]. Il s'agit plutôt de distinguer les droits s'imposant à une ou plusieurs personnes déterminées des droits jouant contre tout tiers, sans détermination. La propriété et les droits réels, en principe opposables à tous, font partie de la deuxième catégorie[1207]. Quant à la dénomination des deux catégories, les avis divergent. Fuchs recommande de les nommer « droits relatifs » et « droits absolus »[1208]. Hohfeld préfère inventer les qualificatifs *paucital* et *multital*[1209].

Plus tard, en doctrine française, Ginossar également récuse le critère de l'immédiateté[1210] et lui préfère celui de l'opposabilité. À la différence des auteurs précédents,

---

1204 H. Michas, *Le droit réel…*, précité, bibliographie, n° 173, p. 143 : « Tout rapport de droit, étant une relation sociale d'une nature particulière, créée ou consacrée par le législateur, suppose nécessairement deux personnes au moins. »

1205 H. Michas, *Le droit réel…*, précité, bibliographie, n° 173. Il s'agit du titre de sa thèse.

1206 W. N. Hohfeld, « *Fondamental legal conceptions...* », précité, bibliographie, n° 381, p. 76 : le sujet « *is not to be regarded merely as a matter of taste or preference for one out of several equally possible forms of statement or definition. Logical consistency seems to demand such a conception, and nothing less than that* ».

1207 J. Austin, *Lectures on jurisprudence*..., précité, bibliographie, n° 122, p. 394 : « *The essentials of a right in rem are these: it resides in a determinate person, or in determinate persons, and avails against other persons universally or generally. The duty with which it correlates, or to which it corresponds, is negative*. » H. Michas, *Le droit réel…*, précité, bibliographie, n° 173, p. 258 : « Les droits réels ont au fond une nature obligatoire, tout aussi bien que les droits de créance, et que la différence essentielle entre ces deux catégories de relations juridiques réside dans le caractère universel ou particulier du sujet passif. »

1208 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 14 : les droits ne jouent que contre les personnes, « et, plus précisément, soit contre une personne déterminée, soit contre une foule indéterminée ; ainsi, les droits ne peuvent être que relatifs ou absolus ».

1209 W. N. Hohfeld, « *Fundamental legal conceptions...* », précité, bibliographie, n° 381, p. 75 et s. *Pauci* : peu nombreux ; *multi* : nombreux. Le critère, bien sûr, n'est pas simplement quantitatif, mais rejoint celui de Fuchs entre débiteur déterminé et foule indéterminée. La distinction des *paucital* et *multital rights* n'est qu'un élément de la typologie des droits qui a valu à Hohfeld une riche postérité dans la dogmatique anglaise. Selon lui, le droit de propriété et les droits réels sont la combinaison ponctuelle du privilège de jouir d'un bien et du droit d'en empêcher autrui. Le privilège est la liberté pour son titulaire de faire quelque chose, mais son corrélatif n'est que l'absence de droit d'autrui de l'en empêcher. Le privilège n'est donc pas essentiellement exclusif. Il ne le devient que s'il se double d'un *right* (*claim*) d'exiger des tiers de ne pas faire le même acte, ce qui est une relation juridique différente et indépendante (*ibidem*, p. 39).

1210 Ginossar, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, bibliographie, n° 176, p. 27-29.

il ne reconnaît de droit absolu que la propriété, et classe les droits réels parmi les droits relatifs, valables contre un débiteur déterminé : le propriétaire de la chose[1211].

Dans tous les cas, le critère de l'immédiateté est remplacé par celui de l'opposabilité et le concept de droit réel, par celui de droit absolu[1212]. Le contraste avec les droits personnels s'en trouve anéanti : les droits patrimoniaux ne s'exercent que contre des personnes et ne se distinguent plus que par des degrés variés d'opposabilité. Les théories personnalistes du droit réel enfouissent le bien-chose sous des relations personnelles et lui nient tout rôle prépondérant dans la structure du droit. Le pôle passif du droit n'est pas le bien mais les tiers. Ainsi doit disparaître l'idée d'attribution immédiate d'un bien à un sujet.

- **Synthèse**

551. La convergence des deux thèses. Le remplacement du critère de l'immédiateté du droit au bien par celui de l'exigibilité aux personnes n'est que le passage d'un point de vue à l'autre, mais le phénomène décrit est le même. Le premier critère fait naître deux catégories opposées l'une à l'autre aussi clairement que le noir l'est du blanc : immédiat-médiat, direct-indirect. Le second rassemble tous les droits sous une même structure (opposables aux personnes), se distinguant seulement par des degrés variés d'opposabilité : absolu-relatif, débiteurs nombreux-peu nombreux (*multital-paucital*).

552. La différence de nature entre les deux types de droits. À mieux regarder ce second critère, qui ne se donne que comme un critère quantitatif, il apparaît qu'il dissimule une véritable différence de qualité entre les deux hypothèses qu'il ne veut distinguer que par leur intensité. L'obligation universelle corrélative d'un droit absolu est toujours négative : c'est une abstention ou, selon la terminologie anglophone, une « *non interference* ». L'obligation corrélative d'un droit relatif peut au contraire être positive : ce pourra être une prestation, une

---

1211 Ginossar, *ibidem*, p. 93-94 : « Tout comme le droit personnel est celui qui correspond à une obligation personnelle, il faut entendre par droit réel le droit qui correspond à une obligation réelle. » L'auteur aboutit à « la notion du droit réel sur la chose d'autrui comprise comme un droit relatif, en vertu duquel le titulaire, propriétaire du droit réel, peut exiger une prestation, active ou passive, d'une autre personne déterminée, le propriétaire quel qu'il soit d'un bien déterminé » (p. 196). L'apport central de la thèse de Ginossar, ce qui fit sa renommée, est le concept de propriété des créances, de propriété des droits personnels et des droits réels, dont la réunion à leur titulaire par le droit absolu de propriété explique qu'ils soient eux aussi opposables aux tiers : « tout droit de créance s'analyse donc en deux rapports juridiques distincts et cœxistants, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents » (p. 85).

1212 E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, précité, bibliographie, n° 212, p. 17 : « la réalité est l'opposabilité ». « Puisque la réalité n'est [pas] la puissance réelle (…), puisqu'elle n'est que la généralité de l'opposabilité (*Klageschutzes*), alors il n'existe [pas], en droit des biens, de dogme de la corporalité – au contraire, il est loisible au droit d'assortir des droits de jouissance sur des choses n'existant qu'en imagination (*res quae in jure consistunt*) d'une opposabilité absolue. » « Le droit réel n'est plus une sphère privée autonome, le nombre des droits réels n'est plus nécessairement limité par la loi, mais seuls les besoins économiques et les choix politiques peuvent décider si et dans quelle mesure un droit doit être réel, c'est-à-dire absolu. »

action. N'y a-t-il pas entre ces deux cas une différence fondamentale, une différence de nature, et non pas seulement une variation de degré ? Il nous semble que si, et nous nous trouvons ainsi docilement reconduits au critère classique de l'immédiateté. Les droits corrélatifs d'une abstention sont ceux qui atteignent le bien de façon directe, sans recours à quelque tiers ; les droits corrélatifs d'une action sont ceux qui n'atteignent le bien que par l'entremise d'autrui, ils sont médiats, indirects.

L'apport de la théorie personnaliste est de rappeler que, dans les rapports dits absolus ou immédiats sur les biens, le tiers, s'il n'est que spectateur, est toutefois toujours présent.

Il semble donc plus constructif d'opposer les deux types de droits que les deux analyses concurrentes. Si l'analyse classique et l'analyse personnaliste ne peuvent s'entendre sur la nature du droit *in rem*, elles se rejoignent sur celle du droit *in personam*. Appliquons ces raisonnements aux droits intellectuels. Où les classer dans ces distinctions ?

B) L'hypothèse du droit personnel

553. Un droit intellectuel *in personam* ? Nous avons fait plus haut[1213] l'exposé des théories selon lesquelles les droits intellectuels seraient *sui generis*. Plutôt que d'adopter cette insatisfaisante solution, vérifions s'il faut véritablement s'y résoudre, et donnons encore leur chance aux qualifications de droit commun : le droit intellectuel est-il un droit sur une chose ou un droit contre une personne ? Dans sa formulation personnaliste, la question se posera ainsi : les droits intellectuels sont-ils corrélatifs d'une obligation passive universelle ou de l'obligation éventuellement active de débiteurs déterminés ?

Envisageons l'hypothèse où le droit intellectuel se réaliserait par l'entremise d'un tiers déterminé (ce serait alors, selon la terminologie retenue, un droit personnel ou un droit relatif), pour ensuite en faire la critique.

• Le droit intellectuel, droit personnel de créance

554. Une créance du créateur sur le propriétaire du support matériel ? Selon la seconde hypothèse de chacune des deux doctrines, les droits intellectuels seraient des droits médiats sur le bien intellectuel, se réalisant par la prestation éventuellement active de tiers déterminés. Le tiers déterminé serait alors le propriétaire du support matériel incorporant le bien intellectuel, le propriétaire du livre où le texte est imprimé, de l'appareil mettant en œuvre l'invention, du produit arborant la marque, de l'objet présentant l'apparence du dessin ou du

[1213] *Supra*, § 281 et s.

modèle etc. Ils pourraient pour cela prendre la forme d'une créance d'origine légale, de même nature que celle qui naît des quasi-contrats, voire des régimes de responsabilité sans faute. Cherchons, dans le droit intellectuel de nos trois pays, les éventuelles occurrences d'un tel schéma.

555. Illustrations. Le droit intellectuel consiste surtout à recueillir les fruits juridiques du bien intellectuel ; il faut donc que quelqu'un s'acquitte de ces fruits : c'est le propriétaire ou l'usager du support matériel. Outre cette obligation générale de payer au titulaire le fruit juridique de son bien intellectuel, on décèle ici et là, surtout en matière littéraire et artistique, des obligations particulières du propriétaire du support matériel envers le titulaire du droit intellectuel, qui pourraient indiquer que le droit intellectuel se réalise par l'entremise d'un débiteur :

- le cessionnaire du droit de reproduire une œuvre ou une invention est toujours tenu, envers l'auteur ou l'inventeur, d'apposer le nom de celui-ci aux exemplaires reproduits[1214] ;
- le vendeur du support matériel d'une œuvre d'art a envers l'auteur de celle-ci, indépendamment de tout contrat, l'obligation légale de lui en verser une partie du prix (droit de suite)[1215] ;
- l'utilisateur d'une œuvre, accomplissant des actes permis par une exception ou une limitation légale du droit, a envers l'auteur, dans les cas prévus, l'obligation d'en payer la juste compensation[1216] ;
- en droit d'auteur allemand, le propriétaire du support matériel d'une œuvre d'art a envers l'auteur l'obligation légale de mettre à sa disposition l'original ou la reproduction possédée, lorsque cela est nécessaire à l'exercice de son droit reproduction ou de modification de l'œuvre et ne porte pas atteinte aux intérêts légitimes du propriétaire[1217].

556. Qualification de droit personnel. Ces liens d'obligation sont ponctuellement créés par la loi entre le titulaire du droit intellectuel et l'usager de l'exemplaire matériel. Le

---

1214 En matière d'œuvres : section 77 du *CDPA* 1988, et § 13 *UrhG*, et L. 121-1 CPI.

1215 L. 122-8 CPI, *Artist's resale Right Regulations 2006*, § 26 UrhG.

1216 Exemple : L. 311-1 CPI (rémunération pour actes de copie privée) et § 54 *UrhG*. Le *CDPA* 1988 n'impose aucune obligation statutaire de compenser financièrement les exceptions faites au *copyright* : la compensation est organisée par les accords négociés par les société de gestion collectives (W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 14-15, p. 543).

1217 § 25 *UrhG* : « 1) l'auteur peut exiger du possesseur de l'original ou d'un exemplaire de son œuvre, qu'il lui donne accès à cet original ou à cet exemplaire, dans la mesure où cela est nécessaire à la reproduction ou au remaniement de l'œuvre, et ne porte pas atteinte aux intérêts légitimes du possesseur. 2) Le possesseur n'a pas l'obligation de remettre l'original ou l'exemplaire à l'auteur ». En droit français ou anglais, l'auteur ne pourrait y avoir accès que par injonction d'un juge, sans obligation légale du propriétaire de l'exemplaire matériel.

débiteur, ici, est déterminé : c'est l'usager. Selon la terminologie classique, ces obligations constitueraient donc un droit personnel tenu par le titulaire du droit intellectuel contre son débiteur, le propriétaire du support matériel. Ce droit personnel, par contraste avec le droit réel auquel il s'oppose, porterait seulement contre une personne. Le bien, qu'il soit corporel ou incorporel, aurait disparu de la relation juridique dont les deux pôles seraient le créancier et le débiteur.

557. Qualification de droit relatif. Les théories personnalistes des droits patrimoniaux verraient dans le droit intellectuel un droit relatif tenu contre le propriétaire des exemplaires matériels. Ce droit relatif, par contraste avec le droit absolu auquel il s'oppose, serait tenu contre une ou plusieurs personnes déterminées et non pas contre une foule indéfinie.

- **Critique**

558. Une telle lecture obligationnelle du droit intellectuel ne nous paraît pas devoir être retenue.

559. Rejet des qualifications obligationnelles du droit intellectuel. Tout d'abord, les obligations énumérées à l'appui d'une lecture obligationnelle du droit intellectuel ne sont que ponctuelles. Même la créance d'argent que constitue le droit de percevoir les fruits ne suffit pas à définir le droit. Il rassemble d'autres prérogatives que nous ne pourrions toutes énumérer. Or, si le droit de propriété peut se dispenser de définir limitativement son contenu, le droit de créance ne saurait rester flou et extensible qu'au prix d'une inacceptable insécurité juridique pour le débiteur. Si l'on s'en tient aux obligations énumérées, cette lecture du droit intellectuel est réductrice ; si l'on accepte que certaines obligations soient virtuelles, cette lecture est dangereuse pour les débiteurs.

La détermination du débiteur supposé du droit intellectuel nous paraîtrait en outre trop incertaine pour en faire un droit de créance. Nous reprenons ici un argument déjà développé contre l'hypothèse du *jus in re aliena* : que ce soit pour tenir le rôle du propriétaire grevé d'un droit réel, ou du débiteur d'une créance, les propriétaires ou les usagers des supports matériels sont trop multiples et insaisissables pour constituer le second pôle du droit intellectuel.

Que la créance soit nommée *droit personnel* ou *droit relatif*, elle demeure un droit ne se réalisant que par l'intermédiaire des tiers. Or, si toutes les virtualités du droit intellectuel pèsent finalement sur un tiers, il nous semble que c'est en vertu du principe simple, selon lequel le droit exclusif de l'un empiète toujours sur la liberté de l'autre. Le simple fait qu'il

produise des effets négatifs sur les tiers ne saurait suffire ni à faire de ceux-ci des débiteurs, ni à faire du droit intellectuel un droit de créance.

560. Rejet de la qualification personnaliste du droit réel. Dans le droit nommé *réel* par la théorie classique, la théorie personnaliste voit toujours un droit pesant sur un débiteur, même si celui-ci n'est plus déterminé. De même que dans le droit relatif, le titulaire n'accède pas directement à son bien : il ne l'atteint que par le devoir des tiers à l'abstention. C'est ici que les deux théories divergent le plus. Dans tous les types de droits, la théorie personnaliste identifie des débiteurs. La théorie classique, de même qu'elle fait disparaître le bien du droit personnel, fait disparaître les tiers du droit réel.

C'est donc pour les mêmes raisons que précédemment que doit selon nous être rejetée la lecture personnaliste du droit intellectuel, de même que la lecture personnaliste du droit de propriété en général. Le droit vise à attribuer[1218] un bien à une personne, et les effets produits sur les tiers ne sont que collatéraux. Ils n'interviennent positivement que comme auteurs éventuels d'infraction, contre lesquels le droit de jouir se mue en droit d'exclure.

Le lien instauré par le droit de propriété, y compris ce qui doit selon nous être nommé la *propriété intellectuelle*, est direct[1219]. La propriété intellectuelle renforce cette vision en instaurant un lien de paternité entre le bien intellectuel et son créateur. Refuser de faire du droit de propriété, qu'il soit civil, public, constitutionnel ou intellectuel, un droit direct nous semble entraîner une dommageable uniformisation du droit.

[1218] Le terme d' « attribution » (« *Zuordnung* ») est employé plus souvent en droit des biens allemand qu'en droits anglais et français. Sa fonction de *Gütterzuordnung* (« attribution de biens ») est ce qui caractérise le droit des biens (« *Sachenrecht* »). J. Wilhelm, *Sachenrecht*, 3ème éd., De Gruyter, 2007, bibliographie, n° 80, p. 19 et s . : « le droit des biens comme droit traitant de l'attribution absolue des biens » (« *das Sachenrecht als Recht betreffend die absolute Zuordnung [vor allem] von Sachen* »). Nous emploierons ce concept d'attribution dans la suite des développements (*infra*, 678 et s.). Voir également A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 13 : « *To qualify as a property right, a right must bring holder into a direct relationship with specific assets.* »

[1219] P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, précité, bibliographie, n° 28, p. 22 : « Structure des droits de propriété intellectuelle : ce sont des prérogatives appartenant à un sujet de droit – leur titulaire – , portant sur un objet – une chose incorporelle – et ayant un contenu. » H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 47 et 49 : « comme en droit des biens (*Sachenrecht*), il s'agit en propriété intellectuelle de l'attribution de biens à une personne par des droits absolus, valant contre tous », les droits intellectuels « sont des droits à objet (*gegenständliche*), dits droits réels (*dingliche*) ». « L'attribution complète, pour l'absoluité, n'est pas nécessaire. »

Conclusion du chapitre 2

561. La fonction du bien. En conclusion, il faut répondre à la question grammaticale posée en introduction de ce chapitre : quelle est la fonction du bien dans le rapport juridique ?

Le bien intellectuel n'est pas un simple attribut de son support corporel, qui fait l'objet du droit de propriété matérielle. Le bien intellectuel et le bien matériel doivent, malgré les difficultés à la fois pratiques et conceptuelles de leur distinction, continuer à être soigneusement différenciés, à moins de voir dans le droit intellectuel une simple charge pesant sur tous les exemplaires actuels et futurs du produit de l'esprit.

Par ailleurs, qu'il soit corporel, immatériel (sans être intellectuel) ou intellectuel, le bien ne se confond pas avec le droit. Il est la chose, saisie par le droit pour l'attribuer à un sujet et reconnaître dessus un droit subjectif.

Le bien est l'objet direct du droit de propriété. Il est directement atteint par le droit, sans l'entremise des tiers. Le rapport juridique est bipolaire et ses deux pôles sont le titulaire et le bien. Les tiers n'interviennent que pour troubler cette relation et en être sanctionnés. Le bien est donc le complément d'objet direct du droit subjectif.

Conclusion du titre 1

562. La substance immatérielle du bien intellectuel. Les développements qui s'achèvent ont fait une analyse substantielle, puis une analyse fonctionnelle du bien. L'analyse substantielle a dissipé l'apparente antithèse des termes « substance » et « intellectuelle ». Une œuvre, une invention, un modèle, une marque sont bien des objets finis, qu'il est possible de distinguer des biens voisins, ainsi que des choses communes, et présentent donc une consistance (intellectuelle) suffisante pour être des objets de droits.

563. Le rôle juridique du bien intellectuel. L'analyse fonctionnelle du bien intellectuel a mis en valeur son rôle essentiel dans le rapport juridique : il est l'objet immédiat du droit intellectuel : il se pose comme le second pôle de la relation binaire du sujet à l'objet, et rejette les tiers (y compris l'utilisateur de l'exemplaire matériel du bien intellectuel) dans une position de simples spectateurs du rapport juridique.

564. Confirmation du concept de *bien intellectuel*. Sous ces deux angles, le bien intellectuel montre sa capacité à être le champ d'application du droit, du droit subjectif du créateur aussi bien que du droit intellectuel objectif. Le concept de *bien intellectuel* a donc pleine valeur juridique.

565. Définition du droit intellectuel. Avant même l'étude du contenu du droit, l'analyse de son objet nous conduit déjà à une première définition du droit intellectuel : c'est un *droit direct d'une personne sur un bien*, sans obligation ni débiteur déterminé.

> « Comme pour la propriété matérielle, il s'agit, pour la propriété intellectuelle, de l'attribution de biens à une personne par des droits absolus, opposables à chacun. »[1220]

Cela n'implique pas que la relation bipolaire du titulaire du droit au bien soit une citadelle juridique où ne puisse pénétrer aucun tiers. Cette remarque nous conduit déjà vers le second titre de notre étude du droit positif actuel : l'analyse du contenu du droit de propriété.

[1220] H. Hubmann, H.-P. Götting, *Gewerblicher Rechtschutz*, précité, bibliographie, n° 107, p. 47 : « *Ebenso wie beim Sacheigentum geht es auch beim geistigen Eigentum um die Zuordnung von Gütern durch absolute, also gegen jedermann wirkende, Rechte zu einer Person* ».

TITRE 2 : LE DROIT SUR LE BIEN

-

COMPARAISON DU CONTENU DE LA PROPRIÉTÉ ET DU DROIT INTELLECTUEL

566. L' « effet », le « contenu » du droit. Comme le précédent, le présent titre consiste encore à rechercher des frontières : celles des pouvoirs conférés, de l' « effet »[1221] du droit au profit de son titulaire, de son « contenu »[1222]. Dans le rapport juridique reliant la chose à la personne, le droit est le lien ; de quels fils est-il tissé ?

567. L'étendue et les limites du droit de propriété. La propriété est souvent donnée comme un pouvoir total, incontrôlable car indéfini, faisant disparaître d'un seul coup de manche le bien aux regards et aux agissements des tiers. Ses limites ne font d'ailleurs l'objet que de très peu d'études d'ensemble. Le droit des biens, en général, ne fait que renvoyer sur ce point à des sources extérieures (droit de l'aménagement territorial, règles de salubrité, droit des locataires etc.). Les manuels d'enseignement eux-mêmes s'étendent plus volontiers sur l'étendue des facultés du propriétaire que sur leurs limites.

568. L'étendue et les limites du droit intellectuel. Au sujet du droit intellectuel, à l'inverse, il est autant question des limites qu'il doit souffrir que des pouvoirs qu'il donne. Depuis la fin du XX^{ème} siècle, les critiques formulées contre la propriété intellectuelle en tant qu'institution juridique et en tant que doctrine déplorent surtout l'excès des pouvoirs qu'elle confère aux titulaires de droit intellectuel. Les textes et manuels de droit intellectuel intègrent d'ailleurs la régulation de ces limites en complément de la définition de son contenu positif.

569. L'incomplétude du droit intellectuel ? Y a-t-il dans cette différence formelle une différence fondamentale de nature ? Le droit intellectuel serait-il, par sa structure, un droit

---

1221 L'idée d'*effet* du droit se retrouve dans les lois sur les modèles allemande (« *Schutzwirkungen* », *GeschmMG*, section 7) et anglaise (« *effect of registration* », *RDA* 1949, sect. 7), dans la loi allemande sur les brevets (« *Das Patent hat die Wirkung* », *PatG*, § 9), et la loi anglaise sur la marque (*TMA* 1994, sect. 9).

1222 Le terme *contenu* est expressément utilisé en ce sens dans les lois allemandes sur les œuvres (« *Inhalt des Urheberrechts* », *UrhG*, partie 1, section 4, § 11 et s.), et sur les marques (« *Schutzinhalt* », *MarkenG*, § 14).

direct d'une personne sur un bien[1223] mais par son contenu, un droit incomplet ? Un droit *in rem*, certes, mais pas un droit de propriété, car il connaîtrait trop de limites intrinsèques ?

570. Plan. Le plan de ce titre suivra une démarche ordinaire en droit intellectuel mais inhabituelle en droit des biens, en intégrant ses limites à la définition du droit. Nous définirons d'abord ce que permet le droit, faisant ainsi une définition positive des pouvoirs du titulaire (chapitre 1), pour l'opposer à ce que le droit ne permet pas, faisant ainsi, par l'analyse des cas où il succombe et des cas où il n'existe pas, une définition du droit par la négative (chapitre 2).

[1223] Voir conclusion du titre précédent, § 655.

Chapitre 1

-

Définition positive du droit sur le bien

571. Définition positive. La définition positive du contenu du droit consiste à déterminer tout ce qu'il peut faire avec l'autorisation et même sous la protection du droit.

572. Exclusivité et opposabilité. Il peut jouir seul du bien, donner à un tiers le droit d'en jouir aussi et en empêcher les autres. L'exclusivité donnée sur le bien est l'élément central de la définition du droit de propriété, et l'opposabilité absolue aux tiers est son corollaire. La première qualifie le rapport du titulaire du droit au bien, tandis que la seconde qualifie l'effet du droit sur les tiers. L'exclusivité apparaît sur la face interne du droit et l'opposabilité, sur sa face externe, mais toutes deux indiquent le même phénomène de solitude du titulaire et d'exclusion des tiers.

573. Droit de propriété et droits réels limités. Mais cette belle harmonie est fragile : que devient-elle quand le propriétaire attribue à un tiers un droit réel limité sur le même bien (un droit qui, s'il est limité, n'en est pas moins direct) ? L'existence de droits réels limités[1224] au profit d'un tiers anéantit-elle la définition du droit de propriété ?

574. Droit de propriété et droit intellectuel. Notre tâche, toutefois, n'est pas seulement de définir les facultés données par la propriété, mais aussi de les comparer à celles que donne le droit intellectuel pour déterminer si les deux droits sont de même nature. Les aspects positifs du droit intellectuel, les pouvoirs qu'il donne à son titulaire sont-ils ordonnés de la même manière que ceux d'un propriétaire ?

575. Plan. Le droit de propriété et le droit intellectuel sont définis selon la même méthode, caractéristique du droit le plus complet que l'on puisse avoir sur un bien (section 1). Cette méthode de définition les distingue des droits réels limités (section 2). Ils partagent en outre le même type d'opposabilité : l'opposabilité à tous (section 3).

[1224] On reconnaît ici la dénomination allemande (« *beschränkte dingliche Rechte* ») de ce que la doctrine française nomme les « droits démembrés ». On s'expliquera par la suite sur notre choix terminologique.

Section 1 : La méthode de définition du droit

576. Définition méthodologique. C'est par son mode de définition que nous chercherons dans cette section à caractériser le droit de propriété. Notre quête ne sera donc pas le cœur substantiel de la propriété (est-ce le droit de disposer, de jouir, la perpétuité… ?) mais la méthode selon laquelle il est défini. Le contenu du droit sera traité méthodologiquement plutôt que substantiellement. L'approche n'est pas seulement formelle : pour faire l'étude de ce droit au contenu insaisissable, le choix de l'outil n'est-il pas aussi décisif que sa mise en œuvre ?

577. La méthode synthétique et la méthode analytique. Il existe deux outils pour arpenter le droit de propriété : la méthode synthétique abstraite et la méthode analytique concrète. La méthode synthétique, celle du classicisme romaniste, consiste en une instruction : elle ne *délimite* pas le droit mais s'en tient à son principe général. La méthode analytique consiste en une énumération. Elle *définit* le droit au sens premier du terme : elle lui donne des contours, le délimite, le *finit*. Elle fut adoptée par une part de la doctrine anglo-américaine, qui voit dans le droit de propriété un « faisceau de droits ». De ces deux écoles, laquelle met le mieux en valeur le contenu spécifique du droit sur le bien ?

578. Plan. Puisque cette problématique se manifeste en droit des biens et en droit intellectuel en des termes différents, et que le premier est notre référence dans l'étude du second, nous étudierons d'abord la définition du droit de propriété (A), puis celle du droit intellectuel (B).

A) La définition du droit de propriété

579. Divergence doctrinale. La théorie anglo-américaine[1225] du « faisceau de droits » voit dans la propriété une réunion de prérogatives, c'est-à-dire un droit complexe, sans unité conceptuelle. Il faut examiner cette doctrine avant de la confronter aux définitions de droit positif de la propriété pour trancher la question suivante : la propriété est-elle en droits anglais, allemand et français un « faisceau de droits » ou un droit unitaire ?

[1225] Il semble donc injuste de considérer que : « certains systèmes juridiques, comme les droits de tradition germanique, renferment des théories élaborées sur le droit de propriété. Ce n'est pas le cas pour la *common law*, qui, le plus souvent, se contente de parler de la propriété sans en définir le sens » : G. Snow, *Les biens, Généralités, Biens personnels*, précité, bibliographie, n° 133, p. 11.

- **La doctrine anglo-américaine du « faisceau de droits »**

580. Le « faisceau de droits ». La doctrine dite du « faisceau de droits » (« *bundle of rights* ») est née, au cours des dernières décennies du XX^ème^ siècle, de la combinaison[1226] des analyses de Hohfeld[1227] et Honoré[1228] :

> « *A general claim of most recent major works on the subject of property, [...]is that the actual nature of property has been satisfactorily explained by the Hohfeld-Honoré bundle of rights analysis.* »[1229]

Selon cette théorie majoritairement enseignée[1230], le droit de propriété ne serait rien d'autre qu'une sorte de portefeuille de droits sur la chose. Selon la fortune de son titulaire, ce portefeuille[1231] sera mince ou bien garni. Le droit de propriété serait donc une structure complexe rassemblant des éléments inégaux :

> « *Private property, then, is not a simple relation between a person and a thing, it is not a simple relationship at all. It involves a complex bundles of relations, which differ considerably in their character and effect.* »[1232]

581. L'indistinction des composantes de la propriété. Selon cette image, la propriété n'est pas le plus complet des droits réels : elle est tout ensemble plus ou moins complet de droits sur la chose, dont aucun ne serait ni nécessaire, ni suffisant pour définir le droit de propriété[1233]. Tous ces droits et toutes les obligations corrélatives seraient variés en contenu

---

1226 S. R. Munzer, *A theory of property*, Cambridge University Press, 1990, bibliographie, n° 235, p. 22 : « *If one is to use Hohfeld's vocabulary to elaborate the sophisticated [par opposition à : popular] conception of property, it will help to conjoin it with an analysis of ownership suggested by Honoré.* »

1227 W. N. Hohfeld, « *Fundamental legal conceptions...* », précité, bibliographie, n° 381. Hohfeld a été étudié plus haut pour sa transformation de la distinction des droits réels et personnels en distinction des droits *multital* et *paucital* (titre précédent, § 182 et s.). Il faut souligner ici que son article consiste en un schéma d'analyse de tous les droits et qu'il n'a pas consacré de particulière attention au droit de propriété.

1228 A. M. Honoré, « *Ownership* », *in* A. G. Guest, *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford University Press, 1961, bibliographie, n° 291, p. 107 et s.

1229 J. E. Penner, « *The bundle of rights picture of property* », *University of California law review* (*UCLA*), 1995-96, p. 711-820, bibliographie, n° 386, aux p. 113 et 114.

1230 S. R. Munzer, « *Property as social relations* », in *New essays in the legal theory and the political theory of property*, bibliographie, n° 293, p. 36. L'auteur parle de « *the Hohfeld-Honoré orthodoxy that treats property as an important subclass of legal relations among persons with respect to things* ». Th. W. Merrill, H. Smith, « *What happened to property in law and economics?* », précité, bibliographie, n° 385, p. 357 : « *It is a commonplace of academic discourse that property is simply a « bundle of rights ».* »

1231 F. H. Lawson, B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 4. Lawson et le professeur Rudden évoquent plutôt un « sac d'outils » : « *The function of the law relating to private property is to provide us with a bag of tools with which to achieve our wishes.* ». Selon Bell, « *property rights are legal building bricks which can be used and put together in different ways* » : A. P. Bell, *Modern law of personal property...*, précité, bibliographie, n° 129, p. 5. L'image est plus radicale, car les briques n'ont aucun contenant, à la différence des outils rassemblés dans un sac.

1232 J. Waldron, « *What is private property?* », précité, bibliographie, n° 393, p. 314-315. L'auteur a auparavant appuyé la théorie personnaliste de la propriété, selon laquelle elle ne serait pas un droit d'une personne à une chose, mais entre personnes : voir *supra*, § 548 et s.

1233 Le professeur Munzer, reprenant le concept d'incident développé par Honoré, écrit : « *these incidents are jointly sufficient, though not individually necessary, for ownership* » (S. R. Munzer, *A theory of property*, précité, bibliographie, n° 235, p. 22).

mais équivalents par nature, puisque aucun ne déterminerait plus qu'un autre la qualification de propriété[1234].

Les images du portefeuille de prérogatives ou du sac d'outils peuvent pourtant se retourner contre leurs auteurs : abstraction faite de toutes ces prérogatives, de tous ces outils, il demeure le portefeuille, le sac. Cette subsistance pourrait bien signaler l'existence d'autre chose, dans la propriété, que des prérogatives concrètes, de quelque chose de résiduaire, d'une structure qui, même vidée de son contenu concret, demeure en tant que potentiel. Nous chercherons à le définir au point suivant.

582. Multiplication selon le contenu. Les composantes possibles de la propriété se multiplient selon deux facteurs. L'un est l'infinie variété des droits possibles sur une chose : droit d'utiliser, de contempler, de louer, de prêter, de consommer… La contribution d'Honoré à la théorie du « faisceau de droits » fut de baptiser ces droits les « *incidents* » de la propriété et d'en entamer une énumération :

> « *Ownership comprises the right to possess, the right to use, the right to manage, the right to the income of the thing, the right to the capital, the right to the security...* »[1235]

Ces « incidents » sont des droits d'accès à toutes les utilités du bien. La propriété serait donc une agrégation de droits variés et indénombrables sur le bien. La théorie du « faisceau de droits » multiplie les démembrements du droit de propriété et invalide ainsi le principe du *numerus clausus* des droits réels. Entendue littéralement, elle suppose qu'une fois démembrés tous les droits sur le bien, il ne reste plus rien du droit de propriété, qui s'est donc soit éclaté en diverses mains, soit reconstitué ailleurs.

583. Multiplication selon le débiteur. Le second facteur de multiplication est le nombre de débiteurs de l'obligation de non-interférence associée aux droits *in rem*[1236]. Les analystes personnalistes des droits réels voient en ceux-ci une multitude de droits personnels de contenu égal mais de débiteurs différents, plutôt qu'un seul droit s'imposant à tous. Telle est la contribution de Hohfeld à la théorie du « faisceau de droits ». L'équivalent français de la lecture hohfeldienne des droits *erga omnes* est la théorie de l'obligation passive universelle

---

1234 Même ceux qui, parmi les tenants de la doctrine du faisceau, considéraient que certains droits constituaient malgré tout un noyau du droit de propriété, devaient reconnaître que leur disparition n'invalidait pas la qualification de propriété. J. E. Penner, « *The bundle of rights picture of property* », précité, bibliographie, n° 386, p. 774 : « *proponents of this view recognize, however, that it is difficult to assess the significance of the « core » since, as Honoré points out, the absence of any particular core elements does not necessarily indicate that an item is not property* ». Le professeur Penner indique que la seule utilité de cette nuance est de distinguer sans conséquence théorique ou pratique, parmi les droits attachés à la propriété, des droits centraux et des droits périphériques.

1235 A. M. Honoré, « *Ownership* », précité, bibliographie, n° 291, p. 113.

1236 Nous renvoyons ici à l'étude de la lecture personnaliste des droits réels : titre précédent, § 547 et s.

vue plus haut. La propriété serait donc une agrégation de droits personnels similaires concernant un bien.

Ces deux facteurs se conjuguent pour faire du droit de propriété un assemblage hétéroclite de droits variés sur le bien, multipliés par le nombre de leurs débiteurs. Le droit de propriété ne serait rien de plus que la somme de toutes ces prérogatives concrètes. Il serait impossible de le définir de manière abstraite et générale, mais seulement de manière concrète et particulière, par énumération.

584. La crise du concept de propriété. S'il n'existe aucun droit complet et illimité sur une chose, mais seulement des ensembles de droits plus ou moins étendus, qui ne peuvent être désignés que par l'énumération de leur contenu, quel sens a le concept de propriété ?

> « *We are likely to doubt wether the concept of ownership, and the concept of private property that goes with it, are doing very much work at all.* »[1237]

C'est ainsi qu'en aspirant à mieux cerner la propriété et à en rendre l'idée plus concrète, la théorie du « faisceau de droits » a mis son objet en miettes. Depuis les dernières décennies du XX^{ème} siècle, en doctrine anglo-américaine, le concept de propriété est en crise[1238]. Nous avons vu plus haut que son effet *in rem*, effet immédiat sur la chose, fut remis en cause par la théorie personnaliste du droit réel, toujours vigoureuse. Nous constatons maintenant que son caractère théoriquement illimité l'est également par la théorie énumérative. En introduction de la thèse qu'il consacre à l'idée de propriété, J. E. Penner brosse avec humour le tableau de cette désolation :

> « *Property is a bore. It rarely contributes meaningfully to a conversation. It's an annoying old idea, that, given half the chance, will sit down beside you and maunder about its past glory, its veneration by Locke and Blackstone, or its running battles with Marx and Proudhon. (...) Property suffers from a distinct collapse of self-esteem which attends any identity crisis. (...)*
>
> *« You see », property will say, « now I am not even my own idea. I'm just a bundle of other concepts, a mere chimera of an identity ».* »[1239]

1237 J. Waldron, « *What is private property ?* », précité, bibliographie, n° 393, p. 315 : « *Instead of talking about property, we should talk (…) about the detailed particular rights that people have to do certain things to certain objects – rights which vary considerably from case to case, from object to object* » (p. 313).

1238 W. N. R. Lucy et C. Mitchell, « *Replacing private property : the case for stewardship* », Cambridge Law Journal (CLJ), novembre 1996, p. 566-600, bibliographie, n° 383, p. 566 : « *Does the notion of private property have any conceptual or normative advantages? Ought we to abandon it altogether? In this essay we offer a negative answer to the first, and an affirmative answer to the second question.* »

1239 J. E. Penner, *The idea of property in law*, précité, bibliographie, n° 237, p. 1.

- **La définition de la propriété en droits positifs anglais, allemand et français**

585. Cette lecture de la propriété est-elle applicable au droit de propriété tel que défini par les droits positifs anglais, mais aussi allemand et français ?

586. La définition abstraite de l'*ownership*. L'*ownership* des meubles est proche du concept romaniste de propriété, de sa définition synthétique[1240] et de son caractère unitaire et indivisible[1241]. La doctrine et l'enseignement sont toutefois sensibles à l'analyse énumérative de la propriété. C'est ainsi qu'après avoir exposé les critiques dirigées par Hohfeld contre l'idée de « *rights good against the world* », le professeur Bell s'en tient à une double définition du droit de propriété mobilière :

> « *Ownership is the greatest right or bundle of rights that can exist in relation to property.* »[1242]

587. La définition concrète des droits fonciers anglais. Le contenu des *estates* fonciers, en revanche, est par nature déterminé par sa durée. La théorie des *estates* et des *proprietary interests* est édifiée sur le schéma du puzzle : chaque *estate*, chaque *interest* est une pièce du puzzle. Réunies, ces pièces constituent le fief simple absolu en possession, mais leur vocation à se réunir est bien moindre que celle des droits réels limités en droits allemand et français. Nulle fatalité n'impose aux *proprietary interests* de s'éteindre ou aux *estates* de se regrouper pour reconstituer un droit plein[1243]. Le puzzle a peu de chances d'être assemblé, l'éclatement est son état normal. La répartition de sa durée et de ses utilités entre personnes différentes est la situation de droit commun de la terre. L'exemple suivant montre le degré de complexité pouvant être ainsi atteint :

> « *Thus the position of Blackacre today may be that A is entitled to the land for life, B to a life interest in remainder (i.e. after A's death), and C to the fee simple in remainder. At the same time, D may own*

1240 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 164 : « Les pouvoirs du propriétaire sur les meubles sont ceux d'usage, de jouissance et de disposition. » W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4.15 : « *The content of property rights : property rights can be seen as negative in nature in that, though they give the holder a monopoly over the use of the thing to which they relate, they do so because they exclude others from the access to it.* »

1241 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade...*, précité, bibliographie, n° 131, § 3-001, p. 37: « *At common law it can in general be said that that only two distinct legal rights can exist at the same time in chattels, namely, possession and ownership.* » A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 6, et p. 156 et s. : « *In relation to personal property, the common law recognizes only two property right : ownership and the bailee's special property.* » « *All other rights exist in equity : the right of the beneficiary under a trust, charges, non-possessory liens and the mortgagor's right of redemption.* »

1242 *Ibidem*, p. 66. Nous soulignons. Le professeur Bell estime néanmoins que « *one shoud not loose sight of the wood just because one has discovered that it is made up of trees* » (p. 7).

1243 Sauf la règle des perpétuités, voir *supra*, § 28, note 51. S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade...*, précité, bibliographie, n° 131, § 17-001, p. 729 : « *a lease is both a contract and, in most cases, an estate* » ; « *leases developped from mere personnal contracts (rights* in personam*) into rights of property (rights* in rem*) after the invention of the action of ejectment in the fifteenth century* ». Voir également L. B. Curzon, *Dictionnary of law*, précité, bibliographie, n° 123, p. 245, « *lease* ».

a lease[1244] *for 99 years, subject to a sub-lease in favour of E for 21 years, and the land may be subject to a mortgage*[1245] *in favour of F, a* profits à prendre[1246] *in favour of G, easements*[1247] *such as rights of way in favour of H, J and K, and so on indefinitely.* »[1248]

Chaque *estate* et chaque *proprietary interest* se définit donc de manière concrète, selon les prérogatives qu'il contient et, surtout, selon sa durée. La méthode synthétique de définition ne peut tout au plus s'appliquer qu'au fief simple, dont nous avons plus haut établi qu'il se définit plutôt comme la réunion de tous les autres *estates* que comme un droit unitaire et total sur la terre.

588. La définition abstraite de la propriété allemande et française. Les droits allemand et français, en revanche, affichent clairement une méthode synthétique de définition du contenu de la propriété. Selon la formule de l'article 544 du Code civil :

> « La propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue… »

La définition allemande du droit de propriété n'est guère plus précise :

> « Prérogatives du propriétaire : Le propriétaire d'une chose peut (…) en disposer à son gré, et exclure autrui de toute interférence. »[1249]

La seule description positive de l'étendue du droit de propriété est contenue en ces simples mots : « jouir des choses », « en disposer à son gré ». Ces textes laconiques ont nettement renoncé à toute ambition de décrire la propriété. Ils annoncent même qu'une telle tentative serait une quête déplacée, une façon erronée de répondre à la question du contenu de la propriété. Malgré les variations de son contenu en fonction des qualités de son objet, la propriété est un concept formellement unitaire[1250], un droit général[1251], rétif à l'éclatement que suppose toute énumération :

> « La recherche du contenu de la propriété est délicate, voire contre-nature, car ce droit est essentiellement illimité. »[1252]

589. L'indéfinition du droit de propriété. Excepté le droit anglais des immeubles, le droit de propriété est donc défini par indéfinition. L'indétermination des pouvoirs qu'elle donne sur la chose et la représentation synthétique et abstraite de son contenu demeurent des

---

1244 Le *lease* est le droit personnel issu d'un bail, qui s'est transformé en droit *in rem*.

1245 H. Saint Dahl, *Dahl's Law dictionary*, précité, bibliographie, n° 128, p. 566 : hypothèque.

1246 L. B. Curzon, *Dictionnary of law*, précité, bibliographie, n° 123, p. 336 : « *rights to enter another's land and take something off it* ».

1247 H. Saint Dahl, *Dahl's Law dictionary*, précité, bibliographie, n° 128, p. 473 : servitude.

1248 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131, § 3-001, p. 37.

1249 § 903 *BGB*.

1250 H.-P. Westermann, *BGB : Sachenrecht*, 8ème éd., 1990, bibliographie, n° 78, p. 12 (« *Ein formal einheitlicher Begriff* » ; le développement a disparu dans la 11ème version de 2005).

1251 Ch. Atias, *Droit civil – Les biens*, bibliographie, n° 8, p. § 95, p. 76 : « Décrire les différentes composantes de la propriété, les divers pouvoirs que son titulaire peut exercer, ce n'est assurément pas la définir. Par essence, la propriété est un droit commun. Elle demeure techniquement intacte quand elle est amputée ou restreinte. »

1252 F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 23, p. 313.

caractéristiques fortes du droit de propriété dans la définition qu'en donnent les droits positifs anglais, allemand et français. Le choix d'une définition synthétique n'est pas seulement méthodologique : il rend le droit extensible en substance. Il donne au droit de propriété le moyen d'aspirer à la totalité des utilités du bien, une totalité indénombrable, indescriptible.

Le droit intellectuel se laisse-t-il également ainsi (in)définir ?

B) La définition du droit intellectuel

590. Typologie. Appliquons la même technique au droit intellectuel. Il s'agit moins d'étudier la substance des définitions positives qui lui sont données que la méthode retenue, porteuse de précieuses indications sur la nature et l'étendue du droit. Les diverses branches du droit intellectuel, en nos trois pays, mettent en œuvre des méthodes opposées. Il faut en dresser une typologie, dont la synthèse nous permettra ensuite de conclure sur l'étendue du droit intellectuel. La méthode sera dite tantôt *unitaire et synthétique*, tantôt *synthétique et énumérative*, tantôt *analytique et limitative*.

- **Les définitions unitaires et synthétiques**

591. Définition. La définition est dite unitaire et synthétique quand elle pose un concept unique pour l'ensemble des prérogatives issues du droit, défini de façon simple (et non complexe), et qu'elle consiste en un principe abstrait et élastique.

592. La définition unitaire du droit d'auteur français. Un seul exemple illustre parfaitement la méthode synthétique de définition : celui du droit d'auteur français. Le Code de la propriété intellectuelle réunit les dimensions morale et patrimoniale du droit d'auteur et nomme l'ensemble « droit de propriété incorporelle »[1253] : il établit ainsi une définition unitaire du droit.

593. La définition synthétique du droit d'auteur français. Le droit moral est défini par énumération[1254], mais le droit patrimonial l'est de manière synthétique par l'expression « droit d'exploitation »[1255]. Il se scinde à son tour en deux droits complémentaires : droit de représentation et droit de reproduction[1256]. Ces deux droits ne constituent pas une énumération mais plutôt une classification, une dichotomie. Par la parfaite complémentarité de ses deux

[1253] CPI, article L. 111-1, alinéa 1.
[1254] CPI, articles L. 121-1 : droit de l'auteur au respect « de son nom, de sa qualité et de son œuvre », L. 121-2 : droit de divulgation et L. 121-4 : droit dit « de repentir ».
[1255] CPI, article L. 122-1.
[1256] CPI, article L. 121-1.

éléments, elle vise à recouvrir la totalité des actes envisageables sur une œuvre. Leur complémentarité apparaît dans leur définition : l'acte de représentation est l'acte de communication au public, et l'acte de reproduction est l'acte de fixation pouvant permettre une communication au public[1257].

594. Le droit d'auteur français est le seul de cette espèce. Le second cas de notre typologie est une atténuation de cette méthode purement synthétique et abstraite. Il s'agit des définitions à la fois synthétiques et énumératives, et elles concernent la plupart des droits intellectuels que nous étudions.

- **Les définitions synthétiques et énumératives**

595. Définition. Une définition est à la fois synthétique et énumérative quand un concept unitaire est complété par une énumération non restrictive. Ces définitions reposent sur une apparente contradiction de méthode : une partie de la définition est abstraite et élastique, tandis que l'autre est concrète. La première vise à définir synthétiquement le droit, ou plutôt à *ne pas* le définir, à *ne pas* le délimiter, tandis que la seconde semble vouloir faire de son contenu un inventaire. La subtilité permettant de les concilier tient à la nature de cette énumération : l'énumération ne sera pas une liste normative, mais plutôt une exploration descriptive, tantôt exhaustive telle un inventaire, tantôt incomplète telle une simple liste exemplative.

596. Le droit sur les marques. Cette technique est retenue pour le droit sur la marque, défini de manière unitaire : il s'agit, en droit français, d'un « droit de propriété »[1258], en droit allemand, d'un « droit exclusif »[1259] et en droit anglais, du droit d'« user de la marque »[1260].

Le contenu en est identiquement décrit, en droits allemand, anglais et français, par une sorte de quadrillage des possibilités :

- signe identique et produits ou services identiques[1261] ;
- signe identique et produits ou services similaires[1262] ;
- signe imité et produits ou services identiques ou similaires[1263] ;
- signe imité et produits ou services quelconques[1264].

1257 L'opposition communication directe - indirecte pourrait rendre compte de cette complémentarité, mais est source de confusion, car une projection par l'intermédiaire d'un écran, ou d'un lecteur, pourrait-elle aussi sembler indirecte, alors qu'elle relève du droit de représentation.

1258 CPI, article L. 713-1.

1259 *MarkenG*, § 14.

1260 *TMA*, section 9 1°.

1261 Sect. 10 1° *TMA* ; § 14, 2°, 1 *MarkenG* ; art. L. 713-2 CPI.

1262 Sect. 10, 2°, a *TMA* ; § 14, 2°, 2 *MarkenG* ; art. L. 713-3, 1° CPI. Ce cas est en outre conditionné par un risque de confusion dans l'esprit du public.

1263 Sect. 10, 2°, b *TMA* ; § 14, 2°, 2 *MarkenG* ; art. L. 713-3, 2° CPI. Ce cas est conditionné en outre par un risque de confusion dans l'esprit du public.

Il est clair que l'énumération est plutôt une classification exhaustive de tous les actes possibles qu'une liste restrictive.

Notons que la réservation ne doit toutefois dépasser le cadre de la vie des affaires et protéger le signe en lui-même, désuni des produits ou services qu'il doit désigner, à moins de créer sur lui un droit trop large, un « *quasi-copyright* »[1265].

597. Le droit sur les inventions. La même technique est utilisée en droit français et allemand des inventions. Le droit français définit unitairement le droit sur l'invention comme un « droit exclusif d'exploitation »[1266]. Par le binôme droit d'utiliser - droit d'interdire d'utiliser[1267], le droit allemand lui donne également une définition synthétique.

L'énumération qui suit est identique en droit français et allemand, et vise à recouvrir tous les actes pouvant être faits sur une invention et concernant alternativement le produit objet du brevet, le procédé objet du brevet et le produit issu du procédé objet du brevet[1268]. Le droit moral est extérieur au droit ainsi défini. Plutôt que du contenu du droit, il relève du « droit au titre »[1269] ou du « droit de l'inventeur »[1270].

598. Le droit d'auteur allemand. De même, la définition allemande du droit d'auteur est à la fois synthétique et énumérative ; cette fois, cependant, l'énumération ne sera pas complète, mais seulement partielle.

Le droit moral est désigné par un singulier[1271] et est « intégré au contenu du droit d'auteur »[1272]. Les droits patrimoniaux sont classés selon la dichotomie exploitation corporelle - exploitation incorporelle :

> « 1) L'auteur a le droit exclusif d'exploiter son œuvre sous forme corporelle ; ce droit comprend en particulier : 1- le droit de reproduction, 2- le droit de distribution, 3- le droit d'exposition.
>
> 2) L'auteur a également le droit exclusif de communiquer son œuvre au public sous forme incorporelle (droit de communication au public) ; ce droit comprend en particulier : 1- le droit de

---

1264 Sect. 10, 3° *TMA* ; § 14, 2°, 3 *MarkenG* ; art. L. 713-5 CPI. Ce cas concerne les marques renommées.

1265 Juge Laddie, *Wagamama v. City center restaurants*, *Fleet street reports* (*FSR*), 1995, p. 713 : « *Such a monopoly could be likened to a quasi-copyright in the mark* » (W. R. Cornish, *Cases & materials*, précité, bibliographie, n° 138, p. 593).

1266 CPI, article L. 611-1.

1267 *PatG*, § 9 : « Le brevet a pour effet que seul son titulaire est autorisé à utiliser l'invention dans le cadre du droit en vigueur. Il est interdit à tout tiers, sans son consentement, de : (…) »

1268 CPI, article L. 613-3 et *PatG*, § 9.

1269 CPI, article L. 611-9.

1270 « *Erfinderrecht* », extérieur à la *PatG*.

1271 *Urheberpersönlichkeitsrecht* (*UrhG*, partie 1, sous-section 2).

1272 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 390, p. 147 : « *gehört zum Inhalt des Urheberrechts* ». Selon les termes de von Gamm, « le droit d'auteur est un droit exclusif global », « un droit unitaire », dont le droit moral est « une manifestation » (O.-Fr. von Gamm, *Urheberechtsgesetz, Kommentar*, Verlag C. H. Beck, 1968, bibliographie, n° 88, § 27-28, p. 67-68).

réciter, de représenter, d'exécuter ; 2- le droit de mise à disposition du public[1273], 3- le droit de diffusion, 4- le droit de communiquer par bande sonore ou visuelle, 5- le droit de communiquer des émissions de radio ou des mises à dispositions du public. »[1274]

Il existe donc bien un droit d'exploitation unitaire, compréhensif et élastique[1275], dont le but est « l'attribution la plus complète possible des possibilités d'exploitation »[1276] et dont le contenu est illustré par une liste n'ayant pas vocation à être exhaustive.

La particularité du droit allemand est cependant que la définition synthétique donnée du « contenu du droit »[1277] ne formule aucun concept unitaire et ne prend pas l'œuvre pour objet, mais l'auteur, ainsi que le déclare la loi elle-même :

> « Le droit d'auteur protège l'auteur dans ses relations intellectuelles et personnelles à l'œuvre et dans son utilisation. Il vise également à garantir une compensation adéquate pour l'utilisation de l'œuvre. »[1278]

599. Le droit des modèles. Le dernier exemple de définition à la fois unitaire, synthétique et énumérative du droit intellectuel se trouve en droit des modèles. Chacune des lois anglaise, allemande et française donne du droit sur les modèles une définition unitaire : c'est un « droit exclusif »[1279], voire « un droit de propriété »[1280]. Les lois anglaise et allemande en donnent en outre une définition synthétique : il consiste respectivement en « un droit d'usage »[1281] et en un droit d'utiliser et d'interdire d'utiliser[1282].

1273 Ce droit de « mise à disposition du public » désigne celui de « mettre une œuvre à disposition du public, avec ou sans fil, de sorte qu'elle soit accessible aux membres du public au lieu et à l'heure qu'ils choisissent » (§ 19a).

1274 *UrhG*, § 15.

1275 Voir *supra*, § 351. Voir également M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 295, p. 113 : « Alors qu'auparavant [dans la *LUG* et la *KUG*], les prérogatives d'exploitation étaient casuistiquement énumérées selon les modes d'utilisation de l'œuvre qui étaient alors connues, le § 15 de *l'UhrG* institue un droit d'exploitation général, qui réserve à l'auteur, comme droit exclusif et total, les modes d'utilisation de l'œuvre non seulement actuels, mais aussi futurs » (Le professeur Rehbinder souligne). Le professeur Jänich parle d'« indivisibilité », de « totalité » du droit d'auteur : « le droit d'auteur est plus que la somme de ses prérogatives expressément énumérées par la loi. Il est cela structurellement identique à la propriété matérielle telle que définie par le § 903 du *BGB* » (M. V. Jänich, *Geistiges Eigentum – Eine Komplementärerscheinung…*, précité, bibliographie, n° 224, p. 214-215.

1276 « *Eine möglichst umfassende Zuordnung der Verwertungsmöglichkeiten* » (*BverfGE*, 3 octobre 1989, 1 BvR 775-86, bibliographie, n° 465). La décision emploie des termes similaires au sujet du droit du producteur de phonogrammes, en rappelant toutefois la primauté du droit d'auteur. Le principe est issu des motifs du projet de loi ayant abouti à la loi de 1965 : « le projet établit le droit d'auteur comme un droit absolu et général (*umfassend*), qui réserve à l'auteur toutes les possibilités d'exploitation de l'œuvre présentes et pouvant apparaître à l'avenir » (P. Badura, « *Zur Lehre...* », précité, bibliographie, n° 264, à la p. 3).

1277 Partie 1, section 4 *UrhG*.

1278 *UrhG*, § 11. Nous soulignons.

1279 « *Exclusive right* » (*RDA*, section 7, 1°) ; « *das auschliessliche Recht* » (*GeschmMG*, § 38).

1280 Art. L. 513-2 CPI.

1281 « *Right to use* » (*RDA*, section 7, 1°).

1282 « *…es zu benutzen und Dritten zu verbieten, es ohne seine Zustimmung zu benutzen* » (*GeschmMG*, § 38). La loi allemande applique donc le binôme utiliser - interdire aux tiers d'utiliser le modèle.

Les trois textes ajoutent à cela une énumération, dont il est exprès, en droits anglais et allemand, qu'elle n'est pas limitative mais seulement exemplative[1283]. Il semble toutefois qu'elle vise à recouvrir tous les actes possibles ; le droit français ne précise d'ailleurs pas que la liste ne serait pas complète.

600. Le dernier cas de notre typologie est diamétralement opposé aux deux premiers : il s'agit des définitions analytiques limitatives.

- **Les définitions analytiques limitatives**

601. Définition. Les définitions analytiques limitatives consistent en une énumération concrète et restrictive du contenu du droit : de tous les actes qui auraient été intégrés au droit s'il avait été défini synthétiquement par un principe abstrait, seuls certains sont retenus. On ne trouve de telles définitions qu'en droit anglais. Le postulat sous-jacent à cette méthode est que le droit de réservation est une exception, une dérogation strictement définie au principe plus général de libre accès aux biens intellectuels et de libre entreprise :

> « *Monopolies are the antithesis of competition. (…) Monopolies can be tolerated or even encouraged if they assist the development of commerce in some other way. Patent monopolies are the classic example…* »[1284]

602. Le *copyright*. Il est frappant que le premier exemple en soit le *copyright*, pourtant défini comme un « *property right* »[1285]. La propriété serait-elle une exception au principe de liberté ?

Ce *property right* est défini, en ouverture de la partie du *CDPA* traitant du *copyright*, comme un « droit exclusif de faire les actes spécifiés »[1286]. En ces quelques mots s'opère le passage d'un concept unitaire (« *property right* », « droit exclusif ») semblant annoncer une définition synthétique à une liste d'actes réservés[1287]. L'attente d'une définition synthétique semblait pourtant corroborée par la division faite par la suite entre infractions primaires et

---

1283 « *Any reference to the use of a design includes a reference to...* » (*RDA*, section 7, 2°). « *Eine Benutzung schließt insbesondere...* » (*GeschmMG*, § 38). Nous soulignons.

1284 Juge Laddie, *Wagamama v. City center restaurants*, *in* W. R. Cornish, *Cases & materials*, précité, bibliographie, n° 138, p. 593.

1285 *CDPA*, section 1, 1°.

1286 « *Exclusive right to do the acts specified* », *CDPA*, section 2, 1°.

1287 *CDPA*, section 16 : « *the acts restricted by copyright in a work* ». Les professeurs Cornish et Llewelyn confirment la définition analytique du *copyright* en recourant, pour décrire les droits « liés à la communication au public » au vocabulaire du « faisceau de droits » : « *with modern technology, this then grew into a bundle of related aspects of copyright loosely grouped as « performing rights »* » (W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 137, § 12-30, p. 469).

infractions secondaires[1288], mais la complémentarité des deux termes, ici, ne signifie pas que le droit soit total.

La liste est en principe limitative : seuls les actes correspondant à l'une de ses catégories sont concernés. C'est ainsi qu'alors qu'il aurait pu se référer plus classiquement aux conditions d'originalité ou de fixation[1289], le juge Pritchard, pour exclure du champ du *copyright* la réservation des idées, observe simplement que la reprise des idées n'est pas mentionnée par le *statute* :

> « *There is no copyright except by virtue of the Act; the Act says nothing about taking ideas...* »[1290]

Cette énumération ne concerne que le droit exclusif d'exploitation du titulaire : les droits moraux de l'auteur sont énumérés dans un chapitre propre[1291], auquel la définition donnée en ouverture (« *property right* ») ne renvoie pas. Cette ségrégation des droits moraux est naturelle en droit anglais puisque ceux-ci n'ont quitté leur milieu initial (la protection des intérêts personnels par la *common law*) au profit du droit intellectuel que sous la pression internationale[1292].

603. Le droit anglais sur les inventions. Le second exemple de définition analytique se trouve en droit anglais des brevets. Il est plus frappant que l'exemple du *copyright* puisque aucune formulation unitaire du droit n'y est donnée et que l'étendue du droit n'y est définie que négativement, par les atteintes susceptibles d'y être portées[1293]. Le caractère limitatif de la liste est explicite :

> « *Subject to the provisions of this section, a person infringes a patent for an invention if, but only if, while the patent is in force, he does any of the following things in the United Kingdom in relation to the invention without the consent of the proprietor of the patent : ...* »[1294]

1288 *Primary - secundary infringement* (plan du chapitre sur les droits du titulaire du *copyright*).

1289 Sur l'exigence de fixation de l'œuvre, voir *supra*, § 495.

1290 Juge Pritchard, *Plix products v. Frank M. Winstone*, 1986, *Fleet street reports (FSR)* 92, bibliographie, n° 475 ; W. R. Cornish, *Cases & materials*, précité, bibliographie, n° 138, p. 289. La décision fut rendue en Nouvelle Zélande, sous l'empire de l'*Act* néozélandais, mais l'on se permet de le citer car le raisonnement, d'ailleurs cité dans un manuel anglais, est typique de la définition analytique du droit.

1291 *CDPA*, chapitre IV : « *Moral rights* », sections 77 et s.

1292 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 137, § 12-65, p. 487 : le droit moral n'est consacré que dans le *CDPA* de 1988, « dans une version scrupuleusement modérée ». Il demeure que, de fait, ils donnent à l'auteur un puissant pouvoir de contrôle sur l'exploitation de ses oeuvres, au point que les professeurs Holyoak et Torremans considèrent que les « *moral rights are an essential component of the bundle of rights which is given by copyright* » : P. Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 141, p. 221 actualiser *.

1293 *PA*, section 60 et s., réunies sous le titre « *infringement* ». La même approche négative est reprise dans les manuels d'enseignement. *Cf.* Par exemple : W. R. Cornish, D. Llewelyn, *ibidem*, p. 121 et s. (« *Acts constituting infringement* ») ; L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 540 et s. (« *Types of infringing activities* »). Le professeur Bainbridge, dans ses *Cases & materials*, ne relève même aucune jurisprudence sur le thème du contenu du droit et passe directement de l'étendue de son objet aux moyens de défense face à une action en contrefaçon (D. I. Bainbridge, *Cases and Materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 229 et s.).

1294 *PA*, section 60, 1°. Nous soulignons.

Le droit moral de l'inventeur, comme en droits allemand et français, ne fait pas partie des prérogatives issues du brevet mais relève au contraire, plus en amont, du droit de demander un brevet, le « *right to apply* »[1295].

- **Synthèse de la typologie**

604. La proximité des deux premières catégories. Les deux premières catégories de notre typologie sont très proches. La première consiste en une définition unitaire et synthétique. Le droit ainsi défini est de nature simple, même s'il est de composition complexe, et il est extensible puisque ses prérogatives ne sont pas concrètement, mais abstraitement définies. La seconde méthode ajoute certes à une définition unitaire et synthétique du droit une énumération de son contenu. Elle n'en est pas moins fondée sur le principe de réservation au titulaire du droit intellectuel de tous les actes possibles sur le bien intellectuel.

605. Appréciation de la troisième catégorie. La dernière catégorie, en revanche, se fonde sur un principe diamétralement opposé à celui des deux premières. L'idée sous-tendant les définitions limitatives est que la réservation est une dérogation strictement définie au principe général de liberté. L'effet de cette technique devrait être d'exclure du champ du droit exclusif les actes imprévus, permis par le développement technologique ou commercial.

606. Interprétation restrictive du droit sur l'invention ? Il semblerait pourtant excessif de faire une interprétation restrictive de la liste des actes restreints par brevet : les actes énumérés sont les mêmes que ceux des listes allemande et française, qui n'affichent aucune vocation limitative. Elle découle du même texte qui, s'il n'est pas entré en vigueur, constitue la source d'inspiration commune[1296] des lois européennes sur les inventions : la convention de Luxembourg[1297]. Il est donc plus juste de joindre le droit anglais des inventions aux droits allemand et français sous la méthode de l'inventaire à vocation exhaustive.

607. *Copyright* : le test du droit de location. En matière de *copyright*, en revanche, se manifeste réellement la spécificité du mode analytique de définition. Parmi les nouveaux modes technologiques ou économiques d'accès et de diffusion des œuvres, la location a révélé

1295 « *Mention of inventor* », section 13 *PA*, sous le titre « *Right to apply for and obtain a patent and be mentionned as inventor* ».

1296 Expressément citée comme standard d'interprétation du *PA* par sa section 130, 7°, et régulièrement mentionnée comme telle par les juges (notamment par Mr. Justice Oliver, dans la décision de la *High Court of Justice (HCJ) (Patents Court)*, 7 juin 1979, *Smith Kline and French v. Harbottle*, (bibliographie, n° 474), *Fleet street reports* (*FSR*), 1979, p. 555 ; *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, 1980, vol. 97, n° 13, p. 363-380 ; W. R. Cornish, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 138, p. 123).

1297 Convention sur le brevet communautaire, 15 décembre 1975. Son article 25 énumère les droits du titulaire du brevet.

les différences de méthode dans la définition du droit d'auteur français, du *Urheberrecht* et du *copyright*.

C'est ainsi que, quand le législateur communautaire a enjoint aux États d'établir au profit des auteurs un droit de location des exemplaires de leurs œuvres[1298], les législateurs français, allemand et anglais y ont diversement déféré. Le législateur français s'en est dispensé en vertu de sa conception synthétique du droit d'exploitation, qui lui permettait de faire découler le droit de location du droit de reproduction sans le consacrer expressément[1299]. En droit anglais n'existait de droit de location qu'au profit des auteurs de séquences sonores, de films et de programmes d'ordinateurs[1300], la transposition de la directive introduisit donc un nouvel article au *CDPA*, établissant un nouveau droit :

> « *The rental or lending of copies of the work to the public is an act restricted by the copyright in : (a) a literary, dramatic or musical work, (b) an artistic work, other than : (i) a work of architecture in the form of a building or a model for a building, or (ii) a work of applied art, or (c) a film or a sound recording.* »[1301]

Le législateur allemand a lui aussi expressément consacré le droit de location[1302]. Celui-ci, toutefois, n'était pas nouveau : il faisait déjà « partie du droit de distribution »[1303] existant depuis 1965[1304]. La transposition expresse ne fit donc pas naître le droit mais lui donna des fondements autonomes[1305].

C'est encore ainsi que le droit, pour les auteurs, d'interdire « la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »[1306] figure dans le *statute* anglais[1307] et la loi allemande[1308], mais pas dans le code français où il découle implicitement du droit de représentation[1309].

[1298] Directive CE 92/100 du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur.

[1299] A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, § 262, p. 216.

[1300] W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 12-28, p. 468 : « ... *the three cases where renting was at all widespread* ».

[1301] Section 18, A, 1° *CDPA*.

[1302] § 17, 3° *UrhG*.

[1303] M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 330, p. 122 (« *Teil des Verbreitungsrecht* »).

[1304] C'est-à-dire depuis la promulgation de la loi sur le droit d'auteur actuellement en vigueur.

[1305] Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, précité, bibliographie, n° 85, § 22, p. 260 : « La question, auparavant débattue, de la mesure dans laquelle le droit réel de location (« *das Vermietrecht mit dinglicher Wirkung* ») pouvait découler du droit de distribution, a été réglée spécifiquement au § 17, 3° en faveur d'un droit d'interdire autonome. »

[1306] Directive CE 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, article 3, 1°.

[1307] CDPA, section 20, b : « *the making available to the public of the work by electronic transmission in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them* ».

[1308] § 19a *UrhG* : « *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung* ».

[1309] Article L. 122-2 CPI.

C'est donc surtout sous la pression communautaire que s'est enrichie la liste des droits réservés à l'auteur par le *copyright*, qu'est privilégiée l'interprétation large de certains d'entre eux[1310] et que sont contournés les effets de la méthode analytique de définition du contenu du *copyright*.

608. Conclusion. Sous l'influence communautaire, le mode spécifique de définition du *copyright* anglais perd de sa spécificité. La méthode analytique de définition ne peut donc suffire à récuser l'idée d'un droit intellectuel défini comme le droit le plus large possible existant sur le bien intellectuel. Le principe de définition du droit intellectuel est abstrait et seule sa description, tantôt exemplative, tantôt exhaustive, est concrète. Par le mode de définition de son contenu, le droit intellectuel présente la même structure que le droit de propriété.

Déjà pouvons-nous enrichir la définition donnée en conclusion du précédent titre[1311] : hormis le *copyright* anglais, le droit intellectuel est un *droit direct général sur le bien intellectuel*.

Cela le distingue de tous les droits directs mais limités que l'on peut avoir sur le même bien et dont il est question dans la section suivante.

[1310] W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 12-30, p. 470 : « *The ECJ has detrmined that, in the interest of the authors, « communication to the public » must be interpreted broadly.* »

[1311] § 565.

Section 2 : Droit réel général et droits réels particuliers

609. Droit complet et droit limités. Leur méthode analytique de définition fait du droit de propriété et du droit intellectuel les droits directs *les plus complets possible* sur leur objet. Il existe d'autres droits directs sur un bien : des droits habituellement nommés « droits réels démembrés » en droit français, « droits réels limités » en droit allemand et « *property rights* » en droit anglais, concédés à autrui par le propriétaire d'un bien.

Comment les définir et comment les articuler au droit de propriété ? Leur appellation française suggère qu'ils sont des parties détachées du droit originel de propriété ; il faudrait alors accepter que le droit de propriété puisse ne pas être complet. Le droit anglais, en revanche, ne fait pas de distinction de nature ou de hiérarchie entre les *property rights*. Par ses propres schémas, le droit intellectuel peut-il contribuer à établir leur nature ?

610. Plan. Nous appliquerons cette question au droit de propriété (A) puis au droit intellectuel pour rechercher si celui-ci s'en trouve éclairé, ou s'il peut à l'inverse apporter quelque lumière au droit de propriété (B).

A) Droit de propriété et « droits démembrés »

611. Comment les droits français, allemand et anglais définissent-ils les « droits réels démembrés » et comment les distinguent-ils du droit de propriété ? Une contradiction menace les droits allemand et français, que sa souplesse épargne au droit anglais ; voyons comment elle est résolue.

- **La contradiction des droits français et allemand**

612. La technique du démembrement. Les doctrines française et allemande enseignent majoritairement que le droit de propriété peut être démembré par son titulaire au profit d'un tiers[1312] sous la forme, par exemple, d'un usufruit[1313] (*Nießbrauch*[1314]) ou de servitudes

[1312] F. Terré, Ph. Simler, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 21, p. 683 : « Le droit réel de propriété est divisible, (…) en ce que ses éléments constitutifs, dissociés suivant divers clivages, peuvent être dévolus à des personnes différentes entre lesquelles les prérogatives du propriétaire se trouvent réparties. » G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil, Les biens*, 2ème éd., Sirey, 1980, bibliographie, n° 16, § 2, p. 3) F. Baur, J. Baur, R. Stürner, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 72, p. 3 : « C'est une particularité de la propriété, qu'elle est « fractionnable » (« *aufspaltbar* »). »

[1313] Code civil, article 578.

[1314] *BGB*, § 1030 et s.

foncières[1315]. Par le démembrement, l'une des prérogatives du droit de propriété se trouve détachée de celui-ci et cédée[1316] :

> « Tous les droits limités sont en réalité des prérogatives particulières détachées d'un droit source (« *aus einem Quellrecht* ») ; les droits limités sur un bien sont des détachements de la propriété… »[1317]

Selon ce modèle, le droit de propriété est de même nature que ses démembrements : tous sont des droits réels[1318]. De même, les « droits réels limités » allemands (les « *beschränkte dingliche Rechte* »[1319]), sont des « éclats de propriété », des « extraits du droit complet »[1320], de même nature qu'elle :

> « Il s'agit du détachement des prérogatives, et il n'existe donc, entre la propriété et les droits réels limités, aucune différence de qualité. »[1321]

613. L'incomplétude de la propriété ? Ce modèle se heurte bien vite à une fondamentale contradiction. Droit complet d'un côté, droits démembrés de l'autre : on aperçoit déjà que le tout et la partie, par définition, ne peuvent pas coexister indépendamment l'un de l'autre. Le droit complet ne sera tel que tant qu'aucun droit démembré n'existera[1322]. Dès lors qu'un démembrement existe, le droit complet est incomplet et ne correspond donc plus à la définition du droit de propriété. Se trouve-t-il lui-même rétrogradé au rang de démembrement ?

C'est ici que la théorie allemande et française du démembrement achoppe. Tandis que la théorie anglaise des *estates* accepte qu'après démembrement, il n'existe plus de fief simple absolu[1323], les droits continentaux continuent, après démembrement, à identifier un droit de

---

1315 Articles 637 et s. du Code civil et § 1018 et s. du *BGB*.

1316 F. Zénati, obs. sous Cons. const., décision n° 94-346 du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *RTDCiv*. 1995, p. 656-658, p. 657, bibliographie, n° 450 : « La théorie du démembrement de la propriété conduit (…) à affirmer que la constitution d'un droit réel est une aliénation » (le Professeur Zénati récuse l'idée du démembrement).

1317 J. Wilhelm, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 80, § 1, p. 1. Un peu plus loin, dans le même paragraphe, l'auteur décrit la constitution de « droits limités » comme un « transfert de prérogatives ».

1318 F. Terré, Ph. Simmler, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 21, aux p. 85 et 120 : « le droit de propriété est le plus important des droits réels », c'est, selon la tradition française, « le droit réel par excellence ». Voir également C. Atias, *Droit civil, Les biens*, précité, bibliographie, n° 9, § 95, p. 76 (« le droit réel le plus complet qui puisse exister sur une chose »).

1319 Littéralement : droit réels limités.

1320 A. Stadler, *Einleitung*, in H. Konzen, *Soergel Kommentar zum BGB, Buch 3, Sachenrecht*, 13ème éd., 2002, p. 1 et s., bibliographie, n° 283, § 8 (« *Eigentumssplittern* », « *Auschnitten aus dem Vollrecht* »).

1321 Ibidem (« *Es (handelt) sich um die Aufteilung vom Berechtigungen und daher (besteht) auch zwischen dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten kein Qualitätunterschied* »).

1322 Et les droits démembrés n'existent que tant qu'il n'y a pas de propriété parfaite. Exposant la théorie du démembrement, Demolombe l'entrevoyait déjà : « cette analyse des divers attributs, dont la réunion forme le droit de propriété, n'a évidemment aucun intérêt, lorsqu'ils sont en effet réunis, et lorsqu'il s'agit d'apprécier le droit qui résulte de la propriété parfaite » (Demolombe, *Cours de Code napoléon*, précité, bibliographie, n° 13, p. 459).

1323 Voir point suivant, § 614 et s.

propriété. Après avoir établi que le droit de propriété est le droit le plus complet possible sur un bien, on doit pourtant s'en étonner :

> « Ce que l'on ne comprend pas, c'est que ces mêmes auteurs, en toute occasion, continuent d'appeler propriété un droit qui d'après leur définition n'est plus la propriété, et propriétaire une personne qui n'a plus, à leurs yeux, qu'une part de la propriété ; c'est qu'ils ne disent point pourquoi ils appellent propriété cette part de propriété plutôt que l'autre. »[1324]

La théorie du démembrement, entendue littéralement, devrait conduire à ne plus considérer le propriétaire comme tel, à déclarer la propriété disparue dès qu'une partie en est détachée. Définir la propriété autrement que comme le droit réunissant tous les droits de jouir d'un bien n'est pas une meilleure issue, puisqu'elle met en péril l'identité de nature entre la propriété et ses démembrements.

Cette contradiction existe-t-elle en droit anglais ?

- **La souplesse du droit anglais**

614. Les *property rights*. Le droit anglais, une fois de plus, nous déroute : pourvu qu'ils présentent aliénabilité et exigibilité face aux tiers[1325], il nomme indifféremment « *property rights* » tous les droits sur une chose meuble ou immeuble. Les *property rights* anglais désignent tous nos droits réels. L'usufruit, les servitudes et les gages sont notamment des *property rights*. C'est ainsi qu'en droit anglais, l'on peut écrire :

> « *Equity has a longer list of property rights than does the common law.* »[1326]

615. Les *estates* : des démembrements ? C'est sur les immeubles que se manifeste le mieux l'égalité entre *property rights*. Les rapports des *estates*[1327] sont simples : il se trouve entre le fief simple absolu et les autres *estates* une différence de durée, mais aucune différence de nature. Leur fonctionnement semble être une parfaite illustration de la technique du démembrement : ils se détachent à volonté et aucun d'entre eux n'est par principe supérieur aux autres. Au titulaire d'un *estate in reversion*, par exemple, il ne reste pas seulement un droit futur, une expectative, mais un droit actuel sur un *estate* futur[1328]. Cela ne suffit pas à considérer qu'il soit le propriétaire du fonds et que l'*estate in possession* actuel ne soit qu'un droit réel grevant temporairement son bien.

1324 M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTDCiv* 1905, p. 443-495, bibliographie, n° 327, aux p. 488-489.

1325 W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4-05 : « *There are two hallmarks of a property right : alienability and exigibilty against others than the grantor* ».

1326 « L'*equity* a une liste de property rights plus longue que la *common law* » (*ibidem*, § 4-19). A. P. Bell, *Modern law of personal property*…, précité, bibliographie, n° 129, p. 4 : « *property rights may be security, beneficial, managerial or remedial rights* ».

1327 Voir le chapitre préliminaire de ce titre, § 33 et s.

1328 Voir titre 1, § 55.

En réalité, les *estates* ne correspondent pas à la théorie des démembrements. Selon celle-ci, un droit unique sur un bien se trouve éclaté et ses éléments répartis entre divers titulaires. Les *estates*, à l'inverse, sont indépendants les uns des autres : ce ne sont pas les éléments dispersés d'un tout. Alors que les droits réels portent sur le bien, les *estates* sont eux-mêmes des biens incorporels, car la terre n'est pas envisagée comme un bien corporel unique mais plutôt comme une somme d'utilités immatérielles. Les *estates* anglais n'ont donc pas entre eux le même rapport que les démembrements de la propriété en droits français et allemand. Là où les droits continentaux reconnaîtraient un droit de propriété diminué du droit d'usufruit, le droit anglais voit deux *estates* égaux.

616. Les *interests* : des démembrements ? À la différence des *estates*, les *interests* sont des droits sur le bien d'autrui. En matière immobilière, la distinction des *estates* et des *interests* correspond à la distinction romaniste du droit réel sur sa propre chose et des droits réels sur le bien d'autrui[1329]. Si les *estates* ne leur sont pas applicables, les meubles peuvent en revanche faire l'objet d'*interests*.

Mais plutôt que comme des parties détachées du tout, les *interests* sont conçus comme charges pesant, en matière immobilière, sur les *estates*[1330] et, en matière mobilière, sur l'*ownership*[1331]. Pas plus que les *estates*, ils n'illustrent donc la théorie du démembrement du droit de propriété.

617. Absence de contradiction. Le droit anglais ne connaît pas la même contradiction que les droits continentaux, car il n'enseigne pas que la propriété demeure entière malgré son éclatement en *estates*. Il conçoit les *interests* plutôt comme des charges « encombrant »[1332] le droit général (fief simple absolu ou *ownership*) que comme des droits qui en seraient extraits.

Comment les droits continentaux peuvent-ils résoudre la contradiction d'un droit défini comme à la fois plein et démembrable ?

[1329] S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131. « *Legal estates* » et « *legal interests or charges* » s'opposent : « *This is a convenient distinction between rights over a person's own land and rights over the land of antoher* » (§ 6-012, p. 119).

[1330] *Ibidem*, § 6-028, p. 125 : « *Legal leases, mortgages, rentcharges, easements, and the like are regarded as encumbrances upon it* [le fief simple absolu]. » (Nous soulignons.)

[1331] A. P. Bell, *Modern law of personal property*…, précité, bibliographie, n° 129, p. 4 : « *These are known as encumbrances, rights that I can enjoy over your property and that restrict or encumber your exercise of your ownership.* »

[1332] Voir les deux notes précédentes.

- **La résolution de la contradiction ?**

618. Le droit source. La propriété, en droits allemand et français, est le droit source, le droit originel complet sur la chose. Est-il de même nature, de même qualité que ses démembrements, ou est-il supérieur à ses émanations qui n'ont qu'une « nature démembrée » ? La question reçoit des réponses contradictoires[1333].

Le droit source exerce toujours une attraction sur ses éléments démembrés et se recompose automatiquement à l'extinction du démembrement, même sans transfert[1334]. Il existe donc nécessairement avant que ne survienne leur complète réunion et persiste après que n'ait eu lieu leur « démembrement ». Si le droit de propriété peut n'être ni total, ni perpétuel, il sera toujours résiduaire[1335]. C'est donc qu'il est plus, ou plutôt autre chose que leur rassemblement : il est le noyau de droit autour duquel gravitent les prérogatives portant sur ces utilités du bien, plus ou moins indépendantes, et détachables pour la plupart. Ôtons l'une ou plusieurs de ces prérogatives, et le noyau demeure. Le droit de propriété n'est donc pas l'ensemble de ces prérogatives mais plutôt leur noyau ou leur source. Cela induit une différence de nature entre le droit de propriété et les droits sur le bien d'autrui.

619. Nue-propriété et usufruit. La forme la plus dépouillée de la propriété est la nue-propriété. Le nu-propriétaire conserve le seul pouvoir de disposition ainsi que le droit au retour futur de l'usufruit entre ses mains. La propriété mise à nu, ce n'est donc pas seulement le droit de disposer du bien, mais surtout celui de recouvrer automatiquement les autres droits « démembrés ». C'est en principe l'usufruit qui retourne au nu-propriétaire, et non pas l'inverse (sauf cas de vente de la nue-propriété à l'usufruitier).

620. De la différence de degré à la différence de structure. Il est donc clair que, même amputée de certaines de ses prérogatives, constituées en droits réels au profit d'un tiers, la propriété demeure. Cela confirme que l'on ne peut la définir par énumération de son contenu ; cela invalide en revanche sa définition comme le droit complet d'une personne sur une chose, comme le droit de jouir de toutes les utilités de la chose. C'est donc que les divers droits

---

1333 J. Wilhelm, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 80, § 134, p. 64. « Parce que la propriété est le droit originel complet (*das ursprünglich umfassende Recht*) sur le bien, les droits réels limités sur la propriété sont détachés (*abgeleitet*) de la propriété » (*ibidem*, § 120, p. 56). On décrit souvent les droits réels autres que la propriété comme « limités », comme des « éclats », des « extraits » du droit total (« *Beschränkte* », « *Splittern* », « *Auschnitten* »), tandis que la propriété est décrite comme « droit entier », le « droit source » (« *Vollrecht* », « *Stammrecht* »). *Umfassen* signifie *embrasser*.

1334 Ch. Atias, « Des vocations à la propriété », *in Le droit privé français à la fin du XX^ème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 597-604, bibliographie, n° 252, notamment, aux § 6 à 9.

1335 Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, précité, bibliographie, n° 176, p. 32.

d'accéder à ces diverses utilités ne sont pas des composantes de la propriété, dont la soustraction en altérerait l'essence :

> « les démembrements de la propriété en diminuent le profit sans altérer son essence »[1336].

Entre le droit de propriété et les droits réels limités n'existe pas seulement une différence d'étendue, mais une différence structurelle, une différence de nature.

621. Le caractère général du droit de propriété. La définition donnée au terme de la précédente section suffit donc à distinguer le droit de propriété des droits sur le bien d'autrui : l'un est défini de façon abstraite et extensible, quand les autres ne le sont que de manière concrète et restrictive. Ainsi :

> « La propriété est seulement le droit de tirer d'une chose tous ses services sauf exceptions. Il faut et il suffit, pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que pour son titulaire, sur la chose, la liberté d'agir soit le principe. » « La différence essentielle entre la propriété et tout autre droit réel, c'est donc que le droit de se servir de la chose est d'un côté la règle et de l'autre l'exception. »[1337]

Les droits réels sont concrets et restreints, quand le droit de propriété est général. Ce caractère abstrait et potentiel constitue la spécificité du droit de propriété par opposition aux autres droits réels. Ainsi redevient possible la coexistence d'un droit général et de droits limités, substituée à la coexistence antithétique d'un droit complet et de ses démembrements. C'est ce qui permet au professeur Wilhelm de rappeler que le droit dont elles sont issues demeure un droit général :

> « La propriété est le droit général sur un bien, auquel s'opposent les droits réels limités. »[1338]

622. Les rapports entre la propriété et les autres droits réels. L'image du démembrement est donc inadéquate[1339] : elle ne pourrait être juste qu'à l'égard d'un droit de propriété défini comme un assemblage de prérogatives, un faisceau de droits que l'on pourrait délier (démembrer) pour les distribuer. Un droit abstrait et général, en revanche, ne saurait être démembré ; de même que, selon les termes de Vareilles-Sommières, « l'eau puisée au ruisseau n'est pas une partie du ruisseau : c'est de l'eau, et rien de plus » [1340].

1336 F. Gény cité par S. Ginossar, *ibid.*, p. 112.

1337 M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », précité, bibliographie, n° 327, p. 444. L'auteur précise encore : « quand elle existe sur une chose, la propriété y est le droit commun et les autres droits réels y sont des droits d'exception » (p. 446). Il conclut : « « démembrement de la propriété » est donc un néologisme inspiré aux modernes par une vague réminiscence du droit féodal » (p. 488).

1338 J. Wilhelm, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 80, § 1, p. 1. Notons que l'auteur retient la même opposition général - particulier que le professeur de Vareilles-Sommières cité ci-dessus.

1339 F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, précité, bibliographie, n° 180, p. 368 : « En réalité, les droits réels ont été conçus par le Code plutôt comme des charges et des entraves à la propriété que comme le fruit de sa décomposition. » Voir également, du même auteur, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », précité, bibliographie, n° 330.

1340 Outre cette comparaison bucolique, Vareilles-Sommières propose une comparaison fermière tout aussi expressive : « mon habit n'est point un démembrement du mouton qui en a fourni la laine » (M. de

Ce droit abstrait ne peut être que grevé par la cohabitation avec un droit réel, concret, particulier et temporaire, portant sur le même bien. Un droit réel limité n'est pas le résultat d'une cession partielle du droit de propriété, mais un droit autonome constitué sur le bien. Ainsi en a d'ailleurs jugé le Conseil constitutionnel français, en affirmant que la création de droits réels sur le domaine public n'est pas contraire au principe de l'inaliénabilité de celui-ci[1341].

Existe-t-il, en droit intellectuel, les mêmes droits réels sur le bien d'autrui ? Le droit intellectuel s'en distingue-t-il par la même qualité générale et résiduaire ?

B) Droit principal et droits « cédés »

623. Cessions partielles ou constitution de droits réels. Le titulaire d'un droit intellectuel, comme un propriétaire, peut donner à autrui des droits sur son bien. Sont-ce des cessions partielles, réalisées par démembrement du droit intellectuel ? Sont-ce au contraire des constitutions de droits réels, grevant le droit intellectuel mais laissant intactes sa structure et sa composition ? En droits français, allemand et anglais, les deux cas[1342] se présentent.

- **Les cessions partielles du droit intellectuel**

624. Les démembrements du droit intellectuel. Le premier cas est celui, fidèle au modèle du démembrement, où le droit intellectuel est partiellement cédé : l'une de ses composantes est séparée de l'ensemble et transmise à un tiers.

625. Illustrations. Ce cas est celui du droit intellectuel français, où le droit est « transmissible en tout ou partie »[1343], ce qui signifie qu'une partie peut être détachée du tout pour être cédée. Le droit intellectuel français, surtout en matière industrielle, oppose plutôt

---

Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », précité, bibliographie, n° 327, p. 494).

1341 Décision n° 94-346 du Conseil constitutionnel sur la loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *RTDCiv.* 1995, p. 656-658, obs. Zénati, précité, bibliographie, n° 450. Les auteurs de la saisine reprochaient à la loi de porter atteinte au principe d'inaliénabilité du domaine public en organisant la possibilité de constituer dessus des droits réels (considérant 1) ; le Conseil répond qu'aucune des dispositions organisant cette possibilité « n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public » (considérant 14).

1342 Il existe bien un troisième cas : celui des licences, concessions de droit personnel, mais il ne concerne ni la distinction du droit de propriété et des droits réels, ni, plus largement, la définition de la structure du droit. Nous le laissons donc de côté.

1343 CPI, articles L. 613-8 et L. 714-1. Voir également l'article L. 131-4 traitant, pour le droit d'auteur, de « chacun des droits cédés ».

cession et licence[1344] que cession et constitution de droits réels. Or cette cession peut être partielle, et nul principe n'entrave la liberté de démembrement du droit intellectuel : « le monopole d'auteur se démembre à volonté »[1345].

C'est également le cas en droit anglais, où le droit intellectuel est « *transmissible by assignment* »[1346], pour tout ou partie des produits ou services enregistrés, des modes d'exploitation[1347], des actes réservés au titulaire ou de la durée de réservation[1348] :

> « *The right assigned can be part of one head (such as the right of reproduction or of publishing) in the list of exclusive rights.* »[1349]

C'est enfin aussi celui des droits allemands sur les biens industriels, qui peuvent être cédés à autrui en tout ou partie[1350].

626. Discussion. On retrouve ici, pour le droit intellectuel, la même contradiction que pour le droit de propriété. Le droit intellectuel partiellement cédé n'est-il plus complet ? Si l'on suit littéralement la théorie du démembrement, le droit intellectuel dont une partie a été cédée n'est plus complet, mais au lieu d'entrer dans cette zone indistincte où il ne serait ni le droit de propriété, ni un droit démembré, il demeure inexplicablement le droit plein. Or, comment peut-on définir le droit de propriété comme un tout et continuer à le nommer tel quand une partie en est détachée ?

- **La constitution de droits réels**

627. Droits d'usage. Le second cas est celui où un droit autonome est constitué sur le bien intellectuel, où un droit d'usage est créé par le titulaire du droit intellectuel au profit d'un tiers, pour une durée ou un territoire déterminés ou pour certains modes d'exploitation. Le

---

1344 L'alternative est reprise dans la plupart des manuels d'enseignement, notamment en propriété industrielle (exemple : J. Schmidt-Zalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4ème éd., Litec, 2007, bibliographie, n° 67).

1345 A. et H.-J. Lucas, *Traité* …, précité, bibliographie, n° 39, § 568, p. 432.

1346 *CDPA*, section 90, 1° ; *RDA*, sect. 15B ; *TMA*, sect. 24, 1°.

1347 TMA, section 24, 2° : *« An assignment or other transmission of a registered trade mark may be partial, that is, limited so as to apply: (a) in relation to some but not all of the goods or services for which the trade mark is registered, or (b) in relation to use of the trade mark in a particular manner or a particular locality* ».

1348 CDPA, section 90, 2° : « *An assignment or other transmission of copyright may be partial, that is, limited so as to apply : (a) to one or more, but not all, of the things the copyright owner has the exclusive right to do; (b) to part, but not the whole, of the period for which the copyright is to subsist* ».

1349 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 13-12, note n° 29.

1350 « Le droit sur le modèle peut être transféré ou être légué à autrui » (§ 29 *GeschmMG*). « Le droit sur le brevet, le droit au brevet et le droit issu du brevet peuvent être légués aux héritiers. Ils peuvent être transférés à autrui en tout ou partie » (§ 15 *PatG*). « Le droit fondé sur l'enregistrement, l'usage ou la notoriété d'une marque peut être transféré ou légué à autrui pour tout ou partie des biens ou services pour lesquels la marque est protégée » (§ 27 *MarkenG*).

droit créé au profit du cessionnaire n'est pas une partie soustraite au droit intellectuel et qui y créerait un vide, mais un droit nouveau, qui en est issu sans l'altérer.

Ce modèle correspond à celui que nous avons exposé plus haut[1351] : le droit originel n'est pas diminué en sa structure par le droit réel constitué sur le bien. Il conserve la définition générale et abstraite qui constitue son essence et le caractère résiduaire qui en est un effet. On retrouve également dans ce schéma celui des *interests* anglais[1352].

628. Illustrations. On en trouve des illustrations en droit allemand des modèles[1353] et des marques[1354], qui peuvent faire l'objet soit de cessions[1355], soit de droits réels. Le droit anglais des inventions s'ouvre à toutes les analyses en juxtaposant toutes les possibilités. Ainsi, le droit cédé sera tantôt un droit portant sur le brevet (« *in* »), tantôt découlant du brevet (« *under* »), tantôt cédé, tantôt créé, tantôt concédé :

> « *rights in or under it [the patent] may be transferred, created or granted* »[1356].

Toutes les lectures étant possibles, aucune n'est donc véritablement significative.

629. Le droit d'auteur allemand. Le cas le plus limpide est celui du droit d'auteur allemand. En vertu de sa conception moniste personnaliste, le droit d'auteur lui-même est incessible[1357]. Il peut donc seulement faire l'objet de droits réels :

> « L'auteur peut aménager à un tiers le droit d'utiliser l'œuvre d'une ou de toutes les manières (droit d'usage [*Nutzungsrecht*]). Le droit d'usage peut être simple ou exclusif, et limité dans sa durée ou son contenu. »[1358]

Puisque le droit intellectuel est lui-même incessible, ces droits réels ne peuvent en être des parties transférées à autrui, des démembrements, mais ne peuvent être que des droits autonomes. Le professeur Rehbinder confirme l'analyse :

> « Cela consiste en une sorte de charge pesant sur le droit d'auteur, qui demeure entre les mains de l'auteur… »[1359] « Le droit d'usage est un droit nouveau par rapport au droit d'auteur… »[1360]

630. Conclusion. Comme le droit de propriété, le droit intellectuel peine à se définir par rapport aux autres droits réels. Comme lui, il trouve finalement sa spécificité dans sa

---

1351 § 618 et s.
1352 Voir *supra*, § 616.
1353 § 30 *GeschmMG* : « Le droit sur un modèle peut faire l'objet d'un droit réel (*eines dinglichen Rechts*) ».
1354 § 29 *MarkenG* : « Le droit issu de l'enregistrement, de l'usage ou de la renommée d'une marque peut être mis en gage ou faire l'objet d'un autre droit réel (*eines sonstigen dinglichen Rechts*) ».
1355 Voir point précédent, § 624.
1356 *PA*, section 30, 1°.
1357 *UrhG*, § 29.
1358 *UrhG*, § 31.
1359 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 542, p. 199. Quelques lignes plus haut, l'auteur écrit que « les droits d'usage sont indépendants des droits d'exploitation ». Il souligne ainsi l'autonomie des droits d'usage pouvant être constitués sur l'œuvre en vertu du § 31 et de la définition du contenu du droit d'auteur par les § 11 et s.
1360 *Ibidem*, § 554, p. 203.

définition abstraite et générale, qui reste intacte même lorsque certaines utilités du bien font l'objet d'un droit autonome. Ce droit ne sera jamais qu'un droit sur le bien d'autrui, car le pouvoir général demeure au titulaire originel. La définition donnée du droit intellectuel en conclusion de la précédente section[1361] s'en trouve confirmée. Elle peut être ainsi reformulée : le droit intellectuel est le *seul droit direct général portant sur le bien intellectuel*.

[1361] § 608.

Section 3 : L'opposabilité du droit

> « L'opposabilité *erga omnes*, dite aussi « *substantielle* », devoir imposé aux tiers de s'abstenir à l'égard de la chose, n'est pas seulement une caractéristique du droit de propriété ; elle en est l'élément constitutif. Il ne faut pas dire : je suis propriétaire, donc mon droit est opposable à tous ; mais : mon droit de jouissance est-il opposable à tous ? Alors, c'est un droit de propriété. »[1362]

631. L'indifférence aux tiers. L'opposabilité *erga omnes* est la face externe de l'exclusivité. Le pouvoir général décrit en section première n'a de sens, en tant que propriété privée, que s'il est réservé à un seul ; c'est pourquoi son opposabilité absolue participe de sa constitution. Par nature, un droit direct sur un bien est indifférent à la foule des tiers qui doivent en respecter la sphère : indifférent à leur identité, il l'est également, lorsque ces tiers deviennent auteurs d'infraction, à leur intention et à la gravité de leur acte.

632. Changement de méthode. Rompant avec la méthode retenue précédemment, nous laisserons le droit de propriété et le droit intellectuel cheminer ensemble au cours de cette section. Nous ne chercherons pas à construire un concept unitaire de l'opposabilité en droit privé, pour l'appliquer ensuite au droit intellectuel, mais plutôt à comparer progressivement les effets du droit de propriété et du droit intellectuel sur les tiers, pour vérifier si, dans l'un et l'autre cas, l'opposabilité du droit présente le même caractère absolu.

633. Plan. L'opposabilité absolue du droit, en vertu de laquelle le droit s'impose à tout tiers, même non lié à son titulaire (A), est corrélative d'un principe de faute objective et de sanction automatique (B).

A) L'opposabilité absolue

634. Son opposabilité absolue est un élément essentiel du droit de propriété et du droit intellectuel, et les règles de publicité et d'enregistrement ne suffisent pas à en entamer le principe.

[1362] L. Aynès, préface à F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, Paris, 2007, bibliographie, n° 175.

- **Le principe d'opposabilité absolue**

- Droit de propriété

635. L'opposabilité absolue du droit de propriété. Par opposition aux droits tenus contre des débiteurs individualisés, le droit de propriété jouit d'une opposabilité dite absolue :

> « *This is merely another way of expressing the essential caracter of a property right, that it runs with the subject matter of the right and binds not only its grantor but also any person in whose hands the thing comes.* »[1363]

L'opposabilité « s'adresse au monde à partir de la chose elle-même » :

> « *In effect, these universal duties are broadcast to the world by the thing itself.* »[1364]

636. L'absence d'obligation. C'est une opposabilité indéterminée : le droit *in rem* s'oppose de plein droit à tout tiers, même si celui-ci ne s'y est pas personnellement engagé, tandis que les droits *in personam* ne s'opposent qu'à ceux qui sont liés au propriétaire par contrat ou par application des règles de la responsabilité[1365]. L'opposabilité absolue d'un droit n'est donc pas tant caractérisée par le nombre de ses destinataires, que par l'absence de lien personnel qu'ils entretiennent avec le titulaire de ce droit[1366]. Les tiers doivent respecter un droit d'opposabilité absolue sans considération ni de l'identité du titulaire, ni de la leur. Ce devoir de respect ne constitue pas une obligation au sens juridique strict, puisque aucun lien personnel ne lie le propriétaire (qui n'est pas un créancier) et les tiers (qui ne sont pas des débiteurs).

1363 W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4.450. Voir également A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 9 : « *the hallmark of a property right is seen as being its ability to bind third parties* ». Le critère fut mis au jour dans l'affaire de la « *deserted wife's equity* » : *House of Lords* , 13 mai 1965, *National Provincial Bank v. Ainsworth*, [1965] AC 1175, bibliographie, n° 466.

1364 T. Merrill, H. Smith, « *What happened to property in law and economics ?* », précité, bibliographie, n° 385, p. 359 (nous soulignons). Le passage commençait ainsi : « *when we encounter a thing which is marked in the conventional manner as being owned, we know that we are subject to certain negative duties of abstention with respect to that thing (…). And we know this without having any idea who the owner of the thing actually is.* » Il a la particularité de mêler la logique personnaliste (les tiers ont un devoir d'abstention) et la logique réelle (l'opposabilité du droit de propriété irradie du bien lui-même). Dans le même sens, voir F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », précité, bibliographie, n° 330, p. 321 : « Il suffit de savoir qu'un bien n'est pas à soi pour en déduire qu'il appartient à autrui. »

1365 Lorsqu'il sont dits opposables aux tiers, les droits *in personam* (issus d'un contrat, par exemple) le sont comme un fait, et non pas comme un droit. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 13ème éd., Sirey, 2008, bibliographie, n° 14, § 432, p. 384 : « le contrat est un *fait social* dont chacun droit tenir compte » (les auteurs soulignent).

1366 J. Wilhelm, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 81, § 77, p. 35 : « le contraire de l'attribution absolue (« *absolute Zuordnung* ») d'un bien est l'attribution de la chose par un droit relatif » ; or : « l'attribution médiate – relative – d'un bien signifie son attribution par voie obligationnelle (« *schuldrechtlich* ») ». Par contraste avec le « pouvoir d'exiger » (« *Verlangen-Können* »), le droit des biens se réalise par le « droit à » (« *Anspruch-Haben* »).

C'est pourquoi l'opposabilité du droit n'est pas seulement l'un de ses caractères, mais participe plus intimement de l'existence du droit. Portant directement sur la chose, elle pourrait même être à l'origine du droit :

> « par l'exclusion de tout autre qu'elle réalise sur [une] chose, c'est elle précisément qui donne naissance au pouvoir du propriétaire sur cette dernière »[1367].

637. La théorie personnaliste. Il faut toutefois mentionner à nouveau la lecture personnaliste des droits absolus, qui a pour effet de transformer le droit *in rem* en une multitude de droits *in personam*[1368]. En réalité, elle ne nie pas la différence d'opposabilité entre opposabilité absolue et opposabilité relative. Elle récuse plutôt la différence de structure entre droits réels et droits personnels : selon ses défenseurs, les deux types de droits portent contre des personnes, ils imposent un comportement à des débiteurs. Elle ne nie pas, en revanche, que les uns soient opposables contre tous et que les autres ne soient exigibles que de personnes déterminées. Elle fait au contraire de cette différence la seule spécificité qui distingue les droits absolus des droits relatifs, les droits *multital* des droits *paucital*[1369]. Elle nie leur caractère réel, leur rapport direct au bien, mais pas leur opposabilité *erga omnes*.

638. L'analyse de Ginossar. L'analyse de Ginossar[1370] réintroduit une différence de structure entre les droits d'opposabilité absolue et les droits d'opposabilité relative, mais n'intègre au premier groupe que le droit de propriété, seul droit sans débiteur déterminé. La catégorie des « droits réels » s'y réduit aux droits réels sur le bien d'autrui et s'ajoute à celle des droits personnels pour constituer le groupe des droits d'opposabilité relative. Selon cette lecture, le droit réel sur le bien d'autrui n'est opposable, en premier lieu, qu'au propriétaire du bien grevé ; il n'est opposable *erga omnes*, comme les droits personnels, qu'en tant qu'objet de propriété. Cette analyse, toutefois, ne remet pas en cause l'opposabilité absolue du droit de propriété, qu'elle considère même comme le seul de son espèce.

1367 F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, précité, bibliographie, n° 175, § 191, p. 209. Cette assertion nous semble cependant excessive : le droit de propriété et son opposabilité, puisqu'ils sont consubstantiels, naissent simultanément.

1368 *Cf. supra*, § 547 et s.

1369 Vocabulaire créé par W. N. Hohfeld, « *Fundamental Legal Conceptions* ... », précité, bibliographie, n° 381, voir *supra*, § 547 et s.

1370 S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance…*, précité, bibliographie, n° 176, p. 191. Selon l'auteur, le droit réel sur la chose d'autrui est « un droit relatif, en vertu duquel le titulaire, propriétaire du droit réel, peut exiger une prestation, active ou passive, d'une autre personne déterminée, le propriétaire quel qu'il soit d'un bien déterminé ». Pour le professeur Zénati, la propriété « est le seul droit, dans la matière des biens, qui ne puisse se voir attribuer de sujet passif. Les droits de créance rentrent parfaitement dans le schéma sujet actif - sujet passif ; les droits réels sur la chose d'autrui également, puisque leur existence suppose corrélativement la « souffrance » d'un propriétaire, charge qui ne peut être réduite au simple devoir de respecter le droit d'autrui » (F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété…*, précité, bibliographie, n° 180, p. 86). F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 23, p. 343 : « Les droits réels et les droits personnels sont relatifs parce qu'ils procurent à leur titulaire des prérogatives qui ne s'exercent qu'à l'égard d'une personne. »

- Droit intellectuel

639. Le droit intellectuel jouit-il, lui aussi, de cette opposabilité absolue plutôt que de l'opposabilité relative des droits personnels ?

640. Le droit d'auteur français. Le droit d'auteur français est le plus explicitement qualifié : il s'agit d'un « droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »[1371]. En ces quelques mots se trouvent la qualification générale du droit (c'est un droit de propriété) et, déjà, deux de ses conséquences (l'exclusivité et sa sœur siamoise, l'opposabilité *erga omnes*). Dès l'abord, l'effet du droit sur les tiers est annoncé comme celui de tout droit de propriété.

641. Les autres droits intellectuels. On retrouve la même idée, bien que moins parfaitement exprimée, dans la définition des autres droits intellectuels français, allemand et anglais : il s'agit tantôt d'un « droit de propriété »[1372], tantôt d'un « droit exclusif »[1373]. Le droit allemand utilise à deux reprises une définition synthétique du droit structurée sur l'opposition droit d'utiliser - droit d'interdire d'utiliser[1374], c'est-à-dire sur la complémentarité exclusivité - opposabilité absolue. Tous les tiers, même ceux qui ne s'y sont pas personnellement engagés, sont exclus de l'utilisation du bien intellectuel.

642. Droit réel et relations contractuelles. Le contraste entre les logiques du droit personnel et du droit réel est particulièrement apparent en droit intellectuel. Le cocontractant du titulaire du droit intellectuel n'est autorisé à user du bien intellectuel que dans les limites contractuellement fixées. Dès ces limites franchies, la logique du droit réel reprend vigueur, et le partenaire contractuel redevient un tiers indistinct, tenu de s'exclure de l'utilisation du bien. Un exemple explicite de l'étanchéité de cette frontière est donné par la loi allemande sur les modèles déposés :

> « Le titulaire peut faire valoir les droits sur le modèle contre un licencié qui enfreint une stipulation du contrat concernant : 1) la durée de la licence, 2) le mode d'utilisation du modèle, 3) la sélection des

---

1371 Article L. 111-1 alinéa 1 du CPI.

1372 La qualification de « propriété » est reprise en droit français des modèles (article L. 513-2 CPI) et des marques (L. 713-1).

1373 Le qualificatif « exclusif » est repris en droit d'auteur allemand (§ 15 *UrhG*) et en *copyright* anglais (section 16, 1° *CDPA*) ; en droit des modèles allemand (§ 38 *GeschmMG*) et anglais (section 7, 1° *RDA*) ; en droit des brevets français (article L. 611-1 CPI) ; en droit des marques allemand (§ 14 *MarkenG*) et anglais (section 9 *TMA*). Seul le droit anglais des brevets ne comporte aucune référence, même indirecte, à l'exclusivité ou à l'opposabilité du droit.

1374 § 38 *GeschmMG* : « Le modèle confère à son titulaire le droit exclusif de l'utiliser et d'interdire aux tiers de l'utiliser sans son consentement » (« *es zu benutzen, und Dritten zu verbieten, es ohne seine Zustimmung zu benutzen* »). § 9 *PatG* : « Le brevet a pour effet que seul son titulaire est autorisé à utiliser l'invention brevetée dans le cadre du droit en vigueur. Il est interdit aux tiers de : … »

produits sur lesquels la licence est donnée, 4) le territoire pour lequel la licence a été accordée, 5) la qualité des produits fabriqués par le licencié. »[1375]

643. Licencié et cessionnaire. Le contraste des deux logiques est encore visible dans la discrimination faite en certaines occasions entre le cessionnaire et le licencié. Le premier tient du titulaire originel un droit réel, quand le second ne tient qu'un droit personnel. Il arrive donc que le droit d'agir en contrefaçon soit réservé au titulaire originel du droit ou à son cessionnaire et que le licencié, même exclusif, en soit privé[1376], ou qu'il ne puisse agir qu'à condition d'avoir vainement mis le titulaire originel ou son cessionnaire en demeure d'agir[1377]. Le licencié auquel est refusé l'accès à l'action en contrefaçon ne peut agir qu'en concurrence déloyale[1378], en se fondant donc sur une logique de responsabilité, et non plus sur une logique d'attribution.

Le droit anglais, à l'inverse, franchit la limite entre droit personnel et droit réel et, par une analogie expresse, donne au licencié exclusif les mêmes droits que le cessionnaire ou le propriétaire :

> « *An exclusive licensee has, except against the copyright owner, the same rights and remedies in respect of matters occurring after the grant of the licence* <u>*as if the licence had been an assignment*</u>*.* »[1379]

Comme toute analogie, elle rapproche ses deux objets, mais ne les confond pas[1380].

644. Une opposabilité *erga omnes* commune. L'absence de relation personnelle entre le titulaire du droit et les personnes dont il peut en exiger le respect est typique de l'opposabilité *erga omnes*. Ce n'est pas l'obligation universelle des personnalistes, qu'elle soit dite

---

1375 § 31, 2° *GeschmMG*. Le § 30 *MarkenG* est identique. De même, l'article L. 613-8 du CPI dispose que « les droits conférés par le brevet ou la demande de brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence ».

1376 Telle était la solution retenue en droit français des dessins et modèles avant la réforme de 2007 (voir note suivante). Un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1993 avait établi que seul le titulaire originel ou son cessionnaire pouvait agir en contrefaçon, à l'exclusion du licencié, même exclusif : cass. com. 12 juillet 1993, *D.* 1994, somm. 78, obs. Izorche.

1377 C'est le cas en droit français des dessins et modèles depuis la loi du 29 octobre 2007, modifiant l'article L. 521-2 du CPI. Voir également les articles L. 615-2 et L. 716-5.

1378 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 2-06, p. 54 : « *they may, however, be able to sustain an action for the tort of unlawful interference with trade* ».

1379 *CDPA*, sect. 101, 1° (nous soulignons). De même : sect. 67 *PA* et sect. 31 *TMA*. Dans le cas de la marque, l'analogie n'opère que s'il en est disposé dans la licence elle-même.

1380 Qu'il nous soit permis de sortir brièvement du strict cadre géographique de notre étude pour noter d'ailleurs que dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, la Cour suprême du Canada a suivi les raisons du juge Rothstein, selon lequel : « *the distinction between assignments and exclusive licences is important and meaningful. By granting an assignment, the copyright owner intends to bestow upon the assignee the full panoply of rights and interests reserved for copyright owners. An exclusive licence, by contrast, permits owners to convey to licensees a more limited interest in the copyright.* » (Cour suprême du Canada, 26 juillet 2007, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20, consultable sur le site de la Cour : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/index.html>, bibliographie, n° 480, § 16). Le licencié, même exclusif, ne saurait par conséquent agir contre le titulaire.

« absolue », « *multital* », ou baptisée « obligation passive universelle »[1381]. Le droit absolu vaut en dehors des obligations : il leur est antérieur. L'opposabilité absolue est ce qui donne au droit qui en jouit la faculté d'obliger contre son gré quiconque s'aventure dans le champ de l'exclusivité.

Ce principe ne souffre-t-il pas de l'effet des règles de publicité et d'enregistrement ?

- **Les règles de publicité et d'enregistrement**

645. Une opposabilité relative ? Les règles de publicité et d'enregistrement valant pour certains biens ne supposent-elles pas que le droit, pour être respecté des tiers, doive être connu d'eux ? L'opposabilité ne serait donc plus absolue et indifférente à son destinataire, mais relative et subjective. Il faut examiner l'effet des règles de publicité foncière sur l'opposabilité absolue des droits réels immobiliers, puis l'effet de l'obligation d'enregistrement ou de dépôt sur l'opposabilité absolue des droits intellectuels portant sur des biens industriels.

- Droit foncier

646. Les règles de publicité en droit foncier. L'enregistrement de tout droit de propriété immobilière et de toute éventuelle modification de celui-ci est obligatoire en Angleterre[1382], en Allemagne[1383] et en France[1384]. En Angleterre et en Allemagne, l'acte non enregistré est nul : le transfert de droit l'est donc aussi[1385]. En France, il n'est qu'inopposable aux tiers qui n'en ont pas connaissance. Dans le premier cas, la publicité est une condition de validité de l'acte ; dans le second, elle n'est qu'une condition de son opposabilité. Mais dans aucun, elle n'affecte la réservation du bien : que, par l'effet d'une nullité ou d'une inopposabilité, le

1381 Voir § 457 et s.

1382 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131, § 7-002, p. 147. L'enregistrement est obligatoire depuis le 1er décembre 1990 ; le *Land Registration Act 2002* en étendit les modalités de consultation.

1383 § 873 *BGB* : « Pour transférer la propriété d'un terrain, pour grever un terrain par un droit, ainsi que pour transférer ou grever un tel droit, est exigé l'accord du titulaire et de la partie adverse sur la survenance de la modification et l'enregistrement de la modification dans le livre foncier (*das Grundbuch*), à moins que la loi n'en dispose autrement. »

1384 Le décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pose les règles de la publicité foncière. L'acte non enregistré n'est pas nul, mais seulement inopposable aux tiers.

1385 Section 7 du *LRA* 2002 : « *if the requirement of registration is not complied with, the transfer, grant or creation becomes void as regards the transfer, grant or creation of a legal estate* » (nous soulignons). L'*estate* demeure auprès du cédant, mais il est rare qu'en ce cas, l'officier du registre ne permette une extension du délai d'enregistrement (S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*…, précité, bibliographie, n° 131, § 7-019 et s., p. 159). Selon les dispositions du *BGB*, l'enregistrement fait partie de l'accomplissement de l'acte. Par exemple : § 873 (« pour le transfert de la propriété », « *zur Übertragung des Eigentums* ») et § 875 (« pour la levée d'un droit », « *zur Aufhebung eines Rechts* »).

cédant en demeure propriétaire, ou que le cessionnaire le devienne, le bien demeure l'objet d'un droit de propriété.

647. L'effet sur l'opposabilité. Il demeure que nul lien de droit particulier n'est nécessaire pour que le propriétaire puisse attendre d'un tiers le respect de son droit de propriété sur ses biens. Une formule anglaise complète adroitement cette définition de l'opposabilité absolue, qui est « l'exigibilité [des *real interests*] contre d'autres que leur créateur »[1386]. Une fois publié, outre son créateur, outre la relation personnelle du titulaire au cessionnaire, le droit s'impose à tous les tiers, même *a priori* non concernés. Formalités obligatoires et propriété ne sont donc pas incompatibles. Or, le droit de propriété consiste précisément en cette réservation, en cette exclusion des tiers. À la différence des autres droits patrimoniaux et même extrapatrimoniaux, qui se définissent primairement par un contenu spécifique et, dans un second temps seulement, exigent des tiers un respect passif, le droit de propriété n'a pas d'autre contenu que la réservation au propriétaire et la corrélative exclusion des tiers.

- Droit intellectuel

648. L'effet de l'enregistrement en droit intellectuel. En droit intellectuel, les formalités d'enregistrement et de publicité semblent créatrices de droit. C'est en droit des modèles que la formulation est la plus explicite : l'enregistrement « confère », « donne » ou « octroie » le droit sur le modèle[1387], mais on retrouve des signes de la même idée en droit des marques[1388]. Un bien intellectuel soumis à enregistrement mais non enregistré ne peut être protégé que par le secret de fait ou, en droit, par les règles de la responsabilité civile ou pénale[1389].

Ces formalités devraient d'ailleurs permettre de dater précisément l'entrée en vigueur des droits intellectuels concernés et de faciliter la vérification de leur opposabilité. La date d'entrée en force du droit fluctue pourtant d'un pays à l'autre et, selon l'action concernée, de

---

1386 W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4-05 (« *Exigibility against others than the grantor* »).

1387 Article L. 513-2 du CPI : « L'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire… ». Section 7 du *RDA* anglais : « *The registration of a design under this act gives the registered proprietor...* » ; § 38 de la *GeschmMG* : « *Das Geschmacksmuster gewährt* (octroie) *seinem Rechtsinhaber…* ».

1388 Livre 7, titre I, chapitre 3 du CPI « Droits conférés par l'enregistrement » ; § 4 *MarkenG* : « *Der Markenschutz entsteht* (naît)… »; le *TMA* est moins clair (« *The proprietor of a registered trade mark has…* », section 9) (nous soulignons). Le droit des brevets ne contient pas de telles formulations.

1389 Le secret serait même le « régime de droit commun » des inventions : J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Tome 1, Librairies techniques, 1984, bibliographie, n° 54, § 20 , p. 23. Sauf exceptions : notamment, le *unregistered design* est protégé par le *CDPA*, partie III, selon un régime différent de celui du *registered design* ; la marque allemande non enregistrée est protégée comme la marque enregistrée (*MarkenG*, § 4).

la date de dépôt de la demande[1390] à la date de la publication de l'enregistrement du droit[1391], en passant par la date de notification de la demande[1392], puis de la publication de la demande[1393].

649. La revendication de titre. L'enregistrement ne produit toutefois son effet, de manière sûre, qu'au profit de celui qui y avait droit. L'usurpateur ayant enregistré un modèle qu'il n'a pas créé ou une invention qu'il n'a pas faite est sous la menace d'une revendication par son réel inventeur ou créateur[1394]. Il existe donc, avant l'enregistrement, un droit du créateur sur son bien que, selon les conceptions, l'enregistrement ne fait que garantir, accroître, ou éteindre au profit d'un nouveau droit.

650. La revendication en droit français. Le droit français présente ces actions comme de véritables actions en revendication de propriété. Dans le cas d'une usurpation d'invention, bien que la soustraction ait frappé l'invention, la revendication porte sur la demande ou le titre délivré[1395]. La solution semble être inverse dans le cas d'un dessin ou d'un modèle usurpé : en conformité avec la déclaration selon laquelle « l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété »[1396], la revendication vise à rétablir en justice la propriété du modèle[1397].

1390 Par exemple, la section 40, 3° du TMA : « *a trade mark when registered shall be registered as of the date of filing of the application for registration; and that date shall be deemed for the purposes of this Act to be the date of registration* ». Nous soulignons.

1391 Par exemple, la section 9, 3°, b du TMA : « *no offence under section 92 (unauthorised use of trade mark, &c. in relation to goods) is committed by anything done before the date of publication of the registration* ». L'acte concerné est contrefaisant après la publication de l'enregistrement, mais pas avant. Aucune action en contrefaçon de modèle ou de marque ne peut par ailleurs être engagée avant la date de publication de l'enregistrement (« *before the date on which the certificate of the registration of the design under this act is granted* », RDA, sect. 7, 6° ; également TMA sect. 9, 3°, a).

1392 CPI, articles L. 521-1, alinéa 3 ; L. 615-4 et L. 716-2, alinéa 2.

1393 Mêmes articles. Avant publication de la demande, la mauvaise foi doit être prouvée par la preuve d'une notification ; après, elle est irréfragablement présumée.

1394 Le PA anglais ne régit l'intervention de l'inventeur véritable ou de tout tiers qu'avant l'octroi du brevet (sect. 8 : « *1) At any time before a patent has been granted for an invention (whether or not an application has been made for it) : (a) any person may refer to the comptroller the question whether he is entitled to be granted (alone or with any other persons) a patent for that invention...* »). On ne trouve pas de réelle procédure de revendication dans le RDA non plus, où seule est possible au créateur lésé de faire annuler l'enregistrement, et non pas de le faire transférer à son profit (sect. 11, Z, A, 2° : « *a registered design may be declared invalid on the ground of the registered proprietor not being the proprietor of the design and the proprietor of the design objecting* »).

1395 Article L. 611-8 CPI : « Si un titre de propriété industrielle a été demandé soit pour une invention soustraite à l'inventeur ou à ses ayant- cause, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne lésée peut revendiquer la propriété de la demande ou du titre enregistré. »

1396 Article L. 513-2 CPI.

1397 Article L. 511-10 CPI : « Si un dessin ou modèle a été déposé en fraude des droits d'un tiers ou en violation d'une obligation conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur le dessin ou modèle peut en revendiquer en justice la propriété. »

651. La revendication en droit allemand. Le législateur allemand s'est montré plus circonspect et n'a pas donné de nom à ces « actions contre le titulaire non habilité »[1398]. Le mécanisme de régularisation est à chaque fois le même : cession du droit issu de l'enregistrement, action forclose deux ans (brevets) ou trois ans (modèles) après l'enregistrement, sauf mauvaise foi de l'usurpateur. La nature de ce mécanisme baptisé « cession » est toutefois discutée : la jurisprudence[1399] assimile cette action à l'action en revendication du *BGB*[1400]. Une partie de la doctrine[1401] considère que l'usurpateur, par son enregistrement indu, a acquis le droit intellectuel et que ce droit est transféré à l'inventeur ou au créateur. Une autre soutient qu'au contraire le dépôt n'est que déclaratif de droit et que l'action contre l'usurpateur n'est donc ni une action en revendication de propriété comparable à celle du § 985 *BGB*, ni une action en cession, mais une action en rectification de registre de même nature que celle du § 894 *BGB*[1402].

652. Opposabilité absolue et concessions en faveur des tiers. Les règles d'enregistrement et de publicité sont des concessions faites sur l'opposabilité absolue du droit de propriété et du droit intellectuel au profit des tiers. Nous aurions notamment pu y ajouter les règles d'acquisition *a non domino*[1403]. Ainsi peut-on écrire que : « *no property right binds everyone* »[1404].

1398 « *Ansprüche gegen Nichtberechtigten* » (§ 9 *GeschmMG* et § 8 *PatG*).

1399 *BGH, GRUR* 1982, 95, 96, *Pneumatische Erfindung* (rapporté par V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum : eine Komplementär Erscheinung…*, précité, bibliographie, n° 224, p. 303). Il a été plus récemment jugé que « par l'effet de l'article II § 5 de la loi sur les conventions internationales en matière de brevets (*IntPatÜG*), et du § 8 *PatG*, l'inventeur est placé dans une situation juridique comparable à celle du propriétaire en droit des biens. Dès lors, l'action en revendication (*Vindikationsanspruch*) de l'article II § 5 *IntPatÜG* [et donc du § 8 *PatG*] peut être comparée à l'action en revendication (*Herausgabeanspruch*) du propriétaire selon le § 985 *BGB* » (*Landgericht* Düsseldorf, 30 avril 2002, Az. 4a O 95/01 : <http://www.duesseldorfer-archiv.de>, bibliographie, n° 458).

1400 § 985 : « Le propriétaire peut exiger du possesseur la restitution du bien. » (Notons que le droit allemand ne distingue pas le possesseur du détenteur.)

1401 Sur la divergence de la doctrine, voir V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärerscheinung…*, précité, bibliographie, n° 224, p. 303.

1402 § 894 *BGB* : « Si le contenu du livre foncier, concernant un droit sur un terrain (…) ne correspond pas à la réalité, celui dont le droit n'est pas inscrit ou ne l'est pas correctement (…) peut exiger la rectification du livre foncier de celui dont le droit est concerné par celle-ci. »

1403 Peut-être sera-t-on surpris de lire que, sur ce point, le droit français est le plus permissif. En matière immobilière, les droits allemand et anglais ne connaissent aucun principe général d'acquisition par possession de la terre d'autrui. W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4.450 : « *The common law knows no general exception to* nemo dat *in favor of good faith purchasers for value.* » M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, p. 197 : les modes d'acquisition des meubles entre vifs « sont fondés sur l'adage *nemo dat quod non habet* et non sur le principe inscrit à l'article 2279 [devenu 2276] du Code civil ». Ils n'assouplissent cette position que parcimonieusement en matière de meubles.

1404 A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 10.

Opposabilité aux tiers qui ne sont liés au propriétaire ni par contrat, ni par responsabilité délictuelle, et compromis en faveur de la sécurité de ces tiers : l'opposabilité du droit intellectuel présente le même équilibre que celle du droit de propriété.

Mais le droit de propriété et le droit intellectuel ne demeurent sans débiteur individualisé qu'aussi longtemps que personne ne s'est avancé de la foule des tiers pour entrer dans la sphère réservée et tomber dans une relation d'obligation délictuelle avec le propriétaire. Voyons maintenant quel traitement est réservé à celui-ci.

B) L'automaticité de la sanction

653. La spécificité de la sanction du droit *in rem*. Leurs sanctions[1405] respectives confirment-elles la parenté du droit de propriété et du droit intellectuel ?

> « L'opposabilité du droit réel s'exprime dans le régime de sa sanction : par principe, le droit réel est sanctionné obligatoirement en nature, indépendamment de toute considération du comportement des intéressés[1406], et du préjudice éventuellement subi par le titulaire du droit. »[1407]

Cette déclaration confirme combien l'opposabilité d'un droit et le régime de sa sanction, bien que ressortant des sphères différentes de la définition substantielle du droit et de sa mise en œuvre juridictionnelle, sont corrélatifs. Elle indique ensuite les caractères essentiels des sanctions propres du droit *in rem* : sanction en nature, indifférente au comportement de l'auteur de l'infraction et à l'ampleur du préjudice.

Laissant de côté la nature de la sanction, nous retiendrons les deux conditions de son automaticité : le droit réel est sanctionné quelle que soit la faute (objectivité de la faute civile) et quel que soit le degré de gravité du préjudice (indifférence à la gravité du préjudice). Remarquons préliminairement qu'en droit anglais, il est fait un recours direct aux sanctions du droit de propriété pour faire respecter le droit intellectuel.

- **Le recours aux sanctions du droit de propriété**

654. En droit anglais. Le droit anglais, en matière de sanctions, renvoie aux règles générales du droit des biens[1408] :

1405 Nous nous en tiendrons aux sanctions civiles, qui reposent sur des principes généraux du droit privé et laisserons de côté les prescriptions du droit pénal.

1406 Voir également A. P. Bell, *Modern law of personal property*…, précité, bibliographie, n° 129, p. 10 : « *A distinction has to be drawn, then, between rights that bind of their own force and those whose binding efect is based on the conduct of the person affected.* »

1407 M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, Paris, 1989, bibliographie, n° 177, § 12, p. 21. Nous soulignons.

« *In an action for infringement of copyright all such relief by way of damages, injunctions, accounts or otherwise is available to the plaintiff as is available in respect* <u>*of the infringement of any other property right*</u>*.* »[1409]

655. En droits allemand et français. Les droits intellectuels français et allemand ne comportent pas de telle référence au droit des biens. Avant que les dispositions spéciales des lois de droit intellectuel ne fussent édictées, les juridictions allemandes, toutefois, appliquaient par analogie, au droit intellectuel, les sanctions du droit de propriété[1410] prévues par le *BGB*[1411] :

§ 1004 *BGB* : « 1) S'il est porté atteinte à la propriété autrement que par privation ou rétention de possession, le propriétaire peut exiger de l'auteur de l'infraction la cessation (*Beseitigung*) de l'atteinte. Si d'autres atteintes sont à craindre, le propriétaire peut demander l'abstention (*Unterlassung*). »

Le traitement des infractions au droit de propriété et au droit intellectuel a-t-il par ailleurs les mêmes caractères ?

- **L'objectivité de la faute civile**

656. La faute est-elle objective, est-ce une pure faute d'atteinte de fait portée au droit, d'intrusion dans le champ de l'exclusivité, ou comporte-t-elle un élément intentionnel qui la subjectivise et réduit d'autant l'automaticité de la sanction ?

1408 W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4-39 : « *The truth is that English law protects rights of possession and not of ownership* ». L'action la plus répandue est l'action en *trespass*. L'acte de *trespass* doit être très largement entendu (transgression, prise de possession, endommagement du bien, dépôt d'ordures…), la faute y est objective, et le dommage résulte automatiquement de l'acte. Le juge peut ordonner des *damages* et délivrer des *injunctions*. Il existe en outre, en matière immobilière, l'action en recouvrement de terrain (*recovery of land*) et, en matière mobilière, l'action en négation de titre, (*action in conversion*). A. P. Bell, *Modern law of personal property…*, précité, bibliographie, n° 129, p. 7 : les actions établies par la *common law* pour protéger la propriété sont des actions en protection possessoire plutôt qu'en revendication ; l'action en *trespass*, notamment, protège le possesseur, « *irrespective of any property interest he may claim* ».

1409 *CDPA*, section 96, 2° (nous soulignons). La formule est reprise, pour les modèles enregistrés, par le *RDA* (sect. 24, A, 2°) et, pour les marques, par le *TMA* (sect. 14, 2°). H. Saint Dahl, *Dahl's Law dictionary*, précité, bibliographie, n° 128 : les *damages* sont nos dommages-intérêts ; les *injunctions*, des injonctions ; et les *accounts* sont la répétition des bénéfices faits au détriment du titulaire de droit lésé.

1410 La propriété est protégée par les § 985 (« *Herausgabeanspruch* », action en restitution ou revendication) et 1004 (« *Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch* », action en cessation et abstention). Symétriquement, la possession l'est par les § 861 (« *Anspruch wegen Besitzentziehung* », action contre la privation de possession) et 862 (« *Anspruch wegen Besitzstörung* », action conte les perturbations de possession) du *BGB*.

1411 V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum – Eine Komplementärerscheinung…*, précité, bibliographie, n° 224, p. 309.

- Droit de propriété

657. L'intervention de la subjectivité en droit allemand. Seul le droit allemand fait intervenir l'intention ou la négligence dans le choix des sanctions d'une atteinte à un droit de propriété. Pour accueillir les « actions réelles »[1412] visant à faire respecter un droit *in rem* ou un fait de possession, le juge civil allemand peut se satisfaire d'une atteinte objective, sans élément intentionnel. En revanche, pour accorder des dommages-intérêts, il doit caractériser une faute de mauvaise intention ou de négligence :

> « 1) Qui, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'autrui s'oblige à réparer le dommage qui en résulte. »[1413]

658. L'objectivité de la faute en droits anglais et français. On ne retrouve pas ce traitement particulier de la sanction financière en droit anglais des biens. En matière mobilière, les *damages* sont même considérés comme un mode de restitution des meubles : face à la privation d'un meuble, le juge anglais peut choisir d'ordonner la restitution du bien, d'accorder au demandeur des *damages* devant lui permettre de remplacer son meuble ou de donner au défendeur le choix entre ces deux possibilités[1414].

La responsabilité civile pour atteinte à un *property right* est objective, c'est-à-dire qu'elle ne nécessite pas la commission d'une faute intentionnelle. Le délit sanctionné est celui de *trespass to land* ou *trespass to goods*, « délit civil par excellence »[1415], permettant d'octroyer des dommages-intérêts à la partie lésée, mais aussi de délivrer un *order for possession*, qui permet à l'officier public d' « expulser toute personne se trouvant sur le fonds, qu'elle soit ou non partie à l'instance »[1416].

Le droit français, de même, traite les dommages-intérêts comme les autres sanctions des atteintes au droit de propriété. Leur octroi n'est soumis à aucune condition de mauvaise foi de la part de l'auteur de l'infraction[1417]. Aucune autre sanction ne l'est d'ailleurs : l'atteinte au droit, en elle-même, constitue la faute.

1412 Les « *dingliche Ansprüche* ». Un droit (*ein Recht*) s'accompagne en droit allemand des « prétentions » (*Ansprüche*) visant à le faire respecter en justice. Ces « prétentions » ont une fonction de « réalisation du droit » (*Rechtsverwirklichung*) et sont indissociables du droit principal (J. Wilhelm, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 80, § 69, p. 32 et H.-P. Westermann, D. Eickmann, K.-H. Gursky, *Sachenrecht : Ein Lehrbuch*, précité, bibliographie, n° 79, p. 12).

1413 § 823 *BGB*.

1414 Lawson et le professeur Rudden y voient « une sorte de vente forcée de la propriété du défendeur au prix fixé par la cour » (H. Lawson et B. Rudden, *The law of property*, précité, bibliographie, n° 132, p. 69).

1415 *Ibidem*, n° 93, p. 72.

1416 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131, § 4-027, p. 99.

1417 F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, précité, bibliographie, n° 23, p. 331: le délit civil d'atteinte à la propriété d'autrui est sanctionné, comme toutes les autres fautes civiles, par les articles 1382 et suivants du Code civil. « Le demandeur n'a pas à démontrer l'existence d'une faute dès lors qu'est établie l'atteinte au droit de propriété ; cette atteinte est en soi une faute ».

- Droit intellectuel

659. L'enjeu majeur de la prise en compte de l'intention de l'auteur de l'infraction est, en droit intellectuel, l'octroi des dommages-intérêts.

660. La prise en compte de l'intention en droit allemand. La notion de faute et l'incidence de la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction sont les mêmes en droit allemand civil et intellectuel. Une atteinte objective à un droit intellectuel suffit à faire aboutir les réparations en nature[1418]. En revanche, l'octroi de dommages-intérêts est soumis à la condition que l'atteinte ait été portée avec mauvaise intention ou par négligence[1419]. Il semble donc que le droit allemand, civil et intellectuel, distingue les mesures matérielles de l'octroi de dommages-intérêts et n'exige d'élément intentionnel que pour les seconds, qui constituent donc la punition d'une faute, plus que la réparation financière d'un préjudice. Seules les sanctions matérielles sont objectives et véritablement automatiques, et ce constat vaut indistinctement pour le droit de propriété et pour le droit intellectuel.

661. La prise en compte de l'intention en droit anglais. La même distinction entre mesures matérielles et dommages-intérêts (*damages*) se retrouve en droit intellectuel anglais[1420] ; l'octroi des seconds est empêché par la preuve[1421] de la bonne foi de l'auteur de l'infraction[1422]. Le droit anglais étend même la condition de mauvaise foi au remboursement des bénéfices faits par le contrefacteur d'une invention ou d'un modèle enregistré[1423] et à l'injonction de restituer (*order for delivery up*[1424]).

En amont des sanctions, la mauvaise foi est par ailleurs, en droit anglais, un élément constitutif de toutes les « infractions secondaires » au *copyright* (*secundary*

1418 Actions en cessation et abstention (§ 97, 1° *UrhG* ; § 42, 1° *GeschmMG* ; § 139, 1° *PatG* ; § 14, 5° *MarkenG*) et action en rappel, mise à l'écart et destruction (§ 98 *UrhG* ; § 43 *GeschmMG* ; § 140, a *PatG* ; § 18 *MarkenG*).

1419 § 97, 2° *UrhG* : « Qui agit intentionnellement ou par négligence s'engage à dédommager sa victime du dommage résultant de son acte. » La formule est reprise, quasiment identique, par la *GeschmMG* (§ 42, 2°), la *PatG* § 139, 2°), et par la *MarkenG* (§ 14, 6°). La condition était posée par la directive CE 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, dont l'article 13 mentionne la mauvaise foi de l'infracteur pour y subordonner l'octroi de dommages-intérêts.

1420 En application de l'article 13 de la directive CE 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

1421 Par rapport au droit allemand, la charge de la preuve est inversée : ici, le défendeur peut prouver sa bonne foi, là, le demandeur devait prouver la mauvaise foi du défendeur.

1422 CDPA, section 97, 1° : « *Where in an action for infringement of copyright it is shown that at the time of the infringement the defendant did not know, and had no reason to believe, that copyright subsisted in the work to which the action relates, the plaintiff is not entitled to damages against him, but without prejudice to any other remedy.* » La restriction est reprise par le *PA* (sect. 62, 1°) et le *RDA* (sect. 24, B, 1° : *Exemption of innocent infringer from liability*), qui soumettent au même régime le remboursement des bénéfices (*account of profits*).

1423 Respectivement : *PA* section 62, 1° et *RDA* sect. 24, B.

1424 *CDPA* section 99, 1°, b ; *RDA* sect. 24, C, 1°, b.

infringements[1425]), de certaines infractions au droit sur une invention[1426] et de l'infraction d'application d'une marque à du matériel de communication, d'emballage ou de publicité[1427].

662. La prise en compte de l'intention en droit français. En droit intellectuel français[1428], comme pour le droit de propriété, l'octroi de dommages-intérêts n'est pas plus soumis à la condition de mauvaise foi de l'auteur de l'infraction que les autres sanctions. La Cour de cassation française déclare même que :

> « La contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés. »[1429]

Un élément intentionnel est en revanche exigé pour engager la responsabilité civile de tout autre que le fabricant, qui aurait utilisé, distribué ou détenu à ces fins une invention brevetée[1430]. Cette disposition, seule en droit français[1431], ressemble à celles qui, en droit anglais, définissent les infractions secondaires au *copyright* comme intentionnelles, de même que certaines infractions au brevet ou au droit sur la marque[1432].

663. L'incidence de la mauvaise foi. Ainsi, la sanction du droit intellectuel n'est pas indifférente à la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction, prouvée ou présumée. Malgré l'harmonisation communautaire des mesures de mise en œuvre du droit intellectuel, les droits des trois pays étudiés lui attachent cependant des conséquences fort différentes. Le droit anglais est celui qui lui accorde la plus grande incidence dans la définition des infractions et dans le choix des sanctions. Même si cette incidence paraît moins forte sur la sanction du droit de propriété, elle n'en est pas absente.

Un autre principe peut atténuer l'automaticité de la sanction : le principe de proportionnalité de la sanction à l'infraction.

1425 *CDPA* section 22 à 26 : importation, possession d'exemplaires, fourniture de moyens, autorisation d'utiliser des moyens dont l'auteur sait, ou a des raisons de savoir (« *which he knows or has reason to believe* ») qu'ils sont contrefaisants.

1426 Utilisation ou offre d'utilisation d'un procédé breveté (*PA* section 61, 1°, b) et fourniture ou offre de fourniture de moyens de mettre une invention en œuvre (*PA* 61, 2°).

1427 *TMA* section 10, 5°.

1428 CPI, articles L. 331-1-3, L. 521-7, L. 615-7 (formulations exactement identiques) et L. 722-6. Aucune de ces dispositions ne reprend la condition de mauvaise foi de l'infracteur, malgré sa présence à l'article 13 de la directive CE 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

1429 Cass. 1ère civ., 29 mai 2001, *PI* n°1, octobre 2001, p. 71, obs. Sirinelli ; *CCE* 2002, comm. 81, note Caron ; bibliographie, n° 434. Le professeur Sirinelli parle d'une « responsabilité objective » « sans moyen de défense » et plaide pour son application à la seule action en cessation de troubles.

1430 Article L. 615-1, alinéa 3 du CPI.

1431 Elle n'intéresse que le droit des inventions, et n'est pas répétée au sujet des autres biens intellectuels industriels.

1432 Voir le § précédent.

- **L'indifférence à la gravité du préjudice ?**

664. La défense du droit est-elle discrétionnaire et sans borne ? Peut-elle aller jusqu'à sanctionner une atteinte minime ? En d'autres termes : existe-t-il un souci de proportionnalité entre la sanction et la gravité du préjudice ? Sur ce point, le droit de la propriété se montre plus sévère que le droit intellectuel.

- Droit de propriété

665. La défense de la propriété en droit français. Le droit français ne tolère aucune immixtion non autorisée, même minime, dans la propriété d'autrui. La jurisprudence est sévère contre l'empiétement commis, même de quelques centimètres, sur un terrain ; elle assimilerait sa tolérance à une expropriation illégale interdite par l'article 545 du Code civil[1433]. Le propriétaire peut engager une action en revendication de propriété, aboutissant à la restitution du bien, c'est-à-dire à la destruction de l'empiétement, même négligeable[1434], et cette action ne sera jamais considérée comme abusive, car :

> « La défense du droit de propriété contre l'empiétement ne saurait dégénérer en abus. »[1435]

666. La défense de la propriété en droit anglais. En droit anglais, l'atteinte à un *property right* est « *actionable per se* », c'est-à-dire engageable même sans dommage[1436]. L'octroi des *damages* est possible, en matière immobilière, « que le propriétaire puisse montrer, ou non, qu'il aurait loué la propriété à un autre, ou qu'il l'aurait utilisée lui-même »[1437].

L'empiétement, plus précisément, est rigoureusement sanctionné : même minime et sans incidence actuelle, il constitue au minimum la violation du droit, pour le propriétaire, de négocier des permissions[1438]. La notion d'abus de droit, de manière générale, même

---

1433 « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

1434 Cass. 3ème civ., 20 mars 2002, *Dalloz* 2002, somm. comm. 2507 ; H. Périnet-Marquet, « Empiétement, régime juridique », *JCP G* 2002, I, 176, p. 1898-99, bibliographie, n° 436 : « Attendu que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a retenu que l'empiétement était négligeable ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que peu importe la mesure de l'empiétement, la cour d'appel a violé [l'article 545 du Code civil]. »

1435 Cass. civ. 3ème, 7 juin et 7 novembre 1990, *Bull. Civ.* III, n° 140 ; *Dalloz* 1990, IR p. 171. En revanche, l'exercice, du droit de propriété peut être estimé abusif.

1436 M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, précité, bibliographie, n° 236, n° 95, p. 74.

1437 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131, § 4-029, p. 100.

1438 W. Swadling, *Property, General principles*, précité, bibliographie, n° 297, § 4-15. Le cas type est *Anchor Brewhouse Developpment v. Berkley House*, 1987, 38 Building LR 82. Le défendeur ayant élevé, sur son propre, terrain, des grues dont il arrivait à la partie horizontale de surplomber, au gré du vent, le terrain de son voisin, dépossède celui-ci de son pouvoir de négocier une permission. « *It deprives the claimants of the right to bargain as they wish for the grant of rights over their property* » (*ibidem*).

concernant des droits autres que le droit de propriété, est étrangère à la *common law*, qui la considère comme une particularité des pays de droit civil et n'y fait qu'un recours rare[1439].

667. La défense de la propriété en droit allemand. En droit allemand comme en droit français, le devoir de bonne foi ressort en droit allemand du droit contractuel :

> « Prestation de bonne foi : Le débiteur doit exécuter sa prestation comme l'exige la bonne foi (*nach Treu und Glauben*), en considération des usages du commerce. »[1440]

Ce principe tend à déborder son champ d'application initial et à atteindre la défense du droit de propriété, dont l'abus (*Missbrauch*) n'est pas permis[1441]. Elle peut également tomber sous le coup de l'interdiction des recours juridictionnels abusifs (*Schikaneverbot*) :

> « L'usage d'un droit n'est pas permis quand il a pour seul but de faire dommage à autrui. »[1442]

- Droit intellectuel

668. Le principe de proportionnalité. En droit intellectuel, en revanche, la directive communautaire CE 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle instaure un principe de proportionnalité des mesures de sanction et de réparation aux buts recherchés :

> « Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif. »[1443]
>
> « Lors de l'examen d'une demande de mesures correctives, il sera tenu compte du fait qu'il doit y avoir proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et les mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers. »[1444]

Comme nous venons de l'exposer, ce principe est étranger à la défense de la propriété de droit commun. Il ne suffit pas à introduire une interdiction générale d'abuser du droit intellectuel, car il s'impose aux législateurs et non pas aux titulaires. Il n'a d'ailleurs pas expressément pénétré le droit intellectuel français et anglais : seul le droit allemand l'a expressément transposé :

1439 Il peut notamment être fait recours à l'idée d'abus de droit pour limiter le pouvoir de *self-help*, pouvoir de repousser soi-même l'intrusion. *CA*, 11 mai 2006, *Desnousse v. London Burrough of Newham etc*., [2006] EWCA Civ 547, bibliographie, n° 477 : « *The taking of possession by self-help, for example when the occupiers are temporarily absent, is not, by and large, something which is encouraged under English law* » ; « *the Protection from Eviction Act itself embodies a general policy of English law in this respect, its original mischief having been the abuse of rights of self-help prevalent in the early 1960's* ».

1440 § 242 *BGB*.

1441 Par exemple, un tribunal a opposé à une action en restitution le devoir de bonne foi entre voisins résultant du § 242 *BGB*, qui devait imposer au demandeur de tolérer la voie de garage du défendeur. La décision de la Cour d'appel, confirmant celle du tribunal, n'a été cassée par le *BGH* que pour des raisons procédurales (*BGH*, 25 septembre 2008, V ZB 59/08, bibliographie, n° 461, § 10).

1442 § 226 *BGB*.

1443 Article 3, 2°.

1444 Article 10, 3°.

> « Les actions [en destruction, rappel et mise à l'écart] sont exclues, si les mesures, dans le cas particulier, sont disproportionnées (« *unverhältnismäßig* »). »[1445]

669. La contrefaçon à l'échelle commerciale. Il en est de même de l'aggravation de la sanction portée contre les « actes perpétrés à l'échelle commerciale », définis par la directive comme :

> « ceux qui sont perpétrés en vue d'obtenir un avantage économique direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes perpétrés par des consommateurs finaux de bonne foi »[1446].

La victime d'une contrefaçon faite à l'échelle commerciale doit avoir de plus puissants moyens de recueil des preuves, de réparation ou de prévention[1447] que la victime d'une contrefaçon faite sans but d'enrichissement par un consommateur de bonne foi.

Seul le droit allemand a fidèlement pris acte de cette différence de degré entre la contrefaçon faite à l'échelle commerciale et la contrefaçon faite par le consommateur de bonne foi[1448]. Le législateur français a préféré s'en tenir à sa conception unitaire de l'atteinte au droit de propriété et ne pas introduire dans la loi elle-même de nuance dans la gravité d'infraction, pour en laisser au juge l'appréciation[1449]. En droit anglais, les *Intellectual property (Enforcement etc.) Regulations*[1450] n'ont pas non plus repris cette distinction.

670. Conclusion. La sanction du droit de propriété est donc plus automatique que celle du droit intellectuel, où les exigences du commerce et les intérêts concurrents sont mieux considérés. Vu sous l'angle de son type d'opposabilité et des moyens de le faire respecter, le droit intellectuel est cependant bien un droit *in rem* : il s'impose à tous, sans relation personnelle préexistante et sa sanction tend à l'automaticité.

1445 § 98, 4° *UrhG* ; également § 43, 4° *GeschmMG* ; § 140, a, 4° *PatG* ; § 18, 3° *MarkenG*.

1446 Considérant 13 de la directive CE 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

1447 Directive CE 2004/48, articles 6, 2° (communication de documents bancaires, financiers ou commerciaux), 8, 1° (informations sur l'origine et les réseaux de distribution auprès de personnes autres que le contrefacteur) 9, 2° (saisie conservatoire pour garantir le recouvrement de dommages-intérêts).

1448 *Auskunftanspruch* (demande de renseignements), *Vorlage- und besichtigungsansprüche* (demande de présentation de documents), *Sicherung von Schadensersatzansprüchen* (sécurisation de demande de dommages-intérêts) : respectivement § 19 ; 19, a ; 19, b *MarkenG* ; § 46 ; 46, a ; 46, b *GeschmMG* ; § 140, b ; 140, c ; 140, d *PatG* ; § 101 (l'exigence s'applique aussi à la demande de renseignements auprès du contrefacteur direct), 101, a ; 101, b *UrhG*.

1449 Commission des lois du sénat : « condamner toutes les atteintes à la propriété intellectuelle, qu'elles aient été, ou non, commises à « l'échelle commerciale » » (annexe au procès-verbal de la séance du 26 juillet 2007, http://www.senat.fr/rap/l06-420/l06-4200.html).

1450 2006, n° 1028, lisible sur le site de l'*OPSI*, précité, bibliographie, n° 404.

Conclusion du chapitre 1

671. Droit opposable à tous, droit extensible, défini de définition compréhensive : à l'issue de ce chapitre, le droit de propriété se montre digne de la description de Blackstone[1451] et des promesses des romanistes[1452] relayées par les révolutionnaires français. Le droit intellectuel est manifestement issu du même moule. Ébauchée plus haut[1453], sa définition devient : *le seul droit direct et général d'opposabilité absolue sur le bien intellectuel*.

Cette description serait excessive si notre second chapitre ne lui apportait la nuance nécessaire. Le droit de propriété et le droit intellectuel connaissent tous deux des limites et l'étude des situations où ils défaillent constituera la définition négative du droit.

1451 « *That sole and despotic dominion...* » : Blackstone, *Commentaries*, précité, bibliographie, n° 130, p. 20. Citation complète faite plus haut, § 31.

1452 Voir le chapitre préliminaire de ce titre, § 13.

1453 Voir conclusion du titre précédent, § 468.

Chapitre 2

-

Définition négative du droit sur le bien

672. Définition négative du droit. Définis dans les seuls termes du chapitre précédent, le droit de propriété et le droit intellectuel seraient de trop formidables instruments de puissance privée. Nous avons vu au sujet de l'objet de droit[1454] que l'existence d'un domaine inappropriable participe par contraste à la définition du droit de propriété. Nous verrons ici que le droit lui-même, dans son contenu et non plus seulement par son objet, connaît des limites. Franchissons-les et étudions ce qui se trouve au-delà : cela constituera la définition négative du droit de propriété et du droit intellectuel.

673. Deux types de limites. Ces limites sont de deux sortes. Les premières sont des frontières au-delà desquelles le droit du titulaire perd les caractères essentiels du droit de propriété et n'en est donc plus un. Les secondes sont plus ambiguës : dans des situations où le droit devrait ou pourrait produire ses effets, on le voit contraint ou paralysé, voire anéanti.

674. Droit de propriété et droit intellectuel. Quelle image du droit donne la lecture de ses limites ? Le droit de propriété et le droit intellectuel suivent-ils encore, malgré de ponctuelles spécificités, de communs schémas ?

675. Plan. Toujours dans le souci de déceler ce qui rapproche ou éloigne le droit intellectuel du modèle de la propriété, nous rechercherons d'abord si tous les régimes de droit intellectuel suivent une logique de propriété. Nous serons ainsi conduits à explorer les confins de la propriété intellectuelle (section 1). Nous étudierons ensuite, pour déterminer leur rôle dans la définition du droit, les limitations du droit de propriété et du droit intellectuel (section 2).

[1454] Titre précédent, § 451 et s.

Section 1 : Les confins de la propriété intellectuelle

676. La logique d'attribution des biens. Le droit *in rem* obéit à une logique d'*attribution* des biens. Il faut entendre le terme « attribution » dans son sens large[1455], selon lequel le bien est lié par le droit à la personne. C'est notamment en ce sens que l'emploie le droit des biens allemand, qui se définit comme le droit de l'attribution des biens[1456].

677. Une frontière interne au droit intellectuel. Il existe en droit intellectuel une limite, une frontière au-delà de laquelle l'effet du droit est si réduit qu'il ne s'agit alors plus d'un droit de propriété. Cette frontière sépare les domaines respectifs du droit de l'attribution des biens et des autres branches du droit, qui prennent son relais mais ne peuvent créer de *droits directs sur des biens, opposables à tous et abstraitement définis*.

678. Plan. Par hypothèse, le droit de la propriété ne connaît pas lui-même de ces régimes : ils relèvent du droit de la responsabilité civile ou pénale. Dans la sphère élargie du droit intellectuel, il faut en revanche prendre la mesure du contraste entre la logique d'attribution de biens et la logique de responsabilité (A), pour situer, entre les deux, les droits intellectuels imparfaits (B).

A) Logique d'attribution des biens et logique de responsabilité

679. Définitions. La logique d'attribution des biens est celle qui anime le droit objectif lorsqu'il régit un droit subjectif direct sur une chose, abstraitement défini et extensible. C'est un droit sans débiteur actuel, valable en dehors des relations personnelles de créditeur à débiteur, mais il est opposable à tous en ce qu'il peut faire de tout tiers le débiteur d'une obligation de restitution ou de réparation. Par contraste, la logique de responsabilité est celle qui n'oblige un tiers envers le titulaire de droit qu'à raison d'une faute et établit entre les deux une relation personnelle.

1455 Dans une acception plus stricte, il signifierait « octroi » d'un droit sur le bien, par opposition à une vision plus naturaliste où le droit sur le bien serait « reconnu » par le droit mais lui préexisterait. Nous nous gardons d'éveiller ce débat, car le propos de cette section est plutôt d'opposer la logique d'attribution des biens aux autres logiques qui ne créent pas de lien direct d'une personne sur un bien.

1456 J. Wilhelm, *Sachenrecht*, précité, bibliographie, n° 80, p. 19 : le professeur Wilhelm définit « le droit des biens comme droit traitant de l'attribution absolue des biens » (« *das Sachenrecht als Recht betreffend die absolute Zuordnung [vor allem] von Sachen* »).

- **La logique d'attribution de biens**

680. Présentation. La logique d'attribution de biens anime la plupart des branches originelles du droit intellectuel. On y compte notamment le droit de l'auteur sur ses œuvres, le droit du créateur sur son dessin ou son modèle et le droit de l'inventeur sur son invention. Ils reconnaissent à leur titulaire un droit direct sur le bien intellectuel, un droit sans débiteur actuel, un droit dont le nombre de débiteurs potentiels est illimité[1457].

681. Le fait générateur du droit. Le droit d'auteur naît du seul fait individuel de la création. Les droits sur les modèles et sur les inventions se constituent en deux temps : de l'acte créatif ou inventif naît le droit à l'enregistrement, dont est à son tour issu le droit de propriété intellectuelle. En matière industrielle, l'acte intellectuel n'engendre qu'indirectement la propriété intellectuelle.

L'acte individuel à l'origine de ces trois régimes de droit intellectuel est créatif : il produit un nouveau bien intellectuel et lui donne sa valeur. L'acte intellectuel est la source de l'originalité de l'œuvre, de l'individualité du modèle, de l'inventivité de l'invention. Comme constaté précédemment[1458], il est donc à la fois la cause première, la mesure et la justification de la réservation des biens intellectuels, quantifiée par les conditions de protection.

682. L'attribution maximale. La réservation consiste en l'attribution maximale des utilités du bien intellectuel au titulaire du droit. *Maximal* ne doit pas être entendu comme *total* : certaines utilités du bien échappent au titulaire du droit, notamment du fait des exceptions dont il sera question en prochaine section. Il suffit que, grâce à une définition synthétique et abstraite, le droit intellectuel soit le seul pouvant prétendre à la généralité, qu'il soit « le plus compréhensif que l'ordre juridique permette sur ce bien »[1459].

- **La logique de responsabilité**

683. Présentation. Si la responsabilité civile peut sanctionner une atteinte à un droit de propriété[1460], cela ne constitue pas son champ d'application majeur. Elle a vocation, au contraire, à sanctionner tout comportement causant dommage à autrui, même s'il ne porte atteinte à aucun droit de propriété mobilière, immobilière ou intellectuelle – c'est là, en réalité, sa mission essentielle.

1457 Voir notamment *supra*, § 558 et s.

1458 Voir *supra*, § 173 et § 437.

1459 « *Das umfassendste Herrschaftsrecht, das die Rechtsordnung an einer Sache zuläßt* » (*BGH*, 9 mars 1989, *Friesenhaus*, précité, bibliographie, n° 457). Voir *supra*, § 576 et s.

1460 Voir *supra*, § 653 et s.

684. La concurrence déloyale. Parmi ces comportements dommageables comptent les actes de concurrence déloyale. La source de la responsabilité civile pour actes de concurrence déloyale varie entre les trois pays étudiés. Elle remonte, en France, aux articles 1382 et 1383 du Code civil, traitant de la responsabilité pour les dommages causés par le fait personnel. Elle se trouve, en Allemagne, dans la loi contre la concurrence déloyale[1461], qui, en son § 3, dispose que :

> « (1) Les actes de commerce déloyaux sont interdits s'ils sont de nature à porter sensiblement atteinte aux intérêts des concurrents, des consommateurs ou des autres acteurs du marché. »[1462]

Aucun *statute* anglais ne pose une telle interdiction, ni un tel principe de responsabilité. La *common law* elle-même n'y pourvoit que spécifiquement, par une série de délits (*torts*) spéciaux, dont le principal est celui de faire passer ses produits pour ceux d'un concurrent[1463] (délit de *passing off*).

685. La promiscuité avec la propriété intellectuelle. Ces mécanismes peuvent conduire à sanctionner l'usage déloyal de ce qui s'avère être par ailleurs un bien soumis à l'un des régimes du droit intellectuel[1464]. La loi allemande contre la concurrence déloyale fait d'ailleurs suivre le principe général d'interdiction des actes déloyaux d'une série d'exemples, dont certains frisent le domaine de la contrefaçon :

> « En particulier, agit déloyalement celui qui : (...) 9° offre des produits ou services qui imitent ceux d'un concurrent, s'il a) provoque une déception du client quant à l'origine des produits ou services, b) exploite ou porte atteinte, de manière inéquitable, à la bonne réputation des produits ou services imités, ou c) a déloyalement obtenu les savoir-faire ou équipements nécessaires à l'imitation… »[1465]

Si le droit de la concurrence déloyale constitue en France et en Allemagne une branche distincte de celle du droit intellectuel, les manuels de droit intellectuel anglais insistent sur

---

1461 *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (*UWG*), 3 juillet 2004, *Bundesgesetzblatt* (*BGBl*), janvier 2004, n° 32, p. 1414.

1462 « *(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen*. »

1463 F. Hennig-Bodewig, *Unfair competition law, European Union and member states*, Kluwer Law International, 2006, bibliographie, n° 124, p. 138.

1464 Voir, dernièrement : cass. com., 7 juillet 2009, n° de pourvoi 08-11.660. Un laboratoire pharmaceutique agissait en contrefaçon de la marque apposée à l'un de ses médicaments par un laboratoire pharmaceutique concurrent qui, ayant développé un générique du médicament, reproduisait la marque du médicament principal pour faire la publicité du générique. Il s'y ajoutait une action en concurrence déloyale fondée sur la faute d'usage déloyal de la marque dans une publicité comparative illicite et sur la diffusion d'informations entraînant un risque d'erreur chez les pharmaciens. La Cour de cassation a cassé l'arrêt ayant accueilli les deux demandes aux motifs que : « la publicité litigieuse citait la marque MOPRAL et donc le produit correspondant, ce qui suffisait à la rendre comparative et licite », et que « la cassation prononcée sur le premier moyen établira que la publicité réalisée par la société SANDOZ était licite ; qu'en se fondant sur son illicéité pour établir la concurrence déloyale, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ». Voir également P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, précité, bibliographie, n° 28, § 57, p. 68.

1465 § 4, 9° *UWG*.

leur filiation. Le droit des marques, notamment, est né du droit de la concurrence déloyale[1466]. L'étude du droit de la concurrence déloyale suit en général celle du droit des marques, dont il apparaît comme le mode de sanction le plus ancien, mais encore actuel :

> « *The oldest of the modern legal regimes for the protection of trade symbols is the action for passing off.* »[1467]

686. Distinction. Les champs d'application respectifs du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence déloyale sont pourtant distincts. Le droit de la concurrence déloyale ne saurait se substituer au droit intellectuel pour créer de nouveaux droits de propriété intellectuelle, ou pour prolonger ou élargir les droits intellectuels existants :

> « Aucune protection illimitée dans le temps contre toute imitation d'une innovation ne saurait être garantie par [la protection contre la concurrence déloyale]. Au contraire, une telle protection est limitée, en droit des brevets, des certificats d'utilité et des modèles à la durée légale. »[1468]

Une action en contrefaçon et une action en concurrence déloyale doivent donc se fonder sur des faits distincts[1469].

687. L'absence de bien. Les deux régimes de protection n'ont d'ailleurs pas le même objet. Alors que la propriété intellectuelle porte sur un bien, le droit de la concurrence déloyale n'a pas pour objet une chose, mais plutôt une cause : la loyauté de la concurrence. Il ne constitue donc pas un droit sur un bien, mais se dissout en facultés d'interdire des actes déloyaux et d'en percevoir une réparation par la voie des dommages-intérêts. Par l'action en *passing off*, par exemple, est protégée la fidélité de la clientèle au producteur ou commerçant demandeur, le *goodwill* :

> « *the « property » is in the goodwill or business of the claimant, and not in his mark, name or get-up...* »[1470]

688. La logique de responsabilité. Le droit de la concurrence déloyale et le droit intellectuel opèrent par ailleurs par des mécanismes différents. Tandis que le second met en

---

1466 Voir notamment C. Wadlow, *The law of passing off*, précité, bibliographie, n° 168, et L. Bently, *From communication to thing*, précité, bibliographie, n° 363.

1467 L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, précité, bibliographie, n° 136, p. 726. Egalement : W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 17-01 et s., p. 627 et s. (*Part V: Trade marks and names* » - « *Common law liability* »).

1468 *BGH*, 2 décembre 2004, I ZR 30/02, *Klemmbausteine III*, § II 4 a), bibliographie, n° 459.

1469 Cass. civ., 29 novembre 1960, *RTDCom.* 1961, p. 607 et s., note Desbois, bibliographie, n° 429. CA Lyon, 26 octobre 1989, *D.* 1992, somm. 313, bibliographie, n° 431 : « l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon procèdent de causes distinctes ». Voir également l'arrêt de la cour de cassation du 7 juillet 2009, précité, note 1464. Voir cependant, pour le tableau d'une réalité « plus contrastée » : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 39.

1470 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 17-29, p. 647. Voir également L. Bently et B. Sherman, *The law of intellectual property*, précité, bibliographie, n° 136, p. 729 : « *Goodwill is a form of intangible property that is easy to describe, but difficult to define. It is the ineffable thing, the magnetism that leads customers to return to the same business or buy the same brand.* »

œuvre une logique d'attribution des biens, le premier est un avatar de la logique générale de responsabilité civile. Cette filiation est claire en droit français (où l'action en concurrence déloyale et l'action en parasitisme découlent de l'article 1382 du Code civil[1471]) et en droit anglais (où le *passing off* est un *tort* de *common law*). Le droit allemand, en revanche, présente le droit de la concurrence déloyale comme une branche spéciale du droit[1472].

689. Un acte. Quoi qu'il en soit, il faut examiner son régime pour le comparer à celui de la propriété intellectuelle. Pour constituer un acte déloyal, il faut tout d'abord un acte dont la définition, en droits allemand[1473] et français[1474], est générale et en droit anglais, spéciale. Le droit anglais, en effet, ne connaît pas un *tort* général de concurrence déloyale, mais des *torts* particuliers, dont nous avons retenu le plus important : celui du *passing off*. Est constitutif du *passing off* un acte de fausse représentation (« *misrepresentation* »). Il peut s'agir d'usurper la marque ou d'autres signes de reconnaissance du concurrent, ou de fournir ses propres produits en réponse à une commande visant les produits du concurrent[1475].

En aucun cas, cet acte n'a l'objectivité de l'atteinte à un droit de propriété, puisque celle-ci est signalée par la simple intrusion dans les limites de l'exclusivité. Le droit de la concurrence déloyale ne connaît aucun droit exclusif, aucune zone appropriée, et l'infraction ne peut donc se signaler par le simple passage d'une frontière.

690. Une intention. L'intention frauduleuse du fautif n'est pas requise[1476]. Il est notable toutefois qu'en droit allemand, elle joue le même rôle dans l'octroi de dommages-intérêts qu'en cas d'atteinte à un droit de propriété ou à un droit intellectuel[1477] : des dommages-intérêts (*Schadensersatz*[1478]) et la restitution des profits (*Gewinnabschöpfung*[1479]) ne seront dus par l'auteur de l'infraction que s'il aura agi intentionnellement ou par négligence. À défaut de mauvaise foi, seule la cessation des actes déloyaux pourra être ordonnée[1480].

1471 A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, § 20, p. 19 : « Il y a bien une différence de nature entre la protection privative reconnue au titre du droit d'auteur et des droits voisins (…) et la protection qui peut résulter pour un créateur, un prestataire de services ou, plus généralement, un entrepreneur, de la mise en œuvre des techniques de responsabilité civile. La première relève des droits réels, la seconde des droits personnels ». L'auteur poursuit toutefois en montrant combien, dans la réalité jurisprudentielle, la frontière est poreuse, notamment du fait de la brèche ouverte par la sanction de la concurrence parasitaire.

1472 Voir *supra* § 684.

1473 « *Unlauter handelt…* » (§ 4 et 5 *UWG*). La liste d'actes donnée par le § 4 est une liste ouverte d'exemples (« *insbesondere* » : « en particulier »).

1474 « Tout fait quelconque de l'homme… » (article 1382 du Code civil).

1475 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 17-23, p. 642.

1476 W. R. Cornish, D. Llewelyn, *ibidem*, § 17-22, p. 641: « *Where a defendant is perpetrating the passing off personally, the fact that he does not realise it is no defence to the grant of an injunction.* »

1477 Voir *supra*, § 656 et 658.

1478 § 9 *UWG* : « qui commet intentionnellement ou par négligence un acte de concurrence déloyale interdit par le § 3 (…) s'oblige envers son concurrent à la réparation du dommage qui en résulte… ».

1479 § 10 *UWG*.

1480 § 8 *UWG*.

691. Un dommage. Le dommage est constitutif de l'acte de concurrence déloyale[1481]. Cette exigence est très atténuée, en droit français, par le fait qu'il est présumé à partir de l'acte lui-même[1482]. Il y a là une différence avec le régime de la responsabilité civile pour atteinte à un droit de propriété, où le dommage consiste en l'atteinte elle-même, où l'atteinte et le dommage sont consubstantiels.

692. L'insertion de régimes de responsabilité dans le droit intellectuel. Les droits issus d'une faute civile n'appartiennent au droit intellectuel que quand celui-ci est largement entendu[1483], notamment dans le Code français de la propriété intellectuelle et dans la convention de Stockholm instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle[1484]. La réservation de leur objet à leur titulaire n'est pas infaillible : le tiers n'est exclu du bien que si un certain niveau de gravité est atteint dans son comportement, si certains éléments constitutifs d'infraction sont réunis.

Entre ces deux logiques contrastées, comment faut-il situer le droit sur la marque et les nouveaux droits intellectuels ? Occupent-ils une zone grise intermédiaire ? Obéissent-ils au contraire à une logique propre ?

B) Une zone grise dans le droit intellectuel ?

693. Le droit sur les marques et les nouveaux droits intellectuels présentent chacun des particularités qui les éloignent du schéma de la propriété pure. Faut-il considérer qu'ils constituent une zone grise, une propriété intellectuelle imparfaite ?

- **Le droit sur les marques**

694. La spécificité du droit des marques. À côté du noyau des droits intellectuels originels, le droit sur la marque tient une place à part. Sa construction fut plus lente, plus

---

1481 § 3, 1° *UWG*. W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 17-29, p. 647 : « *He* [le demandeur] *has to show, if not actual injury, then at least some likelihood of injury that is more that mere imitation.* »

1482 Cass. com., 24 septembre 2001, *PIBD* 2001, III, p. 451, bibliographie, n° 435 : « il s'infère nécessairement, des actes déloyaux, l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral ».

1483 Un projet d'élaboration d'un code allemand de la propriété intellectuelle propose d'intégrer, à une « partie générale » préliminaire, une « clause générale » permettant aux juges de protéger au cas par cas l'investissement sur des biens immatériels n'accédant à aucun régime de protection. Voir à ce sujet H. J. Ahrens, « *Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?* » (« Avons-nous besoin d'un droit commun des droits de propriété intellectuelle ? »), *GRUR* 2006, p. 617-624, bibliographie, n° 331. « Ainsi, serait allégée, en faveur de la liberté générale, la pression constante faite sur le législateur pour l'extension des droits de propriété intellectuelle » (p. 624). L'auteur ajoute que les § 4, 9° et 17 *UWG* (sur la protection des secrets de fabrique) relèveraient également d'un telle partie générale (p. 621).

1484 Article 2 de la convention signée à Stockohlm le 14 juillet 1967.

progressive et plus empirique que celle des droits sur les œuvres, les modèles et les inventions. Le référent de la propriété s'y ancra néanmoins assez tôt et de plus en plus fermement, indifférent à la crise qu'il subissait dans les autres branches du droit intellectuel. Il ne respecte pourtant pas parfaitement le modèle du droit exclusif complet sur un bien.

695. L'absence d'acte créatif. Le droit sur la marque est le seul des droits intellectuels originels à ne pas être fondé sur un acte créatif[1485]. À supposer qu'un signe soit le résultat d'un acte créatif et qu'il puisse par ailleurs être protégé comme œuvre de l'esprit par le droit d'auteur, cette créativité demeure indifférente au régime du droit de marque, qui se fonde sur la distinctivité. L'acte intellectuel générateur de protection, en droit des marques, est l'association du signe à des produits ou services. Il est tout à fait indifférent à la protection que le titulaire du droit sur la marque ait lui-même créé ce signe et ces produits ou services : il s'en saisit simplement pour les combiner ; il est même indifférent que le titulaire du droit ait accompli lui-même cette association[1486].

696. Une réservation partielle. La marque est par ailleurs le seul bien intellectuel dont les utilités ne sont réservées à son titulaire que de manière limitée : dans la mesure où le bien (la marque) est utilisé dans la vie des affaires[1487]. Le droit sur la marque est synthétiquement défini[1488], mais ne s'applique à son objet que dans une mesure restreinte. Alors que l'usage non autorisé d'une œuvre ou d'une invention est illicite sans restriction, celui d'une marque ne l'est que dans le cours des affaires.

697. L'intervention du risque de confusion. Il est enfin le seul à faire intervenir, dans l'appréciation de la contrefaçon, le risque de confusion[1489]. L'effet de l'infraction est l'un des éléments constitutifs de celle-ci : ce mode de définition est étranger à l'infraction au droit de propriété.

698. La propriété de la marque. Peut-on, malgré ces imperfections, persévérer dans la qualification propriétaire du droit sur la marque ? Ce droit est un droit direct sur la marque ; en ce sens, c'est bien un droit *in rem*. En outre, les utilisations de la marque qui lui échappent ne sont pas attribuées à autrui, mais ouvertes au libre usage de tous. Le droit sur la marque est bien le droit le plus général que l'ordre juridique reconnaisse sur un signe distinctif.

1485 *Contra* : M. Vivant, *Les créations immatérielles et le droit*, précité, bibliographie, n° 68, p. 97.

1486 Contrairement aux actions en revendication de brevet ou de dessins et modèles existant en droit français (voir *supra*, § 650), l'action en revendication de marque profite à celui qui en faisant un usage antérieur, et non pas à celui qui est à l'origine de la combinaison du signe et des produits (article L. 712-6 CPI).

1487 Sur cette restriction à la vie des affaires, voir *infra*, § 724 et s.

1488 Voir chapitre précédent, § 596.

1489 Confusion des signes et confusion des produits. Ce risque est exigé pour reconnaître constituée la contrefaçon, si les signes ou les produits ne sont pas identiques, mais seulement similaires : article L. 713-3 CPI ; § 14, 2° *MarkenG* ; section 10, 2° *TMA* précités § 725-726.

- **Les nouveaux droits de propriété intellectuelle**

699. Présentation. Plus variés, plus restreints, reconnus casuistiquement sur des biens plus précisément déterminés, de nouveaux droits de propriété intellectuelle sont apparus au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. La plupart sont nés au niveau international et ont été transposés dans les droits nationaux. Il s'agit des droits dits voisins du droit d'auteur, des droits sur les topographies des produits semi-conducteurs, sur les obtentions végétales, sur les appellations d'origine.

Les droits voisins du droit d'auteur se démultiplient eux-mêmes entre les droits des artistes-interprètes, des producteurs de bases de données, des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes, des entrepreneurs de communication audiovisuelle ou sonore… Le droit allemand y inclut le droit des éditeurs de certains ouvrages[1490] et des auteurs de photographies non protégées par le droit d'auteur[1491]. Le droit anglais ne distingue pas entre *copyright* et droits voisins : outre les œuvres au sens français et allemand, sont des *works*, soumises au *copyright*, les enregistrements sonores et visuels, les typographies éditoriales…[1492]

Ces droits nouveaux ne présentent pas tous les critères du droit de propriété : le bien qui en fait l'objet n'a pas toujours d'existence autonome, leur opposabilité n'est pas toujours absolue, leur définition n'est pas toujours synthétique et leur sanction n'est pas toujours automatique.

700. Un objet autonome ? La plupart de ces nouveaux droits ont un objet identifiable et autonome. Le droit du producteur d'un phonogramme ou d'un vidéogramme a pour objet une séquence de sons ou d'images non protégée par le droit d'auteur ; celui du producteur d'une base de données, les données présentées dans la base ; celui de l'éditeur d'un ouvrage regroupant des textes scientifiques non protégés par le droit d'auteur, l'ensemble de ces textes et l'appareil éditorial qui l'accompagne…

Dans chaque cas, le bien résulte d'un acte immatériel lui donnant sa valeur. Dans le cas des éditions scientifiques[1493], par exemple, cet acte est intellectuel, comme dans le cas des œuvres protégées par droit d'auteur, des modèles, des inventions. Dans le cas des

---

1490 § 70 *UrhG* : « Les éditions de textes et œuvres non protégées par droit d'auteur sont protégées par application analogue de la partie 1 [droit d'auteur], quand elles sont le résultat d'une activité de recherche scientifique et qu'elles se distinguent sensiblement des éditions déjà connues. » § 71 : « Celui qui publie ou divulgue, pour la première fois et de manière licite, une œuvre sur laquelle le droit d'auteur est éteint, a le droit exclusif d'exploiter l'œuvre. »

1491 § 72 *UrhG* : « Les photographies et autres produits obtenus comme la photographie sont protégées par l'application par analogie des dispositions concernant les photographies de la partie 1 [droit d'auteur]. »

1492 *CDPA*, sections 3 et s.

1493 § 70 *UrhG* précité : « résultat d'une activité scientifique de recherche… »

vidéogrammes ou phonogrammes, il consiste en la prise de « l'initiative et de la responsabilité »[1494] de la fixation de la séquence, en une prestation « technique et organisationnelle »[1495] qui peut encore être considérée comme intellectuelle.

Les indications géographiques ne correspondent pas exactement à ce schéma. Comme la marque, elles consistent en l'association d'un signe à des produits. Mais cette association qui, dans le cas d'une marque, est le résultat d'un libre choix du titulaire est, dans celui des indications d'origine, dictée par la rigueur de la géographie. Les produits revêtant l'indication géographique doivent en outre présenter les qualités déterminées par la puissance publique[1496]. Le signe et sa protection ne sont donc pas le résultat d'un acte individuel et de son enregistrement, mais d'un acte public d'appréciation des qualités particulières données par leur origine aux produits qui en portent l'indication.

L'objet du droit de l'artiste-interprète ne présente pas non plus la même autonomie. Il résulte, certes, d'une prestation artistique, mais celle-ci a elle-même pour objet une œuvre préexistante[1497]. Deux droits intellectuels se cumulent donc sur une œuvre exécutée par un artiste-interprète : le droit d'auteur du concepteur de l'œuvre et le droit voisin de l'artiste-interprète ; l'objet du second est greffé sur celui du premier.

701. Une opposabilité absolue ? Cet étroit voisinage ne peut que générer la rivalité. Le *statute* anglais dispose, dans sa partie consacrée aux droits des artistes-interprètes[1498], que :

> « *The rights conferred by this Part are independent of (a) any copyright in, or moral rights relating to, any work performed or any film or sound recording of, or broadcast including the performance, and (b) any other right or obligation arising otherwise than under this Part.* »[1499]

On reconnaît là le postulat égalitaire du droit anglais, qui ne distingue pas un droit principal et des droits voisins, mais rassemble, sous le vaste concept de *work*[1500], tout le champ d'application du *statute*.

1494 Article L. 213-1 CPI.

1495 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 813, p. 292 (« *organisatorisch-technische* »).

1496 Article L. 115-2 du Code de la consommation : « À défaut de décision judiciaire définitive rendue sur le fond en application des articles L. 115-8 à L. 115-15, un décret en Conseil d'État peut délimiter l'aire géographique de production et déterminer les qualités ou caractères d'un produit portant une appellation d'origine en se fondant sur des usages locaux, loyaux et constants. » § 127, 2° *MarkenG* : « Si les produits ou services portant une indication d'origine géographique présentent des caractères ou une qualité particuliers, l'indication d'origine géographique ne peut être utilisée, dans le commerce juridique, pour les produits et services correspondants, s'ils présentent ces caractères ou qualités. »

1497 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 776, p. 281 : « les pures prestations se consacrent seulement à une œuvre intellectuelle préexistante ». A. et H.-J. Lucas, *Traité* …, précité, bibliographie, n° 39, § 995 : « Il va de soi que la protection reconnue au titre des droits voisins ne peut bénéficier qu'à l'interprétation d'une œuvre de l'esprit au sens de l'article L. 112-2, faute de quoi le « voisinage » avec le droit d'auteur n'aurait aucune raison d'être. »

1498 *CDPA*, partie 2 : « *rights in performances* », sections 180 et s.

1499 *CDPA*, section 180, 4°. Cette disposition ne concerne que les droits des artistes-interprètes.

Le droit français ne se contente pas de déclarer le droit d'auteur et les droits voisins indépendants, mais pose une véritable règle de conflit :

> « Les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne peut être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires. »[1501]

Cette disposition, qui semble indiquer que les droits voisins français ne seraient donc pas opposables aux titulaires de droit d'auteur, ne vise pourtant qu'à déclarer l'indépendance des deux droits : les droits voisins ne portent pas atteinte au droit d'auteur et inversement[1502]. En deux[1503] formulations qui semblent se contredire, le droit anglais et le droit français expriment le même principe[1504].

Cette problématique de droits secondaires n'existe que dans le domaine littéraire et artistique : les champs d'application respectifs des droits sur les obtentions végétales, sur les topographies de produits semi-conducteurs et sur les appellations d'origine contrôlée ne recoupent ni celui du brevet, ni celui du droit sur les modèles, ni celui de la marque mais ont un objet propre.

702. Une définition synthétique ? Les nouveaux droits intellectuels ne sont pas tous établis selon une définition abstraite et synthétique.

Certes, le *copyright* anglais se singularise ici, comme au point précédent, en s'appliquant indistinctement à tous les objets de son champ d'application. Sauf pour la durée[1505], les *acts restricted by copyright*[1506] ne varient pas selon qu'ils portent, par exemple, sur une œuvre littéraire, une base de données ou une séquence de sons.

Le droit des artistes-interprètes s'en distingue cependant dans une partie spéciale. Il en est de même dans la loi allemande où, alors que le droit sur certaines éditions ou sur des photographies non originales est défini par renvoi au droit d'auteur[1507], le droit des artistes-interprètes repose sur des dispositions propres[1508].

1500 *CDPA*, sections 3 à 8.
1501 Article L. 211-1 CPI.
1502 A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 39, § 991, p. 698.
1503 La loi allemande ne dit rien des rapports entre droit d'auteur et droits voisins.
1504 Ce principe découle d'ailleurs de l'article 1er de la convention de Rome sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961.
1505 *CDPA*, section 12 à 15A.
1506 *CDPA*, section 16 et s.
1507 *UrhG*, § 70 et 72.
1508 *UrhG*, § 73 à 83.

Les droits des artistes-interprètes, dans la loi allemande et dans le *statute* anglais, sont définis analytiquement. Si le *CDPA* les nomme des « *property rights* »[1509], ce n'est que dans le sens anglais de l'expression, qui signifie « droit *in rem* ». Ils n'en sont pas moins limitativement énumérés et ne sont rassemblés sous aucune définition synthétique. Il en est de même en droit allemand, où les droits de l'artiste-interprète se distinguent du droit d'auteur par leur définition analytique et restrictive[1510].

703. L'automaticité de la sanction ? Les sanctions sont en principe les mêmes que celles dont jouissent les droits sur les œuvres, les inventions, les modèles et les marques. Le droit anglais précise, comme à son habitude, qu'une infraction au droit des artistes-interprètes met en action les mêmes mesures que celle de tout autre *property right*[1511].

L'usage indu d'une indication géographique, néanmoins, n'est pas automatiquement sanctionné : il faut, en droit français, que le demandeur à l'action ait subi de ce fait un préjudice direct ou indirect[1512] ou, en droit allemand, que cet usage ait créé un risque de confusion[1513].

Dans le cas d'une base de données, seules seront poursuivies l'extraction ou la réutilisation de « la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle » de celle-ci[1514]. Comment doit-on entendre une telle exigence : est-ce à la fois, comme

---

1509 CDPA, section 191A : « *1° The following rights conferred by this Part on a performer : reproduction right (section 182A), distribution right (section 182B), rental right and lending right (section 182C), making available right (section 182CA), are property rights (« a performer's property rights »).* » Nous soulignons.

1510 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 790, p. 286 : « La loi prévoit, comme prérogatives d'exploitation économique de l'artiste-interprète, certains droits d'exploitation directe et indirecte, et certaines actions en indemnisation. Elles sont limitativement énumérées, et, à la différence du droit d'auteur, ne peuvent donc être *de lege lata* étendues sur le fondement d'un droit d'exploitation général. »

1511 CDPA, section 191I : « *in an action for infringement of a performer's property rights all such relief by way of damages, injunctions, accounts or otherwise is available to the plaintiff as is available in respect of the infringement of any other property right* ». Nous soulignons. La déclaration est la même que celle vue au § 653 pour les autres droits intellectuels.

1512 Article L. 115-8 du Code de la consommation : « Toute personne qui prétendra qu'une appellation d'origine est appliquée, à son préjudice direct ou indirect et contre son droit, à un produit naturel ou fabriqué, contrairement à l'origine de ce produit, aura une action en justice pour faire interdire l'usage de cette appellation. » Nous soulignons.

1513 § 127 *MarkenG* : « 1) Les indications d'origine géographique ne peuvent pas être utilisées, dans le commerce juridique, pour marquer des produits qui ne sont pas originaires de la région désignée, si un risque de confusion découle de l'usage de tels noms, indications et signes pour des produitsd'une autre origine. » Nous soulignons.

1514 La *Copyright and rights in databases regulations* de 1997 (section 16) reprend les termes de la directive CE 96/9 concernant la protection juridique des bases de données, ainsi que le fait l'article L. 342-1 du CPI. Le droit allemand s'en distingue en reprenant les termes usuels de reproduction, distribution, communication au public (§ 87b *UrhG*).

l'originalité en droit d'auteur, une condition d'accès à la protection et un instrument de mesure du bien protégé[1515] ?

Il s'agit plutôt d'un seuil de gravité de l'atteinte, d'un seuil de tolérance à l'intrusion en deçà duquel la protection se refuse. Alors que la reprise d'éléments, même minimes, porteurs de l'originalité d'une œuvre protégée par droit d'auteur est constitutive d'une contrefaçon, la reprise d'une partie non-substantielle d'une base de données ne l'est pas. Même si elle est le produit direct de l'investissement qui ouvre l'accès à la protection, cette partie non-substantielle peut être librement reprise. Pour le droit *sui generis* portant sur les bases de données, la condition d'accès à la protection (l'investissement substantiel) et le critère de l'étendue de la protection (le caractère quantitativement ou qualitativement substantiel de la partie extraite) ne se confondent pas. Certaines extractions touchant pourtant des éléments protégés ne seront pas constitutives de contrefaçon.

704. Conclusion. De façon plus ou moins parfaite, le droit sur la marque et les nouveaux droits de propriété intellectuelle fonctionnent par réservation exclusive d'un bien à leur titulaire. Bien que de manière parfois incomplète, ils reposent sur la logique d'attribution de biens qui anime la propriété intellectuelle. La logique de responsabilité n'y tient aucune place. Ils ne constituent donc pas une zone intermédiaire entre les deux, mais font véritablement partie de la propriété intellectuelle.

La frontière est ainsi tracée, en droit intellectuel, entre ce qui constitue un *droit direct sur le bien intellectuel, d'opposabilité absolue et de définition abstraite*, et ce qui relève des régimes de responsabilité.

Il faut maintenant se concentrer sur ce droit direct sur le bien et chercher ses limites.

[1515] En droit d'auteur, ne sera constitutive de contrefaçon que la reprise d'éléments porteurs de l'originalité de l'œuvre : voir *supra*, § 440-443.

Section 2 : Les limitations du droit

705. Les limitations du droit de propriété et du droit intellectuel. Le droit de propriété, certes, est le « droit de jouir des choses de la manière la plus absolue »[1516], « d'en disposer à son gré »[1517]. Mais il ne faut pas oublier qu'ainsi citées, ces définitions sont tronquées. Il leur manque les restrictions des lois et règlements[1518] ainsi que des droits des tiers[1519] : expressions apparemment synthétiques qui, cependant, ne recouvrent que des situations ponctuelles, pour la plupart énumérées en dehors du droit des biens lui-même et fort peu étudiées dans les manuels d'enseignement[1520].

La régulation de ses limitations, à l'inverse, est intégrée au droit intellectuel : des prescriptions spéciales, voire des chapitres propres[1521] lui sont toujours dédiés.

706. Limitations du droit et qualification de propriété. Cette différence dans l'organisation des textes indique-t-elle une différence structurelle entre droit de propriété et droit intellectuel ? Ces limitations sont-elles compatibles avec l'idée d'appropriation du bien intellectuel ; la qualification de propriété en est-elle affectée au point de devoir être abandonnée ?

707. Plan. Nos développements concerneront en premier lieu (mais pas uniquement) le droit intellectuel. Nous caractériserons le mode opératoire des limitations imposées au droit (A), puis en dégagerons les justifications et la portée (B).

1516 Article 544 du Code civil.

1517 § 903 *BGB*.

1518 « … pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements » (article 544 du Code civil). « La formule n'est-elle pas hypocrite, voire contradictoire ? Ne reprend-on pas, d'une main, ce que l'on a, de l'autre, attribué ? » (F. Terré, Ph. Simler, *Les* biens, précité, bibliographie, n° 21, § 142, p. 136).

1519 « … pourvu qu'il n'enfreigne ni la loi, ni les droits des tiers » (§ 903 *BGB*).

1520 Le manuel des professeurs Malaurie et Aynès, notamment, introduit l'étude du droit de propriété par la déclaration que « ce droit ne connaît pas de limite ; seul son usage peut être restreint par la loi » ; l'étude du droit consiste exclusivement en la présentation des prérogatives du propriétaire puis des caractères du droit (Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 3ème éd., Defrénois, 2007, bibliographie, n° 15, § 431, p. 117). Celui du professeur Strickler, en revanche, décrit la propriété comme « un droit civil, mais un droit social » ; il s'ensuit une revue rapide des limites tenant à l'intérêt général et de celles tenant à l'intérêt privé (Y. Strickler, *Les biens*, 1ère éd., PUF, 2006, bibliographie, n° 22, p. 304 et s.). Les limites de la propriété sont plus présentes dans les manuels allemands : W. Brehm et Ch. Berger, *Sachenrecht*, 2ème éd., Mohr Siebeck, 2006, bibliographie, n° 74, p. 84 et s. (« limites de droit privé de la propriété et droit du voisinage ») ; J. Wilhelm, *Sachenrecht*, De Gruyter, 2007, bibliographie, n° 80, p. 299 et s. (« contenu et limites de la propriété en droit civil »).

1521 CDPA, partie I, chapitre III : *« Acts permitted in relation to copyright works »* ; *UrhG*, partie I, section 6 : « *Schranken des Urheberrechts* ».

A) Le mode opératoire des limitations du droit

708. En quoi consistent les limitations parsemant les textes de droit intellectuel ? Nous examinerons ici leur mode opératoire, pour apprécier dans quelle mesure elles font entorse au droit de propriété.

709. Les indices textuels anglais. Recueillons, pour commencer, les indices donnés par les textes. Sans ambages, le *CDPA* anglais présente les limitations du *copyright* comme les :

> « *acts which may be done in relation to copyright works notwithstanding the subsistence of copyright* »[1522].

Ces actes ne sont donc permis qu'à la faveur d'une paralysie ponctuelle du *copyright*, qui existe bel et bien, mais dont l'effet se trouve enrayé par une sorte d'amnistie légale *a priori*. De même, dans le *Patents Act*, un acte permis malgré l'existence d'un brevet est ainsi défini :

> « *an act which, apart from this subsection, would constitute an infringement of a patent for an invention* »[1523].

Sans la grâce légale, l'acte en question constituerait une contrefaçon.

710. L'imprécision allemande et française. Les textes allemands et français sont moins clairs : il y est disposé que tel acte « est permis »[1524], que le titulaire du droit « ne peut interdire »[1525] cet acte, ou même que ses droits « ne s'étendent pas à »[1526] cet acte. On ne peut en déduire si l'acte est permis par grâce légale ou s'il l'est tout simplement parce que le droit, par définition, ne l'atteint pas. La dernière formulation paraît même indiquer que sur cet acte n'existe aucune prérogative du titulaire de droit intellectuel.

711. « Exceptions ». Certes, les juristes français parlent d'« exceptions » au droit, mais ils sont les seuls à le faire : en droit anglais et allemand, il s'agit respectivement d'« *acts permitted* »[1527] et de « limitations »[1528]. Le terme, en outre, n'apparaît pas dans le Code de la propriété intellectuelle lui-même.

1522 *CDPA*, section 28 ; nous soulignons.
1523 *PA*, section 60, 5°. Moins explicites, le *TMA* et le *RDA* emploient l'expression : « *is not infringed* » (*RDA*, sect. 7A ; *TMA*, sect. 11).
1524 § 44a et suivants *UrhG* : « *zulässig ist/sind…* ».
1525 Article L. 122-5 CPI.
1526 Article L. 613-5 CPI. § 11 *PatG* : « *erstreckt sich nicht auf…* ».
1527 *CDPA*, partie I, chapitre III.
1528 *UrhG*, partie I, section 6, et *MarkenG*, partie II, section 4 : « *Schranken* ». *GeschmMG*, section 40 : « *Beschränkungen* ».

712. Typologie. Il faut donc distinguer les situations de paralysie du droit intellectuel des situations où le droit intellectuel n'existe pas. S'y ajoutent les cas de perte du droit, c'est-à-dire d'expropriation, et les licences forcées.

- **L'inexistence du droit**

713. Certaines limitations peuvent n'être que la face opposée de la définition positive du droit, la confirmation par la négative de ce que le droit intellectuel n'est pas.

714. La propriété du bien et l'exploitation de son image. Une illustration s'en présente dans l'examen du droit du propriétaire sur l'image de son bien. Le propriétaire peut-il s'opposer à la prise d'images de son bien ? Un tiers peut-il au contraire peindre ou photographier un bien privé sans que le propriétaire puisse s'y opposer ?

715. L'image du bien en droit anglais. La Cour de justice anglaise trancha en 1977[1529] un litige entre une société commercialisant des prises de vues aériennes de propriétés privées au propriétaire de l'une de ces propriétés. Celui-ci se plaignait d'une intrusion dans sa propriété privée et d'une atteinte à son intimité[1530]. Les juges ont distingué l'infraction au droit de propriété de l'intrusion dans la vie privée. L'acte de photographie, selon eux, ne relevait que de la seconde et ne présentait pas, en l'espèce, la gravité suffisante pour donner lieu à une action[1531]. Quant à l'infraction au droit de propriété, elle ne pouvait consister que dans l'intrusion dans l'espace aérien surplombant le terrain. À ce sujet, les juges ont considéré que l'adage latin[1532] laissant s'élever le droit de propriété « jusqu'au ciel » ne pouvait être appliqué à la lettre[1533] ; en l'espèce, aucun *trespass* ne devait donc être retenu. La propriété du terrain ne contenait donc pas de droit sur l'image de celui-ci.

716. L'image du bien en droit allemand. Douze ans plus tard, la cour de cassation allemande se prononçait sur la question du droit du propriétaire sur l'image de son bien. Une maison frisonne datant de 1740 avait été utilisée par une commerçante pour orner une publicité. Le propriétaire n'avait pas été consulté et s'est plaint d'une atteinte à son droit de propriété ainsi que de l'impression vénale que cette publicité donnait de lui à ses

---

1529 *HCJ* (*Queen's bench division*), 9 février 1977, *Bernstein v Skyviews & General Ltd*, [1977] EWHC QB 1, bibliographie, n° 473.

1530 « *He claimed they trespassed and committed an actionable invasion of his right to privacy* » (même décision, § 1).

1531 Même décision, § 7.

1532 « *Cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad inferos* ».

1533 « *If the latin maxim were applied literally it would lead to the absurdity of trespass being committed every time a satellite passed over a suburban garden. The problem in this case was to balance the rights of a landowner to enjoy the use of his land against the rights of the general public to take advantage of all that science now offered in the use of airspace* » (même décision, § 4).

connaissances[1534]. Les juges du fond ont rejeté sa demande et la Cour fédérale de justice les a approuvés. Certes :

> « la propriété doit être comprise comme le droit de souveraineté le plus complet que permet l'ordre juridique »[1535],

mais :

> « l'acte matériel de photographie laisse intacts les pouvoirs de droit du propriétaire »[1536] et « l'exploitation économique de représentations du bien privé ne doit pas être rattachée au droit de propriété comme un droit exclusif à part entière. Elle ne porte atteinte ni au pouvoir de fait, ni au pouvoir de droit du propriétaire »[1537].

Avant de parvenir à cette solution, la Cour a donc pris le soin de rappeler que le droit de propriété est un droit total et compréhensif. Sa décision ne revient pas à en soustraire le droit d'exploiter l'image du bien, mais plutôt à reconnaître simplement que celui-ci est en dehors du droit de propriété. Le propriétaire ne peut interdire l'exploitation par un tiers de l'image prise de son bien d'un lieu accessible au public ; il ne peut, pour s'y opposer, que soustraire son bien à la vue du public. La possibilité, pour les tiers, d'exploiter l'image du bien d'autrui ne se fonde pas sur une dérogation au droit de propriété, mais sur l'inexistence de celui-ci dès que l'image a été prise licitement d'un lieu accessible au public.

717. L'image du bien en droit français. La Cour de cassation française se heurta à la même question dix ans plus tard et a commencé par estimer que :

> « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit »,

que :

> « l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »[1538].

Le droit d'exploiter (économiquement) l'image du bien faisait donc partie du droit de propriété tel que défini en larges termes par le Code civil. Cette solution était fidèle à la conception synthétique et extensive de la propriété[1539]. Son orthodoxie n'a pas suffi à la

---

1534 *BGH*, 9 mars 1989, *Friesenhaus*, *NJW* 1989, cahier 36, p. 2251 – 2253, précité, bibliographie, n° 457 : « *die Beklagte habe mit der gewerblichen Verwertung der Abbildung seines Hauses sein Eigentumsrecht verletzt » ; er « fühle sich daher in seinem Ansehen und seinem Ehrempfinden verletzt* ».

1535 « *…, daß das Eigentum als das umfassendste Herrschaftsrecht zu begreifen ist, das die Rechtsordnung an einer Sache zuläßt* » (même décision).

1536 « *…, daß der Fotografiervorgang als Realakt die Verfügungsbefugnis des Eigentümers unberührt läßt* » (même décision).

1537 « *Die gewerbliche Verwertung von Abbildungen der eigenen Sache ist (…) nicht als selbständiges Ausschließlichkeitsrecht dem Eigentum zuzuordnen. Sie berührt weder die rechtliche noch die tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers.* » (même décision).

1538 Cass. 1ère civ., 10 mars 1999, affaire dite *Café Gondrée*, *RTDCiv.* 1999, p. 859-868, obs. F. Zénati ; H. Périnet-Marquet, « Droits du propriétaire sur l'image de son bien », *D.* 1999, p. 1877-78 ; *JCP G* 1999, jur. 10 078, comm. P.-Y. Gautier, bibliographie, n° 432.

1539 F. Zénati, obs. sous cass. 1ère civ., 10 mars 1999, affaire dite *Café Gondrée*, précité, bibliographie, n° 432, à la p. 860-861 : « Le droit sur l'image de la chose est une conséquence de l'exclusivité qui constitue

rendre intangible et elle s'est progressivement affinée[1540], jusqu'à ce que la même Cour, en assemblée plénière, déclarât que :

> « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal… »[1541].

Par cet attendu, la Cour de cassation a soustrait à l'emprise supposée illimitée du propriétaire sur son bien l'une de ses modalités : l'exploitation de l'image du bien. Le droit de propriété n'a plus pour effet la réservation à son titulaire de toutes les utilités imaginables du bien ? Il lui en échappe au moins une[1542].

En droits anglais, allemand et français, la propriété d'un bien ne comprend donc pas la propriété de son image.

718. Les représentations publique et privée d'une œuvre. En matière intellectuelle, un cas d'inexistence du droit se manifeste dans la définition du droit de représentation d'une œuvre, où sont opposés actes publics et actes privés. Cette prérogative est similairement définie en droits allemand, anglais et français :

- « 1) Le droit d'exécution est le droit d'offrir à entendre publiquement une œuvre orale par représentation personnelle. 2) Le droit de représentation est le droit de donner à entendre

---

l'essence de la propriété. » L'auteur remarque cependant que « la Cour de cassation rattache le droit d'opposition du propriétaire et le droit d'exploitation qui le fonde au droit de jouissance », « ce qui implique que l'acte susceptible d'interdiction soit commercial ou, à tout le moins, professionnel ». De même, le professeur Périnet-Marquet juge la solution à la fois cohérente avec la définition du droit de propriété et équilibrée face à « la liberté individuelle des passants et des tiers » (« Droits du propriétaire sur l'image de son bien », *D.* 1999, p. 1877-78, bibliographie, n° 432).

1540 Cass. 1ère civ., 2 mai 2001, bibliographie, n° 433 : « attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (nous soulignons). Cet arrêt satisfit aussi bien les détracteurs de la solution de 1999 (*JCP G* 2001, II, 10 553, obs. C. Caron, bibliographie, n° 433), que ses défenseurs (*RTDCiv.* 2001, p. 618-626, obs. Th. Revet, bibliographie, n° 433). Ce dernier décrit ainsi l'équilibre trouvé : « La liberté de créer, les « droits » à la culture et à l'information, commandent de reconnaître à tout un chacun des pouvoirs de fait sur divers usages de l'image du bien d'autrui (…). Ces pouvoirs de fait ne consistent pas en des droits réels dont la concession serait légalement imposée au propriétaire du bien. Ils résultent seulement des restrictions apportées au droit de propriété, au nom des libertés et autres « droits » sociaux fondant l'accès des tiers à certains usages de l'image des biens. » (p. 618).

1541 Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie*, références en note suivante.

1542 Th. Revet, *RTDCiv.* 2004, p. 528- 533, à la p. 531, bibliographie, n° 440 : « affirmer, comme le fait l'Assemblée plénière, que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci », réalise un morcellement du droit de propriété et de la chose qui en est l'objet », alors que « le droit de propriété est constitutionnellement indivisible ». Ch. Atias, « Les biens en propre et en figuré », *D.* 2004, p. 1459-61, bibliographie, n° 298, à la p. 1460 : « Méconnaissant l'article 544 du Code civil, sa méthode et son esprit, elle [la Cour de cassation] dénature « la constitution de la propriété » et procède à une destitution, à une expropriation pour cause d'utilité privée. » Le professeur Périnet-Marquet constate également que le droit du propriétaire reposant sur un dommage subi personnellement par lui (et non pas par sa propriété), « la question n'est donc désormais abordée qu'uniquement sous l'angle des droits personnels » (*JCP G* 2004, I, 171, obs. H. Périnet-Marquet, bibliographie, n° 440). A l'inverse, le professeur Caron se réjouit qu'il soit « possible d'entonner le *requiem* de ce droit qui n'aura été qu'une parenthèse dans l'histoire du droit de propriété » (*JCP G* 2004, II, 10 085, obs. C. Caron, bibliographie, n° 440, à la p. 1008).

publiquement une œuvre musicale par représentation personnelle, ou de représenter publiquement une œuvre sur scène. (...) 4) Le droit d'exposition est le droit de rendre publiquement visible ou audible, par des moyens techniques, une œuvre d'art, une œuvre photographique, cinématographique, ou une présentation scientifique ou technique... »[1543]

- « *1) The performance of the work in public is an act restricted by the copyright in a literary, dramatic or musical work.* » « *The playing or showing of the work in public is an act restricted by the copyright in a sound recording, film or broadcast.* »[1544]
- « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque… »[1545].

La publicité est un élément constitutif de l'acte de représentation d'une œuvre.

719. La nécessité d'une exception pour représentation privée ? C'est pourquoi, sans doute, la loi allemande n'a pas institué de limitation en faveur des actes de représentation privée : les actes soumis par le § 19 *UrhG* au droit exclusif de l'auteur sont publics ; il n'est donc nul besoin d'en exclure spécifiquement les actes privés[1546].

Etait-il donc nécessaire d'introduire, en droit français, l'exception permettant les « représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille »[1547] ? La disposition, qui se présente comme une exception au droit de l'auteur, est en fait une simple confirmation, par la négative, de sa définition positive[1548].

De même, le *CDPA* anglais devait-il donc disposer que :

« *Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of private study does not infringe any copyright in the work* »[1549] ?

La précision est redondante, certes, quant aux actes de représentation. Mais le « *fair dealing* » est plus que la représentation : il recouvre tous types d'actes, y compris l'acte de reproduction, or ce dernier, contrairement à l'acte de représentation, n'est pas défini comme essentiellement public.

720. La nécessité d'une exception pour reproduction privée ? Contrairement à l'acte de représentation, l'acte de reproduction n'est pas défini comme essentiellement public :

- « *Copying in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work in any material form.* »[1550]

1543 UrhG, § 19 : « *Vortrags-, Aufführungs-, und Vorführungsrecht* » ; nous soulignons.

1544 CDPA, section 19 : « *Infringement by performance, showing or playing of work in public* » ; nous soulignons. « *The requirement that a performance, playing or showing be in public means that his [the author's] licence is unnecessary for a private performance, even of the complete work* » (W. R. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 12-36, p. 473).

1545 CPI, article L. 122-2 ; nous soulignons.

1546 L'article 5 de la directive CE 2001/29 garde le même silence sur ce point.

1547 CPI, article L. 122-5, 1°.

1548 En ce sens : A. Et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, § 320, p. 258.

1549 *CDPA*, section 29, 1°c.

1550 *CDPA*, section 17, 2°.

- « Le droit de reproduction est le droit de fabriquer des exemplaires reproduits de l'œuvre, qu'ils soient temporaires ou durables, quel qu'en soit le procédé et quel qu'en soit le nombre. »[1551]
- « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tout procédé permettant de la communiquer au public d'une manière indirecte. »[1552]

Alors que les définitions anglaise et allemande de l'acte de reproduction sont centrées sur l'idée de multiplication (« *copying* », « *Vervielfältigungsstücke* »), la définition française se réfère indirectement au public. Faut-il en déduire que le droit de reproduction français ne porte que sur les reproductions destinées au public ? L'analyse est forte des arguments persuasifs[1553] et du soutien d'éminents auteurs[1554]. Il est vrai que la vocation d'une œuvre est la diffusion. Le droit d'auteur a pour justification et pour but d'assurer à la fois à l'auteur les justes revenus de son activité, et au public l'accès à l'élévation culturelle et intellectuelle. Si elle est séduisante, elle souffre toutefois du défaut selon nous déterminant de ne pas correspondre à la lettre du texte, qui ne mentionne le public que de manière indirecte : la communication au public n'est que possible et non pas nécessaire[1555]. Dans cette acception, l'acte de reproduction ne serait finalement qu'un acte préparatoire à la représentation. Il nous semble plus fidèle au texte français de s'en tenir à la même conception que les droits allemand et anglais. Tel est d'ailleurs la voie sur laquelle la Cour de cassation s'est engagée lorsqu'elle a jugé que l'exception de copie privée ne constituait pas un droit pour l'utilisateur[1556]. En l'état du droit, l'exception de reproduction à fin privée n'est donc pas le résultat impliqué par la définition du droit de reproduction, mais relève du point suivant de notre typologie.

721. L'inexistence du droit. Ainsi, en droit des biens, le droit des tiers de fixer, reproduire et exploiter l'image d'un bien privé n'est pas présenté comme une exception au droit de propriété, mais comme une modalité du principe général de liberté, que ne restreint pas le droit de propriété sur ce bien. De même, en droit intellectuel, le droit pour le possesseur

---

1551 *UrhG*, § 16, 1°.

1552 Article L. 122-3 CPI.

1553 Notamment l'argument central selon lequel le droit patrimonial de l'auteur est un « droit exclusif d'exploitation » : Ph. Gaudrat, F. Sardain, « De la copie privée et du cercle de famille ou des limites au droit d'auteur », *CCE* 2005, chron. 37, § 22 et s., bibliographie, n° 310.

1554 « Aussi, on ne saurait, sans dénaturer profondément la loi et l'esprit de la propriété littéraire, assimiler la reproduction à un simple acte matériel de fixation ou de duplication » (*ibidem*, § 24, p. 9). La copie privée serait donc une « liberté protégée ». Dans sa « conception « globalisante » » des exceptions, le professeur Gautier prône une solution proche, bien qu'encore fondée sur l'idée d'exception plutôt que de limite (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, précité, bibliographie, n° 36, § 338, p. 391). Voir également J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de loi, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, bibliographie, n° 205, § 207.

1555 En ce sens, A. et H.-J. Lucas, *Traité…*, précité, bibliographie, n° 39, § 320, p. 259.

1556 Cass. 1ère civ., 19 juin 2008 (*CCE* 2008, comm. n° 102, note C. Caron, bibliographie, n° 444), validant l'arrêt d'appel (CA Paris, 4ème ch. A, 4 avril 2007, *RTDCom.* 2007, p. 357, note F. Pollaud-Dulian, bibliographie, n° 442).

d'un exemplaire d'une œuvre de la projeter ou de l'exécuter dans un cercle privé n'est pas une exception au droit de propriété intellectuelle, mais le simple résultat de l'inexistence de celui-ci et de la liberté corrélative du propriétaire du support.

A cela s'opposent les cas de paralysie du droit.

- **La paralysie du droit**

722. Actes commerciaux et actes non commerciaux. La même question (inexistence ou simple paralysie du droit ?) se pose au sujet des actes non commerciaux : entrent-ils dans le champ du droit intellectuel ? A plusieurs reprises, ils sont exclus du monopole du titulaire : comme dans le cas des représentations privées, leur exclusion n'est-elle que la face négative de la définition du droit, ou s'agit-il au contraire d'une paralysie d'un droit existant ?

723. La définition positive du droit. Un premier indice de réponse se trouve dans la définition positive du droit intellectuel. Les droits français et allemand le définissent, outre le droit moral éventuellement reconnu à son titulaire, comme un « droit d'exploitation »[1557], ce qui semble induire qu'il n'existe que dans la sphère commerciale.

724. Autres indices. Pourtant, la précision que le titulaire ne peut interdire les « actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales » est systématique en droit des modèles et des inventions[1558]. En matière littéraire et artistique, certains actes sont également permis en raison de leur but non commercial[1559]. À l'inverse, l' « échelle commerciale » d'un acte de contrefaçon permet l'adoption de mesures préventives ou réparatrices alourdies[1560] ; il faut donc qu'*a contrario*, une contrefaçon puisse ne pas avoir lieu à « échelle commerciale ». Les actes faits à titre non commercial entrent donc dans le champ du droit sur une œuvre, un modèle ou une invention, et les dispositions qui les en excluent y font véritablement exception : le droit existe mais il est paralysé.

725. L'usage non commercial d'une marque. En matière de marques, la réponse est plus incertaine. Le signe n'est réservé au titulaire du droit que pour identifier ses produits ou

---

1557 CPI, articles L. 122-1 et L. 613-1 (« droit exclusif d'exploitation »). *UrhG*, § 15 (« *verwerten* »). Les lois allemandes sur les modèles, les marques et les inventions emploient plutôt le terme « utiliser » (« *benutzen* », *GeschmMG*, § 38 ; *MarkenG*, § 14 ; *PatG*, § 9), ainsi que le *RDA* anglais (« *right to use* », section 7, 1°).

1558 CPI, articles L. 513-6 et L. 613-5 ; *GeschmMG*, § 40 et *PatG*, § 11 (« *Handlungen, die im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden* ») ; *RDA*, sect. 7A et *PA*, sect. 60, 5° (« *an act which is done privately and for purposes which are not commercial* »).

1559 Notamment le *fair dealing* à fin de recherches faites dans un but non commercial (*CDPA*, sect. 29, 1°), ou encore les « actes spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées, ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect (directive CE 2001/29, article 5, 2°, b, repris avec modifications par l'article L. 122-5, 8° CPI, le § 52b *UrhG*, et par les sect. 38, 39 et 43 *CDPA*).

1560 Directive CE 2004/48, considérant 14, articles 6, 2°, 8, 1° et 9, 2°.

services sur le marché. L'infraction au droit sur la marque ne peut donc se constituer que dans le « cours du commerce »[1561] et, plus précisément, quand la marque est utilisée pour distinguer des produits et services[1562]. L'usage du signe dans des buts non commerciaux est donc permise, non pas parce qu'en sa faveur, il serait fait exception au droit, mais parce que le droit, dans la sphère non commerciale, n'existe pas. L'absence d'exception au profit des actes accomplis sur le signe à titre privé ou non commercial, en faveur du *fair dealing* ou de la parodie, par exemple, n'est donc pas le signe que les droits du commerce l'emportent sur ceux de la libre expression, mais résulte simplement de l'inexistence du droit sur la marque dans les sphères non commerciales.

Tel est bien ce qu'a jugé une cour d'appel française :

> « les signes (…) ne visent manifestement pas à promouvoir la commercialisation de produits ou services, concurrents de ceux des sociétés intimées en faveur [des appelants], mais relève [sic] au contraire d'un usage purement polémique étranger à la vie des affaires »[1563].

La délimitation de la sphère commerciale, celle de la sphère de la vie des affaires et la définition de l'usage d'un signe en tant que marque ont donc pour enjeu l'existence du droit sur la marque. Sur ce point s'est cristallisée une subtile jurisprudence, dont une décision de la cour de cassation allemande nous fournit un exemple.

726. L'usage commercial d'une marque renommée. La défenderesse avait commercialisé une carte postale reprenant avec humour des éléments d'une marque renommée de chocolats. Cet usage relevait-il du droit des marques ? Dans la même décision, la Cour donna successivement, de l'« usage en tant que marque »[1564], une définition stricte, puis, dans le cas d'une marque renommée, une définition beaucoup plus étendue :

> « Il faut reconnaître un usage de marque quand le signe est utilisé de manière à distinguer les produits ou services de ceux d'autres entreprises. Pour entrer dans le champ d'application de l'article [sur la marque renommée[1565]], il suffit cependant, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, que le public concerné comprenne le signe litigieux comme une

---

1561 « *In the course of trade* » (*TMA*, sect. 10) ; « *im geschäftlichen Verkehr* » (*MarkenG*, § 14). Voir H. Hubmann, H.-P. *Götting*, *Gewerblicher Rechtschutz*, bibliographie, n° 107, p. 312.

1562 C'est ce qu'a récemment rappelé le juge G. Hobbs : « *the symbols in question are used in the course of trade, but in my view they are not used for the purposes of distinguishing Coinworld's machines* » (*HCJ, Electrocoin Automatics v. Coinworld*, 29 juin 2004, [2004] EWHC 1498 (Ch), bibliographie, n° 476, au § 136 ; nous soulignons).

1563 CA Paris, 4ème ch. A, 30 avril 2003, (nous soulignons) ; *D.* 2003, AJ, p. 1760, obs. C. Manara ; *PI* n° 8, juillet 2003, chron. p. 322, obs. Bénabou ; bibliographie, n° 437. La formulation a, depuis, été reprise par la même chambre (17 novembre 2006, *Greenpeace France, Greenpeace New Zealand / SPCEA*), contre laquelle pourvoi a été formé, puis rejeté par la cour de cassation (Cass. 1ère civ., 8 avril 2008, pourvoi n° 06-10 961). « C'est dire que si la marque est utilisée *en dehors de la vie des affaires*, il ne peut y avoir contrefaçon » (P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, bibliographie, n° 28, p. 408).

1564 « *Ein markenmäßiger Gebrauch* ».

1565 Article 5, 2° de la directive CE 89/104 ; § 14, 2°, 3 *MarkenG*.

ornementation, certes, mais l'associe néanmoins, en raison du degré de leur similitude, à la marque renommée. »[1566]

L'usage d'une marque renommée en tant que marque inclut finalement la parodie : l'effet humoristique, en effet, ne pouvait se produire que parce que la marque parodiée était reconnaissable. La commercialisation d'un produit dont la valeur reposait sur la parodie de la marque renommée[1567], même si celle-ci n'était pas utilisée pour désigner des produits, entrait donc dans le champ du droit sur la marque. Or, celui-ci est protégé comme droit de propriété par la loi fondamentale allemande. Cette parodie résultant cependant d'un effort créateur, son interdiction serait allée à l'encontre de la liberté de création protégée par la même loi fondamentale. Le juge devait donc trancher une « collision de valeurs constitutionnellement protégées »[1568] : propriété et liberté de création. Pour différentes raisons[1569], il le fit en faveur de la liberté de création.

Faite dans la sphère commerciale, la parodie d'une marque entrait donc dans le champ d'un droit constitutionnellement protégé en tant que propriété, mais le juge accepta d'y faire exception en faveur de la liberté de création.

727. La paralysie du droit. Sauf en matière de marque, les actes passés à titre non commercial devraient subir les rigueurs du droit intellectuel mais y échappent parfois grâce à un effet de *paralysie* du droit. Le droit porte sur le type d'actes auquel ils appartiennent, mais ses effets sur eux sont annulés par l'exception.

C'est en droit d'auteur que ce phénomène d'exemption est le plus évident[1570]. À la différence des prérogatives du titulaire du droit, les limitations de celles-ci sont concrètement énumérées : reproduction de discours adressés au public[1571], reproduction d'œuvres au bénéfice de personnes atteintes d'un handicap[1572], compilation d'extraits d'œuvres dans des livres religieux ou scolaires[1573]… Plutôt que le résultat du principe général de liberté valant en dehors des limites des droits de propriété privée, elles sont des îlots de liberté ponctuelle, artificiellement institués par les législateurs dans la zone privée du titulaire du droit intellectuel. Elles paralysent le droit sans le faire disparaître et sont d'ailleurs bien souvent

1566 *BGH*, 3 février 2005, I ZR 159/02, p. 8, consultable sur le site de la Cour, précité, bibliographie, n° 460.
1567 « L'effet humoristique recherché par la défenderesse dans la conception de la carte ne peut être atteint que si le public concerné reconnaît le jeu fait avec la marque de la demanderesse, ce que permet sa renommée » (même décision, p. 10).
1568 « *Kollision grundrechtlich geschützter Werte* » (même décision, p. 12).
1569 Notamment parce qu'il ne résultait de la parodie aucune dépréciation de la marque de la demanderesse et que la défenderesse n'utilisait pas le signe pour désigner ses produits.
1570 CPI, article L. 122-5 ; *UrhG*, partie 1, section 6 ; *CDPA*, livre 1, chapitre 3.
1571 CPI, article L. 122-5, 3°, c ; *UrhG*, § 48 ; *CDPA*, section 30, 2°.
1572 CPI, article L. 122-5, 7° ; *UrhG*, § 45a ; *CDPA*, section 31B.
1573 CPI, article L. 122-5, 3°, e ; *UrhG*, § 46 ; *CDPA*, section 33.

accompagnées d'une compensation financière[1574]. Ce sont de véritables *exceptions*, des *limitations* artificielles plutôt que des *limites* naturelles.

- **La perte du droit**

728. L'expropriation. L'expropriation est un échec du droit de propriété à la fois plus frontal et moins fondamental que les cas de paralysie. Elle est un échec plus frontal car elle fait irréversiblement perdre son bien au propriétaire : le bien passe à la personne publique qui l'a exproprié. L'expropriation est cependant une atteinte moins fondamentale au principe de la propriété car, si elle accomplit le transfert forcé du bien, elle laisse intacte la définition de la propriété. Quel que soit le propriétaire du bien, son droit sera entier. L'expropriation existe-t-elle en droit intellectuel ?

729. L'expropriation en droit intellectuel français. L'État français peut « exproprier » les inventions et les obtentions végétales[1575]. On remarque que tandis que l'objet de la revendication de propriété[1576] était le brevet ou la demande de brevet, l'invention redevient ici l'objet direct de l'opération. Conformément aux prescriptions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, cette opération, expressément nommée « expropriation », ne peut avoir lieu que pour les besoins de la défense nationale et contre indemnisation.

730. L'équivalent de l'expropriation en droit intellectuel allemand. Le droit allemand n'use pas du terme *expropriation* et préfère présenter l'opération, d'ailleurs plus largement ouverte qu'en droit français, sous le même jour que les autres limitations opposées au brevet[1577] :

> « Le brevet n'a pas d'effet dans la mesure où le gouvernement ordonne que l'invention soit exploitée en vue du bien commun (*im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt*). Son effet ne s'étend pas non plus à l'exploitation d'une invention déclarée nécessaire à la sécurité de l'État fédéral (*im Interesse der Sicherheit des Bundes*)… »[1578].

1574 Par exemple, la « rémunération pour copie privée » de l'article L. 331-1 du CPI et le « devoir de compensation » (« *Vergütungspflicht* ») du § 54 *UrhG*. P. Badura, « *Zur Lehre...* », précité, bibliographie, n° 264, à la p. 3 : « Souvent, seul l'aspect prohibitif du droit d'auteur s'oppose à l'intérêt général, et non pas l'intérêt économique de l'auteur. » Le droit anglais, ne connaissant pas de limitation générale en faveur de la copie privée, n'a pas établi de compensation. On lit dans le rapport au gouvernement rendu par A. Gowers au ministre anglais des finances, que : « *the Review believes it is possible to create a very limited private copying exception without a copyright levy* », et que : « *the « fair compensation » required by the Directive can be included in the normal sale price* » (*Gowers review on intellectual property*, novembre 2006, consultable sur le site du ministère des finances :<http://www.hm-treasury.gov.uk/>, bibliographie, n° 421, § 4.75).

1575 CPI, articles L. 613-20 et L. 623-22.

1576 CPI, article L. 611-8.

1577 Voir *supra*, § 709.

1578 *PatG*, § 13 ; nous soulignons.

Comme l'auteur en cas de licence légale, l'inventeur, en cas d'affectation de son invention au service du bien commun, « a droit à une compensation équitable »[1579].

731. L'équivalent de l'expropriation en droit intellectuel anglais. Le droit anglais est encore moins direct que le droit allemand :

> « *Use of patented inventions for services of the Crown. (1) Notwithstanding anything in this Act, any government department and any person authorised in writing by a government department may, for the services of the Crown and in accordance with this section, do any of the following acts in the United Kingdom in relation to a patented invention without the consent of the proprietor of the patent, that is to say : (…) and anything done by virtue of this subsection shall not amount to an infringement of the patent concerned.* »[1580]

Il n'y est question ni d'expropriation, ni même de paralysie de l'effet du brevet mais seulement, comme pour les autres limitations[1581], d'actes non contrefaisants donnant lieu à une compensation pour perte de profits éventuels[1582].

732. Les différences nationales. Dans les situations où le gouvernement français *exproprie*, le gouvernement allemand affecte l'invention au bien commun et *paralyse* l'effet du brevet, et le gouvernement anglais *autorise* un tiers à faire des actes qui, sans cette autorisation ponctuelle, constitueraient une contrefaçon. Alors que le droit intellectuel français isole l'expropriation des autres types d'exceptions au droit, les droits allemand et anglais la placent dans leur directe continuité méthodologique. Ils ne distinguent pas l'expropriation des cas de paralysie du droit : le mode opératoire est le même.

Le dernier mode de limitation du droit est en revanche commun aux trois ordres juridiques étudiés : ce sont les licences forcées.

- **Les licences et cessions forcées**

733. Présentation. Les licences et les cessions forcées sont imposées au titulaire du droit intellectuel. Les textes anglais, allemand et français les régissent dans des termes proches. La « licence d'office » française[1583], la « licence contrainte »[1584] allemande et la

---

1579 « *Eine angemessene Vergütung* » (*Pat*G, § 13, 3°).

1580 *PA*, section 55. Nous soulignons.

1581 Voir *supra*, § 709.

1582 « *Compensation for loss of profit. (1) Where use is made of an invention for the services of the Crown, the government department concerned shall pay - (a) to the proprietor of the patent, or (b) if there is an exclusive licence in force in respect of the patent, to the exclusive licensee, compensation for any loss resulting from his not being awarded a contract to supply the patented product or, as the case may be, to perform the patented process or supply a thing made by means of the patented process* » (*PA*, section 57A. Nous soulignons).

1583 CPI, articles L. 613-16,- 18 et -19.

« *compulsory licence* » anglaise[1585] ne sont pas des expropriations, car elles permettent au titulaire du droit intellectuel de demeurer tel. Elles ne sont pas plus des paralysies du droit, car celui-ci fait toujours effet. Le droit intellectuel n'est ni retiré, ni paralysé : seul un mode d'exercice en est imposé au titulaire[1586].

734. Exemples. Un exemple s'en présente, en droit allemand, avec la « licence contrainte pour fabrication de phonogrammes »[1587]. Il s'agit également, en droit français, de la cession automatique du droit de l'auteur de reproduire des œuvres publiées par reprographie[1588]. Qu'il s'agisse d'une « licence » ou d'une « cession », le bénéficiaire de la disposition, dans les deux cas, devient titulaire du droit concerné.

735. Licences et cas de paralysie. Paradoxalement, l'impossibilité, pour les artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes, d'interdire la communication directe de celui-ci dans un lieu public, sa radiodiffusion et sa câblodistribution[1589], est généralement présentée comme la licence légale principale du Code français de la propriété intellectuelle. Elle semble pourtant opérer, comme l'affectation d'une invention par le gouvernement allemand à l'intérêt public[1590], par paralysie du droit plutôt que par cession : son titulaire « ne peut s'opposer » aux actes concernés et reçoit, en compensation, une « rémunération ». Aucun lien personnel n'est créé entre le titulaire du droit intellectuel et le bénéficiaire de la disposition et aucun droit n'est constitué au profit de ce dernier. L'article L. 214-1 semble donc plutôt constituer une exception qu'une licence.

736. Synthèse de la typologie. Le mode opératoire des limitations du droit intellectuel n'est pas aussi varié que ne le suggèrent les quatre catégories de notre typologie ou la

---

1584 « *Zwangslizenz* », § 24 *PatG* : « l'autorisation non exclusive d'exploiter économiquement une invention (licence contrainte) sera accordée par le tribunal des brevets, dans des cas particuliers et selon les dispositions suivantes, dans la mesure où : (…) ».

1585 *PA*, section 48, 1° : « *At any time after the expiration of three years, or of such other period as may be prescribed, from the date of the grant of a patent, any person may apply to the comptroller on one or more of the relevant grounds : (a) for a licence under the patent,* (...) ».

1586 M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 434, p. 163 : « Les dites *licences forcées*, ainsi que la *gestion collective obligatoire* ne constituent pas une limitation du droit d'auteur, portant atteinte à son contenu, mais seulement une régulation de son exercice » (l'auteur souligne). La gestion collective obligatoire concerne les compensations pour limitations du droit d'auteur, plus nombreuses en droit allemand qu'en droits anglais et français ; le seul cas de gestion collective obligatoire du droit lui-même concerne le droit de rediffusion par câble (§ 20b *UrhG*).

1587 *UrhG*, § 42a (« *Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern* ») : « si un droit d'usage d'une œuvre musicale a été accordé à un producteur de phonogrammes, l'autorisant à reproduire l'œuvre sur phonogramme, à multiplier et distribuer ceux-ci, alors l'auteur est contraint, après divulgation de l'œuvre, à accorder à tout autre producteur de phonogrammes dont le siège principal se situe dans le champ d'application territoriale de la présente loi, un droit d'usage de même contenu, à des conditions raisonnables ». Cette licence rappelle exactement celle que contenait le projet de loi de 1934 de l'Académie pour le droit allemand (voir *supra*, § 307).

1588 CPI, article L. 122-10.

1589 Article L. 214-1 CPI : les titulaires « ne peuvent s'opposer… »

1590 Voir ci-dessus, § 730.

profusion des dispositions qui leur sont consacrées en matière littéraire et artistique. Les cas d'inexistence du droit, outre qu'ils sont rares, ne constituent pas véritablement une limitation du droit, mais plutôt la face négative de leur définition positive. L'expropriation n'existe réellement qu'en droit français et les licences forcées portent autant atteinte à la liberté contractuelle qu'au droit de propriété. La plupart des limitations énumérées opèrent donc par exception ponctuelle au droit, par paralysie artificielle du droit.

De telles exceptions doivent avoir des justifications fermes et précises.

B) La justification et la portée des limitations du droit

737. Il se confirme que, malgré son caractère de droit fondamental, la propriété n'est pas un droit illimité mais qu'elle est essentiellement modérée, tempérée : selon les modalités qui viennent d'être exposées, elle doit s'incliner devant les exigences de l'intérêt commun et des intérêts privés concurrents, qui lui imposent des contraintes de portée variable.

- **La relativité essentielle du droit de propriété**

738. La déclaration française des droits de l'homme et du citoyen. Le droit de propriété est un droit de l'homme protégé dans les trois ordres juridiques étudiés. La Déclaration française des droits de l'homme le cite parmi les « droits naturels et imprescriptibles de l'homme »[1591], et proclame ensuite que :

> « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »[1592]

Citée par le préambule de la Constitution de 1946[1593], cette déclaration fut intégrée au bloc constitutionnel par une décision du Conseil constitutionnel de 1973[1594].

739. La loi fondamentale allemande. Bien que plus sobrement, la loi fondamentale allemande de 1949[1595] compte également le droit de propriété au titre des « droits fondamentaux »[1596] :

1591 Article 2 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789.

1592 Article 17 DDHC ; nous soulignons.

1593 Alinéa 1 du préambule : Le « peuple français (…) réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

1594 Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 sur la loi de finances pour 1974, L. Philip, « La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel », *Revue du droit public*, 1974, p. 531 et 1099, bibliographie, n° 445, considérant 2, au sujet du « principe d'égalité devant la loi ».

1595 Adoptée le 8 mai 1949 par le Conseil parlementaire (*parlementarischer Rat*), publiée au *BGBl*. III p. 100, consultable en allemand et en français sur le site du gouvernement (*Bundesregierung*) :

« La propriété et l'héritage sont garantis. Le contenu et les limites en sont déterminés par les lois. »[1597]

740. Le *Human rights Act*. Pays de droit prétorien, l'Angleterre n'a pas la même culture du texte constitutionnel que l'Allemagne et la France. Ni la Grande charte[1598], ni le *Bill of rights*[1599] ne sont des listes déclaratoires de droits individuels, comme le sont la déclaration des droits de l'homme ou la première section de la loi fondamentale : ce sont plutôt des textes de restriction des pouvoirs royaux.

Ce n'est que par le *Human rights Act* de 1998, permettant aux tribunaux anglais de juger de la conformité du droit interne à la Convention européenne des droits de l'homme, que les droits de l'homme, sous forme de liste abstraite directement applicable, sont entrés dans l'ordre juridique anglais[1600]. Cette convention protège le droit de propriété dans les termes suivants :

> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.
>
> Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »[1601]

741. Une protection privée contre la puissance publique. Le droit de propriété est donc considéré comme un droit de l'homme essentiel à la réalisation de sa condition humaine et sociale. Les biens de l'individu seraient son prolongement et sa protection ; le respect de sa propriété serait nécessaire, non pas tant à la société elle-même, qu'à la survie de l'homme en société :

> « Pourquoi y a-t-il de la propriété privée, là où une mise en commun serait plus profitable ? A cette question cent fois posée (...), il semble que l'on doive toujours répondre de la même façon : ce que la propriété retire à la collectivité, elle l'ajoute à l'individu en lui permettant de résister aux agressions que la société fait subir. »[1602]

Cette fonction protectrice apparaît au mieux dans les déclarations historiques de la Chambre des lords où, bien souvent, il s'agissait de protéger la propriété contre l'impôt

---

<http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Loifondamentale/loi-fondamentale.html>, bibliographie, n° 399.

1596 La section 1ère de la loi fondamentale s'intitule « I - *Grundrechte* ».

1597 « *1° Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt* » (Article 14, 1) de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*).

1598 La *Magna Carta*, dont la première version fut promulguée en 1215.

1599 *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*, 1689.

1600 S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade*..., précité, bibliographie, n° 131, § 1-021 à 1-029, p. 13 à 18.

1601 Article 1 du protocole additionnel à la Convention, signé à Paris, le 20 mars 1952.

1602 R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », précité, bibliographie, n° 258, n° 834.

indûment et inconsidérément levé par la Couronne, symbole de l'assujettissement dans toutes ses dimensions, financière, politique et humaine :

> « *from thenceforth no person should be compelled to make any Loanes to the King against his will because such Loanes were against reason and* <u>*the franchise of the Land*</u> »[1603].

Portant atteinte à la franchise de la tenure foncière, l'impôt enfreint la libre propriété.

On pourrait en déduire que la propriété n'est au service que de l'intérêt, de la sécurité et de la volonté du sujet de droit, donnant ainsi au droit subjectif[1604] absolu et discrétionnaire sa manifestation concrète. Sans compter la radicalité d'une telle analyse[1605], ce serait lire trop vite les déclarations des droits qui, toutes, lui assignent des tempéraments.

742. L'expropriation. Sans surprise, le texte le plus respectueux de la propriété privée est celui de la Déclaration française de 1789, tout imprégnée encore de la répugnance qu'inspirait aux révolutionnaires le système des droits fonciers de l'Ancien Régime et l'arbitraire princier. Aussi, la seule limite qu'elle consentit à lui imposer fut celle de l'expropriation[1606]. Son caractère à la fois exceptionnel et radical empêche d'y voir une atténuation de l'intangibilité du droit de propriété ; elle en constitue plutôt la confirmation, s'il l'on considère combien ses conditions sont strictes[1607].

743. La définition législative de la propriété en droit allemand. Constitue en revanche un réel émoussement du caractère prétendu intangible du droit de propriété, le pouvoir qu'a le législateur d'en déterminer les modalités d'exercice. La loi fondamentale allemande donne

---

1603 *The Petition of Right*, 1627 (nous soulignons).

1604 G. Samuel, «*« Le droit subjectif » and English law* », précité, bibliographie, n° 389, p. 273. L'auteur explique qu'alors que les notions allemande et française de droit subjectif (en allemand : *subjektives recht*) se rejoignent, on n'en trouve pas d'équivalent en droit anglais. Les notions de *claim* et d'*interest* sont trop concrètes, voire procédurales, pour correspondre à celle de droit subjectif. Il est étranger à l'empirique droit anglais de former de telles catégories abstraites, et de faire de la volonté individuelle une source de droit. « *The common law has never rationally located any legal source within the citizen him- or herself.* »

1605 L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème éd., E. de Boccard, 1923, rééd. Université Panthéon-Assas, 2007, bibliographie, n° 4, § 76, p. 295 : « incontestablement, le droit de propriété n'est plus aujourd'hui ce droit subjectif de l'individu que le Code civil définissait « le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue » (art. 544), droit absolu, manifestation par excellence de l'autonomie individuelle… » ; « aujourd'hui la propriété cesse d'être le droit subjectif de l'individu et tend à devenir la fonction sociale du détenteur de capitaux », elle implique « l'obligation de l'employer à accroître la richesse sociale ». L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2ème éd., Dalloz, 1939, bibliographie, n° 172, § 6, p. 57 et § 10, p. 10 : « notre jurisprudence (…) n'a jamais cessé de voir dans les droits subjectifs des prérogatives causées, impropres à servir de machines de guerre contre la société ou contre les individus » ; « de même qu'il existe un *esprit des lois*, (…), ainsi doit-on admettre qu'il existe un *esprit des droits*, inhérent à toute prérogative subjective », et notamment au droit de propriété.

1606 Article 17 de la DDHC.

1607 Nous ne voulons entrer dans le détail des procédures d'expropriation en droits allemand, anglais et français, mais pouvons retenir toutefois l'étroitesse des conditions de fond, la lourdeur des conditions de forme, et la méticulosité du contrôle juridictionnel.

compétence à ce dernier pour délimiter le contenu et les limites de la propriété[1608], et la protection constitutionnelle ne s'étend qu'au périmètre par lui défini :

> « La protection de la propriété garantie par l'article 14 1° de la loi fondamentale s'étend seulement au contenu délimité « par la loi ». »[1609]

La restriction de ce contenu ne porte pas atteinte à l'institution juridique elle-même, lorsque ce « n'est pas une expropriation, mais une détermination de contenu (*Inhaltsbestimmung*) permise par le § 14 de la loi fondamentale ». La tâche de détermination du contenu et des limites du droit de propriété par le législateur est toutefois encadrée par la « clause d'obligation sociale »[1610] et la « garantie du contenu essentiel de la propriété »[1611]. La propriété allemande, dans la loi de 1949, n'est donc pas ce rempart contre le pouvoir public qu'elle est dans la déclaration de 1789.

744. La définition législative de la propriété en droit français. Cet affaiblissement ne se retrouve, en droit français, qu'au niveau législatif, dans le Code civil[1612]. Le juge constitutionnel français applique toutefois la même distinction :

> « sans remettre en cause le droit de propriété par un régime d'autorisation préalable discrétionnaire, la loi définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte au droit de propriété en dénature le sens et la portée et soit, par suite, contraire à la Constitution ; … »[1613]

Selon le Professeur Libchaber :

1608 Article 14, 1° de la Loi fondamentale. La tâche de détermination du contenu et des limites du droit de propriété (*Inhaltsbestimmung*) est encadrée par la clause d'obligation sociale (*Sozialpflichtigkeitsklausel*) et la garantie du contenu essentiel de la propriété (*Wesensgehaltsgarantie*) de l'article 19 de la loi fondamentale.

1609 Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfG*), 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, précité, bibliographie, n° 462, § 23 : « *Der in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz des Eigentums sich nur auf den « durch die Gesetze » bestimmten Inhalt des Eigentums erstrecke* ». Le tribunal, dans cette décision, considère que la création d'une nouvelle exception au droit d'auteur « ne constitue pas une expropriation, mais seulement une détermination législative du contenu permise par l'article 14, 1°, phrase 2, de la loi fondamentale » (également § 23).

1610 La « *Sozialpflichtigkeitsklausel* » de l'article 14 de la Loi fondamentale : « Propriété oblige. Son usage doit servir également le bien de la communauté. »

1611 La « *Wesensgehaltsgarantie* » de l'article 19 de la Loi fondamentale : « En aucun cas un droit fondamental ne peut être atteint dans son contenu essentiel. »

1612 Article 544 : « la propriété est le droit de jouir des chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » (nous soulignons).

1613 Décision n°85-189 DC du 17 juillet 1985 sur la loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, *Revue du droit public*, 1986, p. 395, obs. L. Favoreu, notamment au § 180 et s., p. 475 et s. , bibliographie, n° 448, considérant 11 ; nous soulignons). Voir également la décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984 sur la loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, *D.*, 1985, IR, p. 360, note L. Hamon, bibliographie, n° 447) : « considérant que, si le contrôle des structures agricoles concerne, en principe, l'exploitation d'un bien, il peut, dans certains cas, entraîner indirectement des limitations à l'exercice du droit de propriété, notamment en empêchant un propriétaire d'exploiter lui-même un bien qu'il a acquis ou en faisant pratiquement obstacle à ce qu'un propriétaire puisse aliéner un bien, faute pour l'acquéreur éventuel d'avoir obtenu l'autorisation d'exploiter ce bien ; que ces limitations n'ont pas un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci et soit, par suite, contraire à la Constitution ».

« Le Conseil protège bien davantage la propriété dans son principe que les droits du propriétaire, à la vérité sacrifiés sans scrupule en cas de besoin. »[1614]

On lit dans le protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme une formule proche[1615], et l'on sait que la Convention est directement applicable dans l'ordre juridique anglais[1616].

Voici donc le contenu du droit fondamental de propriété à la merci du législateur, et non pas seulement son usage.

745. Propriété privée et bien commun. La loi fondamentale allemande et le protocole européen[1617] introduisent en outre, dans la définition du droit de propriété privée, l'idée d'intérêt général et de bien commun. La loi allemande en fait même l'une des justifications et l'un des buts du droit de propriété :

« Propriété oblige. Son usage doit également servir le bien de la communauté. »[1618]

La définition des modalités du droit de propriété est donc remise au jugement du législateur dans sa mission d'accomplissement du bien commun.

Cette référence n'apparaît dans aucun texte français régissant de manière générale le contenu du droit de propriété, mais cela n'empêche pas le législateur d'empiéter sur les prérogatives des propriétaires si l'intérêt général le justifie[1619]. Il fut en cela soutenu par le Conseil constitutionnel, qui approuva notamment des restrictions faites au droit de propriété en vue d'améliorer l'accès de tous à « un logement décent »[1620].

1614 R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », précité, bibliographie, n° 258, n° 822. L'auteur est sceptique devant la pertinence de la distinction : « cet équilibre est à la vérité bien difficile à tenir, qui suppose que la propriété puisse être totalement dissociée des pouvoirs du propriétaire, ce qui demeure à prouver » (§ 823).

1615 Texte précité, § 740.

1616 R. P. Burns, « *Blackstone's theory of the « absolute » rights of property* », *University of Cincinatti law Review* (*UCLR*), 1985-86, p. 67-85, bibliographie, n° 368. Selon l'auteur, Blackstone lui-même, tenu par erreur pour le théoricien anglais de l'absolutisme de la propriété (voir à ce sujet au chapitre préliminaire, § 37), considérait que la seule propriété de droit naturel existante était le droit de tous de tenir la terre en commun, et que sa définition par les juges et les *statutes*, et non pas le droit naturel, était donc son véritable fondement. « *Private property may have a providential basis (…), but civil institutions are, for Blackstone, no less providential: judicial and statutory shaping of property rights share that same historical-providential authority* » (p. 85).

1617 Article 1 du protocole additionnel de 1952, précité § 740. Le législateur doit réglementer l'usage des biens « conformément à l'intérêt général »

1618 « *Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen* » (article 14, 2° ; nous soulignons).

1619 M.-L. Mathieu-Izorche, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 2006, bibliographie, n° 17, § 214 et s., p. 85 : il s'ensuit que la propriété a « un caractère absolu… relatif ».

1620 Cons. const., décision n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *RTDCiv*., 1999, p. 132-142, obs. Zénati, bibliographie, n° 451 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés » (considérant 7). Une décision de 1982, avant de réaffirmer le caractère fondamental du droit de propriété, reconnaissait

746. Du principe de relativité aux limites concrètes. Le droit du propriétaire n'est donc pas absolu, il se soumet aux limites générales posées par la loi en vue de l'intérêt commun. Les textes qui protègent la propriété au niveau supra-législatif renvoient eux-mêmes à sa définition législative, faite en vue du bien privé du titulaire, mais aussi de celui du non-titulaire et du bien commun. Examinons quelles limitations en découlent en droit intellectuel.

- **La portée des contraintes de la propriété**

747. Définitions : intérêt public, commun ou privé. Le droit de propriété doit plier devant des exigences générales d'utilité publique, d'intérêt commun, ou devant l'intérêt privé des tiers. L'utilité publique est celle qui sert l'État et le bien commun est celui de tous ses citoyens ; mais l'État devant servir ses citoyens, les deux objectifs sont fort proches.

Les contraintes d'intérêt privé sont celles qui se justifient par l'intérêt individuel des tiers, des non titulaires qui constituent cette foule indéterminée que l'opposabilité absolue de la propriété tient en respect. Les intérêts privés sont parfois la face individuelle des objectifs généraux d'intérêt public : ce sont les « droits à… », manifestations particulières de l'objectif général correspondant. Le « droit à la santé », par exemple, est le corrélatif de l'objectif général de santé publique, tout en le dépassant car, si l'objectif général paraît plus large que sa manifestation particulière, cette dernière n'est pas nationale, mais universelle.

748. Des limitations générales ou ponctuelles ? Quelle est la portée de ces limitations ? Comment ces intérêts qui lui sont étrangers pénètrent-ils le champ du droit intellectuel : y entrent-ils sous l'étendard conquérant du bien commun, ou n'y inspirent-ils que de ponctuelles concessions, que leur spécificité empêche de rassembler sous un principe général ?

- Limitations générales

749. L'intérêt public ou commun en droits anglais et allemand. Les droits intellectuels anglais et allemand connaissent des limitations générales fondées sur l'intérêt public ou le bien commun. Sans plus de précision, le droit allemand permet que soient accordées sur des inventions des licences contraintes « dans l'intérêt du bien commun »[1621]. Le droit anglais met

---

que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général » (décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, précitée, bibliographie, n° 446, considérant 16).

1621 « *Im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt* », § 13 *PatG*.

de manière générale les licences obligatoires sur les inventions « au service de la Couronne »[1622].

En matière de *copyright*, le droit anglais contient même la précision que :

> « *Nothing in this Part affects any rule of law preventing or restricting the enforcement of copyright, on grounds of public interest or otherwise.* »[1623]

Le juge anglais peut donc reconnaître qu'un *copyright* est constitué au profit du demandeur et enfreint par le défendeur mais, pour des raisons générales d'intérêt public ou de « politique publique »[1624], refuser de lui accorder protection.

750. La recherche. Repose également sur le souci du bien commun, la soustraction à la puissance du droit du titulaire de brevet des « actes accomplis à titre expérimental »[1625] : elle doit permettre l'avancée de la recherche. La permission est générale : ni les actes, ni leurs circonstances ne sont définis et seule compte leur finalité expérimentale. Le même souci inspire, en matière littéraire et artistique, la permission d'utiliser des œuvres à des fins d'enseignement et de recherche[1626].

751. Les actes privés. La permission d'accomplir sur des dessins, des modèles et des inventions des actes « à titre privé et à des fins non-commerciales » est une limitation générale de la propriété industrielle, dont on ne trouve pas d'exact équivalent en propriété littéraire et artistique.

752. La liberté de création. Des limitations sont également imposées au droit intellectuel en vue de préserver la liberté de création[1627]. Le droit allemand s'y montre-t-il plus sensible que les droits anglais et français, lorsqu'il dispose que :

> « Libre utilisation. 1° Une œuvre autonome, qui a été créée par libre utilisation de l'œuvre d'autrui, peut être divulguée et exploitée sans le consentement de l'auteur de l'œuvre utilisée.
>
> 2° L'alinéa 1 ne s'applique pas à l'utilisation d'une œuvre musicale, par laquelle une mélodie reconnaissable est reprise de l'œuvre et utilisée comme base d'une œuvre nouvelle. »[1628] ?

1622 « *For services of the crown* », section 55, 1° *PA*.

1623 *CDPA*, section 171, 3° ; nous soulignons.

1624 W. R Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual property*, précité, bibliographie, n° 137, § 12-56 et s., p. 481.

1625 CPI, article L. 613-5 ; *PatG*, § 11 ; *PA*, section 60, 5°, a.

1626 CPI, article L. 122-5, 3°, e ; *UrhG*, § 52a ; *CDPA*, section 29, 1°. Les conditions et l'ampleur des limitations ne sont pas les mêmes en France, Allemagne et Angleterre.

1627 Par exemple : l'exception française de parodie (CPI, L. 122-5 4)), dont on ne trouve pas d'équivalent dans les lois allemande et anglaise. Le rapport britannique *Gowers Review* (précité, bibliographie, n° 421) préconise cependant l'adoption d'une exception de parodie, pastiche et caricature (recommandation n° 12, p. 68). Le *UK intellectual property Office* a lancé en janvier 2008 une consultation sur le sujet, achevée le 8 avril, et dont les résultats sont publiés sur son site : <http://www.ipo.gov.uk/c-policy-copyexceptions.htm>.

1628 *UrhG*, § 24 : « *freie Benutzung* ». M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht*, précité, bibliographie, n° 95, § 377, p. 143 : « Il n'y a de libre utilisation que quand l'individualité de l'œuvre utilisée passe en arrière-plan et s'estompe devant l'individualité de l'œuvre nouvelle. Si, en revanche, des traits individuels essentiels de l'œuvre d'autrui sont reconnaissables, l'utilisation est interdite, dans la mesure où l'œuvre

Ce dernier alinéa, en réalité, ne fait qu'exprimer un résultat de la condition d'originalité. L'originalité est non seulement le critère de la réservation d'une œuvre par le droit d'auteur, mais également le critère de la contrefaçon : seule la reprise d'éléments originaux et reconnaissables est constitutive de contrefaçon. Ce second alinéa en revient donc simplement, pour les œuvres musicales, au principe général. La reprise d'éléments non reconnaissables, en droits français et anglais, n'est donc pas plus contrefaisante qu'en droit allemand.

La règle posée par l'alinéa premier de la disposition est en revanche propre au droit allemand. La reprise d'éléments reconnaissables d'une œuvre première dans une œuvre dérivée peut, en droit anglais, être permise au titre de l'« insertion incidente d'éléments protégés »[1629]. Elle peut l'être, en droit français, par l'exception dite de « courte citation »[1630], si les conditions en sont remplies. Les droits anglais et français ne connaissent pas de limitation générale en faveur de la création de nouvelles œuvres[1631] ; le droit allemand y est plus sensible.

- Limitations restreintes

753. Les limitations restreintes au droit intellectuel sont trop nombreuses et variées pour être énumérées ici. S'il faut mentionner le droit français des inventions pour le comparer aux droits anglais et allemand, c'est en matière littéraire et artistique surtout que l'on trouve des limitations ponctuelles au droit intellectuel.

754. L'intérêt public ou commun en droit français des inventions. Le droit français des inventions n'est pas aussi souple que les droits anglais et allemand et ne connaît aucune licence générale en vue du bien commun. Celui-ci n'y entre que sous couvert de limitations concrètes et ponctuelles. Alors que l'intérêt commun, en droits des inventions anglais et allemand, permet de façon générale d'accorder des licences forcées, le droit français en limite la possibilité aux cas où « l'intérêt de la santé publique l'exige »[1632], ou « pour les besoins de la défense nationale »[1633].

---

nouvelle, malgré une reprise reconnaissable, ne contient pas une originalité propre suffisante pour pouvoir être considérée comme autonome. »

1629 CDPA, section 31 : « *(1) copyright in a work is not infringed by its incidental inclusion in an artistic work, sound recording, film or broadcast* ».

1630 CPI, article L. 122-5, 3°.

1631 Le *Gowers Review* propose que soit révisée la directive CE 2001/29, afin que puisse être reconnue une exception en faveur bde la création dérivée (« *exception for creative, transformative and derivative works* », rapport précité, bibliographie, n° 421, recommandation n° 11, p. 68).

1632 CPI, article L. 613-16.

1633 CPI, article L. 613-19.

755. Les intérêts privés. La permission de faire d'une œuvre un usage privé[1634] repose notamment sur le droit au respect de la vie privée et sur l'intérêt de l'utilisateur vu comme un consommateur. Les limitations du droit posées sous l'impulsion communautaire au profit des personnes atteintes d'un handicap reposent sur l'intérêt privé d'une catégorie spéciale de personnes, et sur des considérations générales d'égalité de l'accès au savoir et à la culture…

756. Autres. Ces exemples ne constituent pas une liste exhaustive des limitations imposées par l'intérêt public et le bien commun. Encore aurions-nous pu évoquer le souci de diffusion du savoir, qui inspire notamment les limitations du droit sur les œuvres en faveur des bibliothèques, archives et musées…

- Synthèse

757. La généralité des limitations en propriété industrielle. Ces exemples font apparaître que les limitations imposées au droit intellectuel par des intérêts extérieurs ont une portée plus souvent générale que ne le suggère leur désignation usuelle d'*exceptions* ou de *limitations*. Ce constat vaut surtout pour le droit des biens industriels, où les limitations sont relativement générales et standardisées d'un régime de droit à l'autre et de pays en pays.

758. La restriction des limitations au droit d'auteur. En matière littéraire et artistique, au contraire, les limitations sont à la fois nombreuses et restreintes. Les principes généraux en sont enfouis sous une profusion de détails et de restrictions. Elles apparaissent véritablement comme de réticentes concessions. L'idée de bien commun, présente en tant que telle dans les branches industrielles de la propriété intellectuelle, n'a pu percer telle quelle en matière littéraire et artistique.

759. Pour une simplification des exceptions au droit d'auteur. Les limitations imposées au droit d'auteur mériteraient pourtant d'être simplifiées. La propriété littéraire et artistique trouve sa stabilité dans une hiérarchie, plus marquée qu'en propriété industrielle, entre un principe de réservation et des exceptions éparses. Sans doute ces exceptions peuvent-elles être simplifiées, voire élargies, sans pour autant bouleverser cet équilibre.

[1634] CPI, article L. 122-5 1°. *UrhG*, § 53, 1° (« *Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch* ») : « sont permises, les reproductions individuelles d'une œuvre, faites par une personne physique pour son propre usage, quel qu'en soit le support, pourvu qu'elles ne servent aucun but commercial direct ou indirect, et que l'exemplaire utilisé pour la copie n'ait été manifestement produit ou mis à disposition de manière illicite. Le bénéficiaire de la permission peut faire produire la copie par un tiers si gratuitement ou s'il s'agit de reproduction sur papier ou sur un autre support par procédé photo-mécanique ou autre procédé analogue »). La permission anglaise de *fair dealing* est limitée à un but de recherches non commerciales ou d'étude privée (*CDPA*, section 29).

Cependant, cet appel au législateur risque fort de se perdre avant d'atteindre son destinataire ; d'autant plus qu'ainsi que le souligne le dernier rapport anglais en la matière[1635], celui-ci se trouve en premier lieu au niveau communautaire.

[1635] « *The Government has considered whether, in the round, there should also be a modernisation of « fair use » rights for consumers to reflect the realities of the digital age. The Government has concluded that the scope for such modernisation is heavily constrained within the EU copyright framework* » (*Digital Britain, The final report*, présenté au Parlement par le secrétaire d'État à la culture et le ministre des communications le 16 juin 2009, bibliographie, n° 422, chapitre 4, § 34, nous soulignons). Le rapport confirme pourtant que « *on the broader question of modernisation of fair use rights, further work remains to be done* » (chapitre 4, § 32).

Conclusion du chapitre 2

760. ***Propriété*** **intellectuelle ?** Notre but, dans ce chapitre, était d'abord de trier ce qui constitue la propriété intellectuelle au sens littéral et ce qui s'y agrège par promiscuité de finalité ou d'objet. La majeure partie du droit intellectuel est constituée de véritables droits de propriété, de structure réelle (*in rem*) et de portée générale.

Cette propriété intellectuelle est entourée de régimes de protection de l'investissement reposant sur un mécanisme de responsabilité équivalent à celui du droit sur l'image des biens : seuls un accès frauduleux aux utilités du bien ou un préjudice anormal justifient l'intervention du droit.

761. Propriété et exceptions. Notre tâche était également de déterminer si ses limitations rendaient le droit intellectuel trop poreux et trop relatif pour accéder à la qualification de propriété. Il est apparu qu'au contraire, la propriété aussi fait l'objet d'une définition négative, et que le droit intellectuel s'inscrit dans la même relation dialectique à la liberté et à l'intérêt général.

Conclusion du titre 2

762. Définition positive et définition négative. La complémentarité des définitions positive et négative du droit de propriété et du droit intellectuel s'est confirmée. La limitation de la propriété est sa face négative ; elle est sa face cachée, pourrait-on dire quand ces limitations sont rejetées dans des textes externes. Face cachée, face négative : en tous les cas, elle est aussi indissociable de la face positive que le sont l'avers et le revers d'une pièce de monnaie. La complémentarité n'est pas seulement formelle. Il s'est avéré qu'une partie des limites du droit de propriété et du droit intellectuel n'est que la confirmation par la négative de sa définition positive.

763. La dialectique propriété - liberté. Le rapport entre la définition positive et la définition négative du droit de propriété et du droit intellectuel est un rapport complexe de complémentarité et d'opposition. Il est l'expression juridique de la tension politique entre la propriété et la liberté. Tantôt la liberté vient justifier la propriété, tantôt elle entre en conflit avec elle. Nous l'avons remarqué au sujet de la délimitation du bien[1636] ; nous l'avons vérifié ici, dans celle du droit. L'équilibre entre la définition positive et la définition négative de la propriété et du droit intellectuel ne peut être trouvé que par un choix politique.

[1636] Notamment § 478.

Conclusion de la partie 2

764. Nous avons petit à petit dégagé les pièces de la définition du droit de propriété et du droit intellectuel. Au terme de cette recherche, l'image est complète, associant critères de technique et de politique juridique.

765. Définition du droit de propriété. Le droit de propriété est un lien direct entre une personne et un bien, il n'a donc que deux extrémités et tous les tiers, à moins d'être invités par le titulaire à participer à ce rapport ou d'en enfreindre l'exclusivité, n'en sont que spectateurs. Ce lien confère à la personne qui le tient des facultés concrètes mais indénombrables, car le droit qui les confère est abstrait et général. La « cession » de l'une de ces facultés à autrui n'est pas une cession partielle du droit de propriété, qui en soustrairait une composante, mais la constitution d'un droit autonome, concret et restreint dans son contenu et sa durée. Indénombrable, abstrait et général, le droit de propriété est par essence un droit social : il se soumet aux exigences des politiques publiques. Le lien actif qu'il constitue vers le bien est parfois déconnecté ou paralysé.

766. Définition du droit intellectuel. De son côté, le droit intellectuel s'est également avéré être un lien direct actif entre une personne et un bien qui, quoique immatériel, présente une suffisante stabilité pour être identifié comme second pôle de ce rapport. La variété des techniques de définition du contenu du droit ne dissimulent pas son caractère général et abstrait. Ce qui lui est retiré par les limitations n'est pas privativement attribué à autrui, mais ressort du principe général de liberté et des exigences de la société sur les droits individuels. Il est donc *le seul droit direct, général et d'opposabilité absolue existant sur le bien intellectuel*.

767. Propriété intellectuelle, concept et droit de propriété. Mais la propriété intellectuelle ne s'identifie pas pour autant au *droit* de propriété issu du Code civil, du *BGB* ou de la *law of goods*. Chacun a une source formelle et un régime propres. Il ne serait pas judicieux de subsumer purement et simplement la propriété intellectuelle au droit de propriété, car elle est née d'une évolution spécifique et jouit d'un régime adapté à son objet.

Les deux régimes relèvent en revanche d'un *concept* commun de propriété. Il est vrai que ce dernier se laisse majoritairement connaître par l'incarnation que lui donne le *droit* de

propriété régi par le *BGB*, la *law of goods* et le Code civil, mais il faut chercher à l'en abstraire pour laisser la propriété intellectuelle en découler. L'indépendance formelle de la propriété intellectuelle n'est donc pas la « solitude privilégiée » que nous soupçonnions en introduction de cette partie[1637], mais le résultat de son autonomie par rapport au *droit* de propriété, sous le *concept* de propriété. *Droit* de propriété et propriété intellectuelle : ces deux régimes de propriété n'ont pas un lien de filiation, mais un un lien de parenté collatérale. Leur relation n'est pas une identité, mais un parallélisme ; c'est une symétrie et non pas une confusion.

768. Les apports réciproques. L'autonomie des deux régimes de droit permet que l'un puisse enseigner quelque chose à l'autre : le droit de propriété enseigne au droit intellectuel à resserrer son contenu en des définitions synthétiques ; le droit intellectuel apaise le rapport de la propriété à l'immatériel et rappelle à la propriété son essentielle relativité… Leur comparaison a été l'occasion de réaffirmer ce qu'est le caractère *in rem* de la propriété, sa saisine directe de la chose et l'absence de relation aux tiers.

769. Une étude comparative de la propriété ? De son vaste domaine, notre recherche n'a pu suivre toutes les pistes. Nous ne prétendons pas avoir épuisé l'examen des rapports entre la propriété intellectuelle et le droit de propriété, mais espérons avoir montré combien une approche de droit comparé, sur ce sujet, pouvait être fructueuse. Peut-être la lecture de cet ouvrage inspirera-t-elle à un lecteur entreprenant l'idée de consacrer une étude comparative au droit de propriété ou, plus largement, au concept de propriété dans ces trois fortes traditions que sont les droits anglais, allemand et français.

770. Les principes généraux de la propriété intellectuelle. Si la reconnaissance de sa nature propriétaire est un facteur de cohérence du droit intellectuel, il demeure un droit notablement dense et technique. Seul le droit français rassemble toutes ses sources en un code, mais celui-ci ne contient pas de livre commun. Un projet allemand vise à établir un tel code, s'ouvrant, comme le *BGB*, sur une partie générale[1638]. Il serait passionnant de

---

1637 § 391.

1638 H.-J. Ahrens, « *Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?* », précité, bibliographie, n° 331. En réaction à la loi de transposition de la directive CE 2004/48, qui, comme la loi de lutte contre la piraterie, ventile ses dispositions parmi les diverses lois de droit intellectuel, le professeur Ahrens se charge d'élaborer un droit commun de la propriété intellectuelle, composé avant tout des règles de mise en œuvre et des règles de transfert et d'exploitation des droits (p. 617). Ces dispositions communes visent à éviter les répétitions et, surtout, l'évolution divergente de règles originellement identiques (p. 618). Elles pourraient également contenir des régimes de protection non fondés sur le principe d'attribution d'un bien, notamment une protection générale de l'investissement par des techniques moins strictes que l'appropriation, la régulation de l'exploitation économique du droit général de la personnalité, ou encore

rechercher quelles seraient les divergences de telles parties générales en droits européens et ce qu'en conserverait une harmonisation communautaire des principes généraux du droit de la propriété intellectuelle.

des régimes de protection indûment intégrés à la loi contre la concurrence déloyale (notamment en ses § 4, 9° et 17) (p. 621).

CONCLUSION GÉNÉRALE

-

ÉPILOGUE

771. L'apaisement de la question de la propriété intellectuelle ? Les développements historiques de cette recherche ont abouti à la conclusion que la houleuse relation du droit intellectuel avec le droit de propriété s'est apaisée. Elle repose désormais sur la reconnaissance de l'appartenance du droit intellectuel au concept général de propriété. Les développements de droit positif actuel ont confirmé ce constat.

772. Une nouvelle crise de la propriété intellectuelle ? Il semble pourtant qu'au cours des dernières décennies, une nouvelle crise de la propriété intellectuelle ait éclaté. En guise d'épilogue à cet ouvrage et comme ultime épreuve pour la qualification de *propriété* intellectuelle, permettons-nous quelques mots à ce sujet. Les attaques et les répliques cumulent arguments historiques et techniques : au terme d'une recherche faite en ces deux domaines, il est permis de tenter un pronostic.

773. L'expansion de la propriété intellectuelle. L'expansion du droit intellectuel, réclamée par les investisseurs industriels, n'est pas toujours du goût du public, ni même des spécialistes de la discipline. Ainsi, le professeur Cornish avertit :

> « *There is a danger in too rapid a response to claims for new protection.* » « *It is highly desirable that IP legislation should provide within its own framework a complete balance of interests.* » « *Whatever the ideological commitments of the European Commission, the expansion of IPRs is not an automatic good. It always requires sufficient justification.* »[1639]

Liant ce phénomène à la qualification propriétaire, il déplore que :

> « *They* [les droits de propriété intellectuelle] *are becoming less and less qualified by conditions, limitations and exceptions. The characterisation as property underscores this evolution.* »[1640]

[1639] W. R. Cornish, « *The expansion of intellectual property rights* », *in* G. Schricker, Th. Dreier, A. Kur, *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 9-22, bibliographie, n° 371, aux p. 11 et 21. Voir également, du même auteur, *Intellectual property : omnipresent, distracting, irrelevant ?*, Oxford University Press, Londres, 2004, bibliographie, n° 242.

[1640] W. R. Cornish, « *The expansion of intellectual property rights* », précité, bibliographie, n° 371, p. 16.

774. L'analyse économique. Dès les années 1950, le brevet connaissait déjà une nouvelle remise en cause. Cette crise ne fut, en grande part, que le regain de la critique anti-brevet du siècle précédent, la redécouverte des mêmes arguments par de nouveaux acteurs[1641]. Les idées maîtresses de ce mouvement étaient encore et déjà la crainte de la paralysie de la recherche et, plus encore, de la confiscation de ses fruits par de grandes entreprises spéculatrices. Cette crainte de l'inefficacité économique des droits, on l'a vu[1642], date des premiers temps de leur consécration législative. On note que ces arguments sont toujours vifs aujourd'hui : le premier est souvent invoqué, par exemple, au sujet du développement des programmes d'ordinateur. Le second touche plus largement la matière et concerne aussi bien le développement technologique que la santé[1643]. Si les effets bénéfiques de la propriété intellectuelle sur le progrès sont parfois contestés, l'idée de progrès technologique et matériel est elle-même discutée[1644].

La persistance de ces critiques, loin de les affadir ou de les décrédibiliser, atteste de leur justesse. Les droits sur les biens intellectuels, comme tous droits exclusifs, comme la propriété matérielle, portent le germe de la confiscation, toujours prêt à se développer et à tuer le droit lui-même. Tel est l'un des écueils du droit en notre matière, sa propension négative et autodestructrice, de laquelle il doit se prémunir et se défendre.

775. Les droits fondamentaux. De nouveaux arguments se font aujourd'hui entendre. Depuis quelques années, tout particulièrement, l'on oppose à la propriété intellectuelle les « droits fondamentaux » : droit au savoir, à la culture[1645], à la santé[1646], au développement[1647],

---

1641 F. Machlup et E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », bibliographie, n° 384, p. 10: « *Little, if anything, has been said for or against the patent system in the twentieth century that has was not said equally well in the nineteenth.* » Voir également le rapport du comité de 1967 sur les brevets en Angleterre : *British Patent System*, 1970, précité, bibliographie, n° 420, p. 10-11. F.-K. Beier, « *Wettbewerbsfreiheit und Patentsschutz* » , précité, bibliographie, n° 333, p. 123-132 : « Ainsi se trouve-t-on aujourd'hui au centre d'un nouveau débat sur les brevets. Les fronts sont pratiquement inchangés. Même les arguments sont au fond, bien que peu le remarquent, restés les mêmes. »

1642 Voir *supra*, § 185-186.

1643 Voir le retentissant échec du procès intenté par trente-neuf laboratoires pharmaceutiques au gouvernement sud-africain, qui avait fait usage de la possibilité donnée par les accords ADPIC d'autoriser la production et l'importation de médicaments génériques contre le Sida, *Le Monde*, 7 mars et 21 avril 2001. Pour une illustration de l'opposition de la santé et de la propriété, cf. Ph. Rivière, « Le recul des multinationales pharmaceutiques – Après Pretoria, quelle politique contre le sida ? », *Le Monde diplomatique*, 20 avril 2001.

1644 W. Van Caenegem, « *Intellectual property law and the idea of progress* », *IPQ* 2003, n° 3, p. 237-256, bibliographie, n° 369, à la p. 255 : « *Many current controversies in intellectual property law can be analysed in terms of contrasting opinions about progress.* »

1645 Voir, par exemple, le conflit entre le principe de diffusion de la culture, facilité par Internet, et le principe de réservation et de contrôle qui est à la base du droit de propriété. Il apparaît notamment dans les affaires mettant aux prises des titulaires de droit d'auteur et des internautes échangeant des œuvres *via* des logiciels de partage de pair à pair.

1646 Voir, par exemple, les débats sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement menés lors de la dix-septième Conférence internationale sur le Sida, à Mexico, du 3 au 8

à la libre expression[1648], à la libre information[1649], à la libre création[1650], au respect de la vie privée[1651]… Tandis qu'au XIX[ème] siècle, on opposait les droits de la société à ceux des créateurs individuels[1652], on confronte désormais les droits individuels entre eux. Ces droits fondamentaux, qui, auparavant, n'étaient traités par le droit intellectuel que par le biais de dérogations au droit exclusif, se posent désormais comme des concurrents d'égale force juridique.

L'argument fait mouche, il est à la fois juridique et moral. Il aspire à la mise en balance de droits multiples et aussi variés que le droit à la santé et le droit au savoir. Mais le droit au respect de la propriété est également un droit fondamental, devant assurer à l'individu sa subsistance indépendante et sa liberté. L'opposition des droits fondamentaux à la propriété intellectuelle se résout donc dans la reconnaissance de leur parenté et la recherche de leur équilibre[1653].

---

août 2008. B. Coriat, Agence nationale de recherche sur le SIDA, entretien à *Libération*, 7 août 2008 : « Les licences obligatoires sont des procédures très complexes. De plus, chaque fois que des pays s'y engagent, cela apparaît comme un coup de force contre les laboratoires pharmaceutiques. »

1647 K. Biedenkopf, « *Geistiges Eigentum – Prosperitätsgarantie nur fur Industriestaaten ?* » (« La propriété intellectuelle – une garantie de prospérité pour les seuls pays industrialisés ? »), in *Geistiges Eigentum : Schutzrecht oder Ausbeutungstitel ?* (La propriété intellectuelle : protection juridique ou titre d'exploitation ?), Springer, 2008, p. 23, bibliographie, n° 265. Alors que la propriété intellectuelle est présentée comme un instrument de développement, certains craignent qu'au contraire, dans les pays en voie de développement, il ne le freine.

1648 Voir les affaires judiciaires opposant, au sujet de marques parodiées, propriété des marques et liberté d'expression, par exemple: CA Paris, 30 avril 2003, précité, bibliographie, n° 437, et son commentaire : « La liberté d'expression est plus forte que le droit des marques », publié par les intimés le 1er mai 2003, sur le site : <http://www.voltairenet.org/fr> .

1649 *CA*, 20 février 2009, *Office of communications v. The Information Commissionner*, [2009] EWCA Civ 90, bibliographie, n° 481. Le 20 février 2009, la Cour d'appel anglaise décida que même s'il contrevient au droit sur les bases de données, l'intérêt public issu de l'utilisation d'une information privativement réservée doit être pris en compte dans la décision finale, confirmant ainsi le tribunal qui avait jugé que « la liberté d'information ne pouvait dépendre de la bonne volonté de compagnies adoptant une attitude responsable ou de la sélection, par ces compagnies, des chercheurs dont les travaux méritaient d'être soutenus » ; la Cour repoussait ainsi l'argument des demandeurs selon lequel il était illégal de considérer comme bénéfique un profit obtenu en contravention avec les droits de propriété intellectuelle des tiers.

1650 C. Seville, « Chronique du Royaume-Uni », *RIDA* n° 214, octobre 2007, p. 132-195, bibliographie, n° 390. Dans la décision *Nova Productions v. Mazooma Games*, le juge Jacob, approuvé par le juge Loyd, a jugé que : « si une protection des idées générales telles que celles invoquées ici était conférée par la loi, le droit d'auteur deviendrait un instrument d'oppression au lieu d'être l'incitation à la création qu'il doit être » (14 mars 2007, [2007] EWCA Civ. 219, bibliographie, n° 479, § 55).

1651 Exposé des motifs du projet de loi HADOPI : « il en va, d'autre part, du rétablissement de l'équilibre, aujourd'hui rompu en fait, entre deux droits fondamentaux : le droit de propriété des créateurs et le droit au respect de la vie privée des internautes ». Selon le journal électronique *PCInpact*, la CNIL aurait rendu un avis non public, défavorable au projet de loi, parlant d'un problème de « proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée (collecte massive d'adresses IP, coupure de l'accès Internet) et le respect du droit de propriété (la protection des ayants droit) » (*PCInpact*, 29 mai 2008).

1652 Voir notamment *supra*, § 204.

1653 Ch. Geiger, « *Constitutionnalising intellectual property law ? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union* », *IIC* 4/2006, p. 371-406, bibliographie, n° 378.

776. L'ampleur du questionnement. La question de la légitimité de la propriété intellectuelle ne touche pas seulement un public de spécialistes : il se répand dans la presse[1654], anime des forums de discussion sur Internet et s'est allié des soutiens issus de milieux variés[1655]. À deux reprises, l'opinion publique s'est montrée plutôt hostile à la propriété intellectuelle. Il s'agissait, d'une part, de la transposition de la directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, qui a donné lieu à de larges réformes nationales et à de houleux débats[1656]. Le public, qui, auparavant, était le récepteur passif de la contrefaçon, en est devenu un acteur multiple et parcellisé. Les internautes en foule sont joliment nommés « pirates » afin de souligner leur rapacité, mais c'est surtout leur nombre, leur anonymat et leur insaisissabilité, qui inquiètent tant. La deuxième question était celle de la brevetabilité des logiciels, où l'opinion s'est dressée contre l'idée d'une directive européenne la mettant en place[1657].

777. Les commissions de réflexion. Au niveau institutionnel, les trois pays étudiés ont mis en place des commissions de réflexion sur la propriété intellectuelle[1658]. Faut-il y voir des

---

1654 D. Cohen, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », précité, bibliographie, n° 306. K. Döbler, « *Geistiges Eigentum zu schützen ist ein Paradox* » (« Protéger la propriété intellectuelle est un paradoxe »), *Die Zeit*, 29 janvier 2009, n° 6, bibliographie, n° 337 : « En ces temps de crise du capitalisme et d'Internet, ni l'imprécation, ni le Droit, ni la propriété, ni le vol n'existent encore : ce qui existe dans le monde virtuel, tous peuvent l'avoir et tous peuvent le perdre. »

1655 Le plus connu est l'américain Lawrence Lessig, professeur de droit à l'Université Stanford de Californie, fondateur de l'organisation *Creative Commons*, et auteurs de maints ouvrage prônant une plus grande liberté de diffusion et de création sur Internet. En France, Florent Latrive, par ailleurs journaliste à *Libération*, défend les idées de domaine public et de culture libre face aux abus du droit d'auteur, notamment dans l'ouvrage *Du bon usage de la piraterie : culture libre, sciences ouvertes* (Exil Editeurs, 2004). En Allemagne, le *Piratenpartei* a été enregistré au *Bundestag* le 10 septembre 2006 ; en France, le Parti pirate a été déclaré le 4 avril 2004 (annonce au *Journal officiel* du 4 avril 2009) ; en Angleterre, le *UK Pirate party* a été reconnu le 11 août 2009 (*Le Monde*, 13 août 2009).

1656 A cours de la nuit de Noël 2006, en France, les députés ont renversé le projet gouvernemental, enclenchant une discussion parlementaire et publique de plusieurs semaines sur la possibilité d'une licence globale légalisant les échanges de pair à pair en en tirant pour les artistes une rémunération. R. Hilty, *Herausforderung Durchsetzung*, Springer, 2008 : la transposition allemande de la directive 2001/29 se fit en deux étapes, montrant combien le sujet est délicat. La première loi, promulguée le 12 septembre 2003, ne transposait que les dispositions obligatoires de la directive. La seconde est entrée en vigueur le 1er janvier 2008. C. Seville, « La transposition par le Royaume Uni de la directive 2001/29 », *RIDA*, n° 202, octobre 2004, p. 185 et s., bibliographie, n° 391 : la préparation du *Copyright and related rights regulations* anglais (S.I. 2003/2498) a donné lieu, en Angleterre, à de longs débats, et à d'amples consultations publiques.

1657 « Michel Rocard ferraille contre le brevet logiciel », propos recueillis par M. Alberganti et S. Foucard pour *Le Monde*, 18 février 2005.

1658 Le gouvernement français, par arrêté du 10 juillet 2000, a créé le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique français (CSPLA), organe de réflexion et de proposition au gouvernement. Le gouvernement anglais (le Chancelier de l'Echiquier), en décembre 2005, a demandé à M. Gowers, notamment éditeur du *Financial Times*, d'établir un rapport sur l'état des droits de propriété intellectuelle et la nécessité de les réformer. Le rapport fut rendu public le 6 décembre 2006 (A. Gowers, *Gowers review on intellectual property*, novembre 2006, précité, bibliographie, n° 422). Le législateur allemand s'appuie plutôt sur les commissions spécialisées du Parlement que sur des institutions extérieures. Celles-ci se composent toutefois des mêmes participants : professeurs, représentants des divers intérêts concernés… Il jouit par ailleurs des

cellules de crise ? Agissent-elles comme des défenseurs d'un droit menacé, ou comme des instances d'apaisement ? Les réflexions ont été menées d'un point de vue extérieur à la propriété intellectuelle, incluant des valeurs et des branches du droit voisines et parfois contraires. Le point de vue interne, par lequel la propriété intellectuelle est souveraine et les contraintes extérieures, incidentes et minimales, n'a pas été retenu[1659]. On constate la même ouverture de point de vue dans le rapport anglais[1660], dans les avis français[1661] et dans les prises de positions allemandes[1662]. Les droits sur les biens intellectuels, certes, sont des propriétés, mais toute propriété s'exerce en vue du bien commun et dans le respect des droits d'autrui. Cette conception est en contraste avec la vision soutenue par les premiers défenseurs de la propriété intellectuelle, inspirée d'une vulgate révolutionnaire déformée, selon laquelle la propriété serait intangible et satisferait par hypothèse les intérêts communs.

778. Une crise nouvelle. Peut-on donc parler d'une nouvelle crise de la propriété intellectuelle ? On peut parler de crise, puisque la propriété intellectuelle se trouve critiquée

---

prises de position de l'Institut Max Planck de Munich sur la propriété intellectuelle et le droit fiscal, publiées sur son site internet.

1659 Sauf dans l'avis n° 2004-1 du CSPLA, rendu le 3 mars 2002 relatif à la propriété intellectuelle et aux libertés individuelles (bibliographie, n° 414). L'avis ne cherche pas à trouver un équilibre entre deux impératifs d'égale force contraignante, mais fait sien l'objectif de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, et ne recommande que dans un second temps d'éviter toute atteinte incidente aux libertés individuelles restrictivement limitées au respect de la vie privée et des données personnelles.

1660 Le rapport Gowers sur la propriété intellectuelle (*Gowers review on intellectual property*, précité, bibliographie, n° 422) semble adopter le point de vue interne, en prenant comme mission de départ d'adapter le droit de la propriété intellectuelle à l'essor des biens intangibles, à l'élargissement des possibilités de consommation, et à l'aggravation du manque à gagner généré par la facilité de la copie. Il ne constate pas de crise de légitimité ou de tension entre propriété intellectuelle et autres branches de droit. Mais l'idée de droits équilibrés et flexibles (« *balanced and flexible rights* »), satisfaisant des intérêts qui ne convergent pas toujours est acquise comme un principe de législation , mise en exergue dès la préface du rapport et reprise en son introduction.

1661 Selon l'avis n° 2004-2 du CSPLA, relatif à la propriété littéraire et artistique et au droit de la concurrence, rendu le 3 mars 2002 (bibliographie, n° 415), la propriété intellectuelle a des objectifs de nature sociale qui lui sont supérieurs (« la stimulation de la création et l'enrichissement du patrimoine commun »). La maîtrise des droits de propriété intellectuelle en vue de ces buts se fait à l'intérieur de la branche de droit, mais aussi à l'extérieur, par l'effet régulateur (la « régulation complémentaire ») de valeurs ou droits externes, tel le droit de la concurrence. L'avis 2005-2 du 7 décembre 2005, relatif au téléchargement des œuvres (bibliographie, n° 416), à la différence de l'avis 2004-1 précité, traite les intérêts divergents (« aspirations contradictoires ») à égalité, et envisage même des opportunités techniques qui, en l'état du droit, sont illicites.

1662 On ne trouve pas, dans les documents du *Bundestag*, de réflexion sur ce thème. La *Prise de position* de l'institut Max Planck de propriété intellectuelle et de droit fiscal sur la transposition de la directive 2004/48, (elle n'a pas la même valeur que les rapports et avis français et anglais, car elle n'émane pas d'une institution gouvernementale, mais d'un institut privé) rappelle que, par application de l'article 14 de la loi fondamentale, la propriété intellectuelle est garantie en vue du bien commun. Selon ses auteurs, M. Peukert et le professeur Kur, tout droit individuel entraînant une restriction des droits des tiers, la proportionnalité de ses sanctions, notamment pénales, doit toujours être vérifiée à l'aune des droits fondamentaux. Le droit de la concurrence vient également la réguler indirectement. (A. Kur, A. Peukert, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht*, consultable sur me site de l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle : <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungahme_mpi_rl_2004-48-eg.pdf>, bibliographie, n° 419).

aussi bien dans sa légitimité que dans sa mise en œuvre, c'est-à-dire à tous les niveaux de son existence. On peut parler de crise nouvelle, puisque certains des arguments sont nouveaux et que le contexte informatique contient des éléments inédits.

779. Une crise d'importance relative. L'importance de la crise est toutefois relative. Elle n'est qu'une crise dans la série qui a déjà animé l'histoire du droit intellectuel. Car l'économie des idées supplante l'économie de la matière et que tous veulent y prendre part, car le développement technologique invente sans cesse de nouveaux objets et de nouveaux modes d'exploitation, cette histoire demeurera houleuse.

La crise actuelle est moins radicale que celle du XIX^{ème} siècle puisque, désormais, le principe d'une réservation mesurée des biens intellectuels semble acquis. Il est repris au niveau communautaire et consacré au niveau international. La propriété intellectuelle paraît ne plus pouvoir être purement abolie.

La crise actuelle est d'importance relative, car son principe est consubstantiel à la propriété intellectuelle. La réservation des biens intellectuels sera toujours critiquée et le sera souvent, dans une certaine mesure, avec raison. Le droit intellectuel sera toujours en lutte contre ses propres débordements. Droit de l'homme mais droit économique, il sera dans une perpétuelle recherche identitaire.

Bibliographie

I / OUVRAGES GENERAUX

1) Droit français

- Général

1. J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12ème éd., Sirey, 2008

2. L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, tome 1 : *Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972

3. G. Cornu, P. Malinvaud, *Vocabulaire juridique Capitant*, 8ème éd., PUF, 2007

4. L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème éd., E. de Boccard, 1923, rééd. Université Panthéon-Assas, 2007

5. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., tome I, Paris, 1927

6. R. Guillien, S. Guinchard, G. Montagnier, J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 17ème éd., Dalloz, 2009

7. Ed. Picard, *Le droit pur, Cours d'encyclopédie du droit, Les permanences juridiques abstraites*, 1899, Larcier, Alcan,

8. A. Silem, J.-M. Albertini, *Lexique d'économie*, 10ème éd., Dalloz, 2008

- Droit civil

9. C. Atias, *Droit civil – Les biens*, 7ème éd., Litec, 2003

10. C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, LGDJ, Paris, 1879

11. J. Carbonnier, *Les biens*, PUF, 2004

12. Decrusy, F.-A. Isambert, A. J.-L. Jourdan, A.-H. Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 14, Belin-Leprieur, Paris, 1826, p.189

13. Ch. Demolombe, *Cours de Code napoléon*, tome X : *Traité de la distinction des biens ; De la propriété ; De l'usage et de l'habitation*, 3ème éd., Hachette, 1866

14. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 13ème éd., Sirey, 2008

15. Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 3ème éd., Defrénois, 2007

16. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil, Les biens*, 2ème éd., Sirey, 1980

17. M.-L. Mathieu-Izorche, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 2006

18. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, PUF*, Droit fondamental, 1989

19. M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Droit civil français, tome 3 : Les biens*, 2ème éd., LGDJ, 1952

20. G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, tome 2 : *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, 2ème éd., 1963, LGDJ

21. Ph. Simler, F. Terré, *Les biens*, 7ème éd., Dalloz, 2006

22. Y. Strickler, *Les biens*, 1ère éd., PUF, 2006

23. F. Zénati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 2008

- Propriété intellectuelle

24. C. Bernault, J.-P. Clavier, *Dictionnaire du droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2008

25. E. Blanc, *Code général de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, LGDJ, Paris, 1854

26. A. Darras, *Des droits intellectuels – Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1887

27. A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999

28. P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., 2007, Gualino

- Droit d'auteur

29. J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis droit privé, 2009

30. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Lexis Nexis Litec, Les manuels, 2009

31. J. Delalain et A. Lyon-Caen, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*, tome 1 : *Lois des États de l'Europe*, Pichon, 1889

32. H. Desbois, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours de droit, Paris, 1969-1970

33. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd. 1978

34. Ch. Fliniaux, *Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1867

35. A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Cosse et Marchal, Paris, 1862

36. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6ème éd., PUF, 2007

37. A. Huard, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 1909

38. R. P. Lepaulle, *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Dalloz, Paris, 1927

39. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, 2006

40. E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation*, 3ème éd., Marchal et Billard, Paris, 1908 (1ère éd. 1879)

41. A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 2 tomes, J. Renouard et Cie, Paris 1838-1839

- Propriété industrielle

42. J. Bédarride, *Commentaire des lois sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants et des lieux de fabrication, sur les marques de fabrique et de commerce*, Marchal et Billard, Paris, 1884

43. A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques – Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001

44. Ed. Calmels, *Des noms et marques de fabrique et de commerce, De la concurrence déloyale*, Paris, 1858

45. E. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, Cosse, 1856

46. A. Chavanne, J-J. Burst, Ch. Galloux, J. Azéma, *Droit de la propriété industrielle*, 6ème éd., Précis Dalloz, 2006

47. A. Darras, *Nouveau traité sur les marques de fabrique et de commerce*, G. Maréchal, Arras, 1885

48. C. Ducreux, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, Paris, Rousseau, 1898

49. A. Fournier, *Des transformations de la législation des dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 1908

50. J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2ème éd., 2003

51. P. Greffe et A. Casalonga, *Traité des dessins et modèles*, Dalloz, 1937

52. L. Lyon-Caen, *De la législation des brevets d'invention*, LGDJ, Paris, 1879

53. F. Mainié, *Nouveau traité des brevets d'invention*, Marescq, Paris, 1896

54. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets, Tome 1*, Librairies techniques, 1984

55. P. Olagnier, *Le droit d'auteur*, tome 1er : *Les principes, le droit ancien* ; tome 2nd : *Le droit moderne*, LGDJ, 1934

56. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2006

57. E. Philipon, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles industriels*, Paris, Marescq, 1880

58. Ed. et E. Picard, *Code général des brevets d'invention*, Larcier, Bruxelles et Pédone-Lauriel, Paris, 1882

59. Ed. Picard et X. Olin, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles, 1866

60. Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'Etat et l'invention – Histoire des brevets*, La Documentation française, 1986

61. E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, 6ème éd., Marchal & Billard, Paris, 1915

62. E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, Marchal et Godde, Paris, 1912

63. E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, 5ème éd. par A. Taillefer et C. Claro, Marchal & Godde, Paris, 1911

64. A. Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, Paris, 1858

65. A.-C. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin & Cie, 3ème éd. 1865

66. P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey,1952

67. J. Schmidt-Zalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4ème éd., Litec, 2007

68. M. Vivant, *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997

2) Droit allemand

- <u>Général</u>

69. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1er tome : *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, 1895 ; titre 3 du chapitre 4 (« *Urheberrechte* ») rééd. *UFITA*, n° 125, 1994, p. 103 et s.

70. H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Metzner, 1970

71. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*), Berlin, 1821, traduction française aux PUF, 2003

- <u>Droit civil des biens</u>

72. F. Baur, J. Baur, R. Stürner, *Sachenrecht*, 18ème éd., C. H. Beck, 2009

73. J. C. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, Berlin, 1853

74. W. Brehm et Ch. Berger, *Sachenrecht*, 2ème éd., Mohr Siebeck, 2006

75. L. Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte*, Mohr Tübingen, 1959

76. K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9ème éd., C. H. Beck, 2004

77. H. Westermann, *Grundbegriffe des BGB*, Kohlhammer, 1975

78. H.-P. Westermann, *BGB : Sachenrecht*, 8ème éd., C. F. Müller, 1990

79. H.-P. Westermann, D. Eickmann, K.-H. Gursky, *Sachenrecht : ein Lehrbuch*, 7ème éd., CF Müller, 1998

80. J. Wilhelm, *Sachenrecht*, 3ème éd., De Gruyter, 2007

81. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1ère éd.,1862, 3ème éd. 1870, 5ème éd., 1879 et 6ème éd., 1887

- Propriété intellectuelle

82. R. Klostermann, *Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen – Nach deutschem und internationalem Rechte*, tome 1 : *Allgemeiner Teil, Verlagsrecht und Nachdruck*, J. Guttentag, Berlin, 1871

- Droit d'auteur

83. W. Bappert, *Wege zum Urheberrecht – Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Klostermann, Francfort, 1962

84. H. O. de Boor, *Urheberrecht und Verlagsrecht*, Kohlhammer, 1917

85. Th. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz – Kommentar*, 2ème éd., C.H. Beck, 2008

86. Ch. F. M. Eisenlohr, *Das literarisch-artistische Eigentum und Verlagsrecht*, Schwerin, 1855

87. R. Fischer, *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870*, Griesbach, Gera,1870

88. O.-Fr. von Gamm, *Urheberechtsgesetz, Kommentar*, C. H. Beck, 1968

89. H.-P. Hilling, *Urheber- und Verlagsgesetz*, 12ème éd., Beck-Texte, 2008

90. J. E. Hitzig, *Das Königlich Preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 zum Schutz des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst*, éd. de l'*Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907

91. H. Hubmann, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, De Gruyter, 1954

92. J. Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907

93. G. Mandry, *Das Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst*, Erlangen, 1867

94. W. Nordemann, K. Vinck, P. Hertin, *Urheberrecht*, Kohlhammer, 1994

95. M. Rehbinder, H. Hubmann, *Urheberrecht, ein Studienbuch*, 15ème éd., édition C. H. Beck, 2008

96. K. Runge, *Urheber- und Vertragsrecht*, 3ème éd., F. Dümmlers, 1953

97. H. Schack, *Urheber- und Vertragsrecht*, 4ème éd., Mohr Siebeck, 2007

98. G. Schricker, *Urheberrecht, Kommentar*, 2ème éd., C. H. Beck, 1999

99. E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, 1ère éd. : 1951, 3ème éd. : 1980

100. O. Wächter, *Das Autorrecht nach dem allgemeinen deutschen Recht*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1875

- Propriété industrielle

101. F. C. Beier, A. Heinemann, *Patent- und Musterrecht*, 9ème éd., Beck-Texte im dtv, 2008

102. W. Bernhardt et R. Kraßer, *Patentrecht*, 6ème éd., Beck, 2009

103. J. Bonnet, *Etude de la législation allemande sur les brevets d'invention*, Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 1902

104. F. Ekey et D. Klippel, *Markenrecht*, 2ème éd., C.F. Müller, Heidelberg, 2009

105. C. Finger, *Das Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. mai 1894*, Dahlen, 3ème éd., Berlin., 1923

106. O. von Gamm, *Warenzeichenrecht*, C.H. Beck 1965

107. H.-P. Götting, H. Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz (Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Marken- und Wettbewerbsrecht)*, C. H. Beck, 2007

108. R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz und Markenschutz*, Ed. I. Guttentag, 2ème éd. 1876

109. R. Klostermann, *Das Patentgesetz für das deutsche Reich vom 25. Mai 1877*, Berlin, 1877

110. R. Klostermann, *Die Patentfrage*, Köln et Leipzig, 1876

111. J. Kohler, *Warenzeichenrecht*, Bensheimer, Mannheim et Leipzig, 1910

112. J. Kohler, *Musterrecht*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1909

113. J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, Mannheim, 1908

114. H. Köhler, *Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht*, 29ème éd., Beck-Texte im dtv, 2009

115. J. Landgraf, *Musterrecht und Musterschutz*, Leipzig, Weber, 1875

116. A., J.-B. et W. Nordemann, *Wettbewerbs- und Markenrecht*, 10ème éd., Nomos, 2004

117. C. Pieper, *Der Schutz der Erfindungen im deutschen Reich*, Ed. Heymann, 1877

118. P. Schmid, *Die Entwicklung des Geschmacksmusterschutzes in Deutschland*, Karl Georg Wiegandt, 1896

119. P. Schmid, *Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigentums – Die Entwicklung des gewerblichen Rechtschutzes in Deutschland*, Karl Lehmann, 1897

120. K. E. Schmid, *Der Büchernachdruck aus dem Gesicht des Rechts, der Moral und Politik*, Jena, 1823

121. E. Wadle, *Fabrikzeichenschutz und Markenrecht – Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, Erster Teil : Entfaltung*, 1977, *Zweiter Teil: Historisch-dogmatische Grundlinien*, 1983, Ed. Duncker & Humblot, Berlin

3) Droit anglais

- Général

122. J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5ème éd., 1885, vol. I

123. L. B. Curzon, *Dictionnary of law*, 6ème éd., Pearson Education, 2002

124. F. Hennig-Bodewig, *Unfair competition law, European Union and member states*, Kluwer Law International, 2006

125. E. Martin, *A dictionnary of law*, 6ème éd., Oxford University Press, 2006

126. D. Poirier, *Introduction générale à la common law*, 3ème éd., Yvon Blais, 2005

127. M. Radin, L. Greene, *Law Dictionnary*, Oceana, 1966

128. H. Saint Dahl, *Dahl's Law dictionary* – Dictionnaire juridique, 3ème éd., Dalloz, 2007

- Droit des biens

129. A. P. Bell, *Modern law of personal property in England and Ireland*, Butterworths, 1989

130. W. Blackstone, *Commentaries on the law of England*, 1765-69, 15ème éd., 1809, rééd. Abingdon, 1982

131. S. Bridge, M. Dixon, C. Harpum, *Megarry and Wade, The law of real property*, 7ème éd., Sweet and Maxwell, 2008

132. F. H. Lawson, B. Rudden, *The law of property*, Oxford, 3ème éd., 2002

133. G. Snow, *Les biens, Généralités, Biens personnels*, collection *La* common law *en poche*, vol. 11, Y. Blais, 1998

- Propriété intellectuelle

134. D. I. Bainbridge, *Intellectual property law*, 7ème éd., Pearson Longman, 2009

135. D. I. Bainbridge, *Cases and materials in intellectual property law*, 2ème éd., Pitman, 1999

136. L. Bently et B. Sherman, *Intellectual property law*, 3ème éd., Oxford University Press, 2009

137. W. R. Cornish et D. Llewelyn, *Intellectual property*, 6ème éd., Sweet and Maxwell, 2007

138. W. R. Cornish, *Cases and materials on intellectual property*, 5ème éd., Sweet and Maxwell, 2006

139. J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual property and international private law*, Clarendon Press, 1998

140. P. J. Groves, *Sourcebook on intellectual property law*, Cavendish, Londres, 1997

141. P. Torremans, *Holyoak and Torremans intellectual property law*, 5ème éd., Oxford University Press, 2008

- *Copyright*

142. R. R. Bowker, *Copyright, its history and its law – Being a summary of the principles and practice of the copyright with special reference to the american code of 1909 and the british Act of 1911*, Constable & Co, Boston and New York, 1912

143. W. A. Copinger, *The law of copyright in works of literature and art*, Londres, Stevens and Haynes, 1870

144. W. A. Copinger, F. E. Skone James, *The law of copyright*, Sweet and Maxwell, 8ème éd., 1948

145. G. Davies, K. Garnett, G. Harbottle, *Copinger and Skone James on copyright*, Sweet & Maxwell, 2005

146. E. Drone, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States*, Little, Brown and Company, Boston, 1879

147. H. A. Hinkson, *Copyright law*, Bullen, Londres, 1903

148. R. Maugham, *A Treatise on the Laws of Literary Property*, Londres, 1828, réédité et commenté par R. Deazley sur le site *Primary sources on copyright*

- Propriété industrielle

149. W. F. Agnew, *The law and practice relating to letters patent for inventions*, Wildy & Sons, Londres, 1874

150. J. Bigland, *The law of trademarks*, Stevens & Son, 1876

151. F. E. Bray, F.G. Underhay, *The trade marks Act, 1938, with annotations, and the trade marks rules, 1938, with references to the 6th edition of Kerly on trade marks*, Sweet and Maxwell,1938

152. H. H. Cunynghame, *English Patent Practice*, Londres, Clowes, 1894

153. E. M. Daniel, *The new law of patents, designs and trade marks*, Londres, 1884

154. L. Edmunds, *The law and practice of letters patent for invention*, Londres, 2ème éd., 1897

155. Ch. Fellner, *Industrial design law*, Sweet and Maxwell, 1995

156. A. A. Gomme, *Patents of invention*, Longmans et Green, Londres, New York, Toronto, 1946

157. H. Jenkins, H. Ludlow, *A treatise on the law of trade-marks and trade-names* Londres, Maxwell & Son, 1873

158. E. Lloyd, *On the law of trade marks*, 2ème éd., Londres, 1865

159. R. A. Macfie, J. M. Dreghorn, *Copyrights and patents for inventions, pleas and plans for cheaper books and greater industrial freedom*, Edinburg, Clarke, 1879

160. T. W. Morgan, F. G. Underhay, *Kerly on the Law of trade marks and trade name*, 6ème éd., Sweet and Maxwell, 1927

161. A. I. Morris, B. Quest, *Design : The modern Law and Practice*, Butterworth, Londres, 1987

162. H. F. Moulton, *The present law and practice relating to letters patent for inventions*, Butterworths, Londres, 1913

163. A. V. Newton, *Patent law and practice*, Londres, Cox, 1897

164. J. Phillips, *Trade mark law, a practical anatomy*, Oxford University Press, 2003

165. C. et Th.Terrell, *The law and practice related to letters patent for inventions*, 8ème éd. par J. Reginald, Sweet & Maxwell, 1934

166. Th. Terrell, *The law of patents*, 9ème éd. par K. E. Shelley, Sweet & Maxwell, 1951

167. Th. Terrell, *The law of patents*, 13ème éd. par W. Aldous, Sweet & Maxwell, 1982

168. Ch. Wadlow, *The law of passing-off*, 2ème éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1995

169. D. Young, A. Watson, S. Thorley, R. Miller, *Terrell on the Law of Patents*, 14ème éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1994

II / THÈSES ET MONOGRAPHIES

1) Droit français

- Général

170. J. Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001

171. J. Cavalli, *La genèse de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, Imprimeries réunies, Lausanne, 1986

172. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2ème éd., Dalloz, 1939

173. H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse, Paris, 1900

- Droit des biens

174. M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006

175. F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, Paris, 2007

176. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960

177. M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel, De la sacntion judiciaire des droits*, Economica, Paris, 1989

178. F. Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, LGDJ, 2002

179. C. Pourquier, *Propriété et perpétuité*, PUAM, 2000

180. F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon 3, 1981

- Propriété intellectuelle

181. E. Arnal, *De la propriété des marques de fabrique*, Imprimerie coopérative ouvrière, Montpellier, 1909

182. V.-L. Bénabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant-Bruxelles, 1997

183. J.-M. Bruguière, M. Vivant, *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009

184. C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981

185. M.-C. Dock, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963

186. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005

187. B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, Essai Seuil, 2004

188. J. Escarra, J. Rault, F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur*, Bernard Grasset, 1937

189. Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, IRPI, 2004

190. D. Gervais, *La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé*, Librairie Droz, 1998

191. A. Huard, A. Beaume, *Dialogue des morts sur la propriété littéraire*, Castel, Paris, 1862

192. E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Auguste Durand, Paris, 1858

193. E. Laboulaye et G. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^{ème} siècle, Recueil et pièces de documents*, Hachette, Paris, 1859

194. O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM 1999

195. B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006

196. A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité – Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002

197. E. Mack, *De la perpétuité du droit d'auteur*, Marchal & Billard, Paris, 1897

198. F. Malapert, *Des lois sur les brevets d'invention dans leurs rapports avec les progrès de l'industrie*, Paris, 1889

199. A. 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*, Cotillon, Paris, et Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1878

200. B. Parance, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2003

201. A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001

202. L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ?*, Thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 1999

203. E. Pierroux, *La propriété des œuvres d'art corporelles – Eléments pour une propriété spéciale*, PUAM, 2003

204. P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, Libraire-éditeur E. Dentu, 1863

205. J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de loi, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990

206. P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété – Histoire et théorie*, LGDJ, 1969

207. F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, PUAM, 2004

208. H.-Ph. Sambuc, *La protection internationale des savoirs traditionnels*, L'Harmattan, 2003

209. J. Sfetea, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Jouve, Paris, 1923

210. S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, P.A. Norstedt & Söners, Stockohlm, 1966 et 1967

2) Droit allemand

- Droit des biens

211. J. N. F. Brauer, *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzogliche Badische bürgerliche Gesetzgebung*, six volumes, Ch. Fr. Müller, Karlsruhe, 1809-1812, consultable sur le site de l'Institut Max Planck d'histoire juridique européenne, voir *infra*, n° 385

212. E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit, Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Heymann, 1889

- Propriété intellectuelle

213. C. Birner, *Die Internet-Domain als Vermögensrecht*, Mohr Siebeck, 2005

214. O. Dambach, *Über den neuesten Entwurf eines gesetzes für den Norddeutschen Bund betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken*, Guttentag, Berlin, 1870

215. O. Dambach, L. E. Heydemann, *Die Preußische Nachdrucksgesetzgebung*, Enslin, Berlin, 1863

216. A. J. Decker, *Der Neuheitsbegriff im Immaterialgüterrecht*, V. Florentz, 1989

217. F. Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, Mohr Siebeck, 1999

218. M. H. Gehm, *Das württembergische Patentrecht im 19. Jahrhundert*, Université de Sarrbruck, 2001

219. Th. Gergen, *Die Nachdruckprivilegienpraxis Württembergs im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für das Urheberrecht im Deutschen Bund*, Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtsgeschichte, vol. 137, 2007

220. L. Gieseke, *Die geschischtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, Otto Schwartz & Co, Göttingen 1957

221. L. Gieseke, *Vom Privileg zum Urheberrecht*, Schwarz, 1995

222. W. Hoffmann, *Ein deutsches Urheberrechtsgesetz*, Bahlen, Berlin, 1933

223. W. Hoffmann, *Das Recht des Erfinders*, Moeser, Leipzig, 1936

224. V. M. Jänich, *Geistiges Eigentum : eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum?*, Mohr Siebeck 2001

225. W. A. Kramer, *Die Rechte der Schriftsteller und Verleger*, Heidelberg, 1827

226. W. T. Krug, *Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck, rechtlich, sittlich und klüglich*, Leipzig, 1823

227. G. Mandry, *Entwurf eines gemeinsam deutschen Nachdrucksgesetzes*, *Kritische Vierteljahresschrift*, 1864

228. J. Merkl, *Der Begriff des Immaterialgüterrechts*, thèse, Nuremberg, 1961

229. L. J. Neustetel, *Der Büchernachdruck nach römischen Recht betrachtet*, Heidelberg, 1824, consultable sur le site de l'institut Max Planck d'Histoire juridique européenne, voir *infra*, n° 385

230. G. Schulze, *Die kleine Münze und ihre Abgrenzungproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts*, Hochschulvertrag, 1983

231. M. Vogel, *Deutsche Urheber- und Verlagsrechtsgeschischte zwischen 1450 und 1850*, Buchhändler-Vereinigung, 1978

232. E. Wadle, *Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschischte*, VCH, Weinheim, 1996

233. J. Wehr, *Die Anfänge des Patentwesens in Deutschland*, Meindldruck, München, 1936

234. K. Zapfe, *Die Ausgestaltung des Markenrechts in Deutschland seit 1874*, Thèse, Logos, Berlin, 2002

3) Droit anglais

- Droit des biens

235. S. R. Munzer, *A theory of property, Cambridge university press*, 1990

236. M.-F. Papandréou-Déterville, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004

237. J. E. Penner, *The idea of property in law*, Clarendon Press, Oxford, 1997

- Propriété intellectuelle

238. L. Bently et B. Sherman, *The making of modern copyright law – The british experience, 1760-1911*, Cambridge University Press

239. A. Birrell, *Seven lectures on the law and history of copyright in books*, éd. Augustus M. Kelley, 1899, rééd. Rothman, 1971

240. M. Boldrin et D.K. Levine, *Against intellectual monopoly*, Cambridge University Press, 2008

241. W. Cobett, *The parliamentary history of England, from the earliest period to the year 1803*, Vol. XVII, 1813, publié en ligne par l'Université d'Oxford, *Oxford Digital Library* : <http://www2.odl.ox.ac.uk/gsdl/cgi-bin/library>

242. W. R. Cornish, *Intellectual property omnipresent, distracting, irrelevant ?*, Oxford University Press, Londres, 2004

243. R. Deazley, *On the origin of the right to copy – Charting the movement of copyright law in Eighteenth-century Britain (1695-1775)*, Oxford and Portland Oregon 2004

244. P. Drahos, *A Philosophy of intellectual property*, Dartmouth Publishing, 1996

245. H. J. Dutton, *The patent system and inventive activity during the industrial revolution 1750-1852*, Manchester University Press, 1984

246. J. Feather, *A history of british publishing*, Routledge, Londres et New York, 1988, rééd. 1991

247. B. Kaplan, *An unhurried view of copyright*, 1ère éd. par *Columbia Law Review*, 1967, rééd. par Lexis Nexis, 2005

248. E. J. Mac Gillivray, *The Copyright Act, 1991, annotated*, Stevens and Sons, Londres, 1912

249. M. Rose, *Authors and owners*, Harvard University Press, 1993

250. D. Saunders, *Authorship and copyright*, Routledge, London,1992

251. C. Seville, *Literary copyright reform in early victorian England – The framing of the 1842 copyright Act*, Cambridge University Press, 1999

III / RECUEILS, CONTRIBUTIONS INDIVIDUELLES A DES OUVRAGES COLLECTIFS

1) Droit français

252. Ch. Atias, « Des vocations à la propriété », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 597-604

253. H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Archives de philosophie du droit* (*APD*), tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 8-16

254. M. Boutet, « Considérations générales », *RIDA, Numéro spécial consacré à la loi française du 11 mars 1957*, XIX, avril 1958, p. 19

255. A. Dufour, « Notion et division des choses en droit germanique », *Archives de philosophie du droit* (*APD*), tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 95-125

256. J. Ginsburg, « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international », *in Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 245-258

257. F. Hepp, « Le droit d'auteur, « propriété incorporelle » ? », *RIDA, Numéro spécial consacré à la loi française du 11 mars 1957*, XIX, avril 1958, p. 161-191

258. R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », *in* R. Cabrillac M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, 14ème éd., Dalloz, 2008, p. 649-667

259. R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *Le code civil, 1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297-372

260. B. Nicholas, « Le langage des biens dans la *common law* », *Archives de philosophie du droit* (*APD*), tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 55-65

261. A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *in Aspects du droit privé en fin du XXème siècle, Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55-62

262. J. Vilbois, « Historique », *RIDA, Numéro spécial consacré à la loi française du 11 mars 1957*, XIX, avril 1958, p. 33

263. F. Zénati, « L'immatériel et les choses », *Archives de philosophie du droit*, tome 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79-95.

2) Droit allemand

264. P. Badura, « *Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des geitigen « Eigentums »* », *in* P. Lerche, H. Zacher, P. Badura, *Zeitschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag*, C. H. Beck, 1981, p. 1-17

265. K. Biedenkopf, « *Geistiges Eigentum – Prosperitätsgarantie nur fur Industriestaaten ?* », *in Geistiges Eigentum : Schutzrecht oder Ausbeutungstitel ?*, Springer, 2008, p. 23

266. H. Herold, « *Das absolute Eigentum und sein Zerfall* », *in* M. Gutzwiller, *Schweizerische Beiträge zum Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, 1958, p. 19-37

267. G. Holch, « *Sachen und Tiere, § 90-103* », *in* F.-J. Säcker, R. Rixeker, *Münchener Kommentar zum BGB*, tome 1 : *Allgemeiner Teil, § 1-240*, 5ème éd., Beck, 2006,

268. H. Hubmann, « *Geistiges Eigentum* », *in Die Grundrechte*, Duncker & Humblot, 1960

269. J. Jickeli, M. Stieper, *Vorbemerkungen zu §§90-103*, *in* C. Hertel, N. Habermann, *J. von Staudinger Kommentar zum BGB*, tome 1 : *Allgemeiner Teil*, Sellier – de Gruyter Verlag, 2004, p. 1-49

270. C. et L. Kayser, R. Klostermann, J. Landgraf, J. Rosenthal, *Die Patentfrage*, Köln, Leipzig, 1876

271. P. Kirchhof, « *Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums* », *in* W. Fürst, R. Herzog, D. Humbach, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, de Gruyter, Berlin, 1987, p. 1639-1661

272. D. Klippel, « *Die idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts* », *in* E. Wadle, *Historische Studien zum urheberrecht in Europa*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1993, p. 121-13

273. G. Krings, « *Podiumsdiskussion* », *in* O. Deppenheuer, K-N Peifer, *Geistiges Eigentum : Schutzrecht oder Ausbeutungstitel ?*, Springer, 2008, p. 71-80

274. H. Lehmann, *Urheberrechtsreform, ein Gebot der Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, 1954

275. J. Marly, *Sachen – Tiere, in* M. Wolf, *Soergel Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil*, 13ème éd., W. Kohlhammer, 2000, p. 529-541

276. H. Monhaupt, « *Erteilung und Widerruf von Privilegien nach der gemeinrechtlichen Lehre vom 16. bis 19. Jahrhundert* », *in* B. Dölemeyer et H. Monhaupt, *Das Privileg im europäischen Vergleich*, tome 1, Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, p. 93-122

277. G. von Olenhusen, « *« Ewiges geistiges Eigentum » und « Sozialbindung » des Urheberrechts in der Rechtsentwicklung und Diskussion im 19. Jahrhundert in Frankreich und Deutschland* », *in Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981*, 1982, p. 83-111

278. A. Peukert, « *Güterzuordnung und Freiheitsschutz* », *in* R. Hilty, *Geistiges Eigentum, Herausforderung Durchsetzung*, Springer, Berlin, 2008, p. 47-84

279. H. Püschel, *Urheberrecht in der DDR*, Editions nationales de la DDR, Berlin, 1969

280. F.-J. Säcker, « *Einleitung* », *in* F.-J. Säcker, R. Rixeker, *Münchener Kommentar zum BGB*, tome 1 : *Allgemeiner Teil, § 1-240*, 5ème éd., Beck, 2006

281. F. Seifert, « *Geistiges Eigentum – ein unverzichtbarer Begriff* », *in Festschrift für Hennig* Piper, C. H. Beck, 1996, p. 769-786

282. H. H. Seiler, *Vorbemerkungen zu § 903 ff, in* H. Roth, H. H. Seiler, K.-H. Gursky, *J. von Staudinger Kommentar zum BGB*, tome 3 : *Sachenrecht, § 903-924*, Sellier - de Gruyter, 2002, p. 20-35

283. A. Stadler, *Einleitung, in* H. Konzen, *Soergel Kommentar zum BGB, Buch 3, Sachenrecht*, 13ème éd., 2002, p. 1 et s.

284. A. Troller, « *Das subjektive Recht im bürgerlichen und sozialistischen Immaterialgüterrecht* », *in Festschrift für Franz Vischer zum 60. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1983, p. 741-751

285. M. Vogel, « *Urheberpersönnlichtkeitsrecht und Verlagsrecht im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts* », *in* E. Wadle, *Historische Studien zum urheberrecht in Europa*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1993, p.191-206

286. E. Wadle, « *Zur Vorgeschischte des Musterschutzes im deutschen Reichs* », *in* J. Adrian, W. Nordemann, *J. Kohler und der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Spitz, Berlin, 1996

287. E. Wadle, *Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschichte*, VCH, 1996

288. W. Weber, « *Das Eigentum und seine Garantie in der Krise* », *Festschrift für Karl Michaelis*, Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972, p. 316-336, p. 316

3) Droit anglais

289. P. Birks, *Introduction, in* P. Birks, *English private law*, Oxford Univerty Press, 2000

290. L. Guibault, B. Hugenholtz, *The future of the public domain, Indentifying the Commons in information law*, Kluwer Law International, 2006

291. A. M. Honoré, « *Ownership* », *in* A. G. Guest, *Oxford essays in jurisprudence*, chapitre V, p.107-147

292. Institut des agents de brevet (*Institute of patent agents*), *The patents acts 1949-1961*, Sweet and Maxwell, Londres, 1968

293. S. R. Munzer, « *Property as social relations* », *in* S. R. Munzer, *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge University Press, 2001, p. 36-75

294. S. Parks, *The literary property debate : eight tracts, 1774-75*, Garland, 1974

295. S. Sheppard, *The selected writings of Sir Edward Coke*, tome 1, Liberty Fund, Indianapolis, Indiana, 2003, en téléchargement à l'adresse : <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0462-01_Bk.pdf>

296. S. V. Shiffrin, « *Lockean arguments for intellectual property* », *in* S. R. Munzer, *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge University Press, 2001, p. 138-167

297. W. Swadling, « *Property, general principles* », *in* A. S. Burrows, *English private law - Vol. 1: Sources of law, Law of persons, law of property*, 2ème éd., Oxford University Press, 2007

IV / ARTICLES

1) Droit français

298. Ch. Atias, « Les biens en propre et en figuré », *D.* 2004, p. 1459-1461

299. V.-L. Bénabou, « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE* 2001, étude n° 23

300. N. Binctin, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* 2006, p. 8-12

301. M. Boutet, « Le droit d'auteur au XVIème, Réflexion », *RIDA* n° 3, avril 1954, p. 108

302. J.-M. Bruguière, « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p. 2804

303. M. Buydens, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », *Auteurs et Médias*, 5-6/2004, p. 477-483

304. M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE* 2004, p. 10-16

305. C. Caron, *Chronique de propriété intellectuelle*, *JCP E* juin 2009, p. 46-50

306. D. Cohen, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 11 avril 2001

307. G. Cornu, « Le code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351

308. R. Fernay, « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », RIDA n° 41, octobre 1963, p. 5-35

309. J.-C. Galloux, « La loi du 6 mars 1998 relative à la sécurité et à la promotion d'activités sportives », *JCP G* 1998, I, 142

310. Ph. Gaudrat, F. Sardain, « De la copie privée et du cercle de famille ou des limites au droit d'auteur », *CCE* 2005, chron. 37

311. Ch. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *PI* 2004, n° 13, p. 882-891

312. Ch. Geiger, R. Hilty, « Breveter le logiciel ? Une analyse juridique et socio-économique », *PI* juillet 2005, n° 16, p. 296-312

313. J. Ginsburg, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans le France et l'Amérique contemporaines », *RIDA* n° 147, janvier 1991, p. 124-289

314. J. Isoré, « De l'existence des brevets d'invention en droit français avant 1791 », *Revue historique de droit français et étranger*, 4-16, 1937, p. 106

315. G. Loiseau, « Protection et propriété des noms de domaine », *D.* 2001, p. 1379

316. A. Lucas, P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993, I, 3 681

317. N. Mallet-Poujol, « Marché de l'information – le droit d'auteur injustement tourmenté », *RIDA* n° 168, janvier 1996, p. 93-203

318. L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^{ème} siècle », *RIDA* n° 205, juillet 2005, p. 117-209

319. L. Pfister, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *BBF (Bulletin des Bibliothèques de France)* 2006, n° 5, p. 5-13 : <http://bbf.enssib.fr>

320. C. Prieto, « un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *Les Petites Affiches* (*LPA*) n° 92, p. 19

321. Th. Revet, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTDCiv.* 2005, p. 164

322. Th. Revet, « Le dénouement de la propriété temporaire », *RTDCiv.* 2008, p. 322

323. C. Rojinski, « Le projet Jean Zay, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *PI* n° 27, avril 2008, p. 160-163

324. P. Roubier, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTDCiv.*, 1935, p. 251

325. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTDCiv.* 1958, p. 1-23

326. R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDCiv.* 1958, p. 331-360, § 43, p. 354

327. M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTDCiv.* 1905, p. 443-495

328. M. Vivant, « A Propos des « biens informationnels » », *JCP G* 1984, 3132

329. M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété… », *PI* n° 23, avril 2007, p. 193-201

330. F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTDCiv.* 1993, p. 305-323

2) Droit allemand

Liste des abréviations:

GRUR :	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*
Grur Int. :	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*
JuS:	*Juristische Schulung*
JZ :	*Juristen Zeitung*
MDR :	*Monatsschrift für deutsches Recht*
NJW :	*Neue Juristen Wochenschrift*
UFITA :	*Archiv für Urheber- und Medienrecht*
ZUM :	*Zeitschrift für Urheberrecht und Medienrecht*

331. H. J. Ahrens, « *Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?* », *GRUR* 2006, p. 617-624

332. W. Bappert, « *Wider und für den Urhebergeist des Privilegienzeitalter* », *GRUR* 1961, éd. spéciale, cahiers 9, 10, et 11 réunis

333. F.-K. Beier, « *Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz – Zur geschischtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts* », *GRUR* 1978, cahier 3, p. 123-132

334. H. Bluhm, « *Die Entstehung des ersten gesamtdeutschen Patentgestzes* », *GRUR* 1978, cahier 8/9, p. 341-346

335. O. Depenheuer, « *Der Mieter als Eigentümer ?* », *NJW* 1993, p. 2561-2564

336. E. Deutsch, « *Das Eigentum als absolutes Recht und als Schutzgegenstand der Haftung* », *MDR* 1988, p. 441

337. K. Döbler, « *Geistiges Eigentum zu schützen ist ein Paradox* », *Die Zeit*, 29 janvier 2009, n° 6

338. Ch. Engel, *Das Recht der Gemeinschaftsgüter* (« Le droit des biens communs »), *Die Verwaltung* n° 30, 1997, p. 429-479, consultable sur le site de l'Institut Max Planck de recherche sur les biens communs : <http://www.coll.mpg.de>

339. O.-F. von Gamm, « *Zur Lehre vom geistiges Eigentum* », *UFITA* vol. 94, 1982, p. 73-78

340. Th. Gergen, *Zum Urheberrecht Hannovers im 18. und 19. Jahrhundert, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 125, p. 181-198

341. H.-P. Götting, « *Der Begriff des geistiges Eigentums* », *GRUR* 5/2006, p. 353-440

342. E. E. Hirsch, « *Die Werkherrschaft – ein Beitrag zur Lehre von der Natur der Rechte an Geisteswerken* », *UFITA* n° 36, 1962, p. 19-54

343. E. Kant, « *Von der Unrechtmäßigkeit der Büchernachdruck* » (*De l'illégitimité de la reproduction des livres*), *Berlinische Monatschrift* 1785, p. 403-417, rééd. *UFITA* n° 106, 1987, p.137-144, traduction française dans le recueil *Vers la paix perpétuelle, et autres textes*, Flammarion, 2006

344. R. Kerfack, M. Paschke, « *Wie klein ist die kleine Münze ?* », *ZUM* 1996, p. 498-503

345. J. Kohler, « *Die Idee des geistigen Eigentum*s », *Archiv für die civilistische Praxis (ACP)* 32, 1894, p. 141-242, rééd. *UFITA* n° 123, 1993, p. 99-167

346. J. Kohler, « *Das Immaterialgütterrecht und seine Gegner* », *UFITA* n° 123, 1993, p. 81-97

347. M. Lange, « *Kritik der Grundbegriffe von geistigen Eigentum* », 1852, rééd. *UFITA* n° 117, 1991, p. 169-248

348. F. Machlup, « *Patentwesen* », *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Mohr, 1962, p. 231-252

349. A. Ohly, « *Geistiges Eigentum* », *JZ* novembre 2003, p. 545-554

350. D. Olzen, « *Die geschichtliche Entwicklung des Zivilrechtlichen Eigentumsbegriff* », *JuS* 1984, p. 328-335

351. L. Pahlow, « *Intellectual property, propriété intellectuelle und kein geistiges Eigentum ? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenem Rechtsbegriff* », *UFITA* 2006, p. 705

352. H. Püschel, « *Die Ideologie des geistigen Eigentums und das sozialistische Urheberrecht der DDR* », *Staat und Recht* 1967, cahier 10, p. 1589-1604

353. M. Rehbinder, « *150 Jahre moderne Urheberrechtsgesetzgebung in Deutschland* », *ZUM* 1989, p. 328

354. M. Rehbinder, « *Johann Caspar Bluntschlis Beitrag zur Theorie des Urheberrechts* », *UFITA* n° 123, 1993, p. 29-48

355. G. Roeber, « *Urheberrecht oder geistiges Eigentum* », *UFITA* n° 21, 1956, p. 150-196

356. B. Samson, *Das neue Urheberrecht*, *UFITA* n° 47, 1966, p. 1

357. S. Strömholm, « *Der Urheberrechtliche Werkbegriff in der neuere nordischen Rechtslehre* », *GRUR* 1963, p. 433-489

358. E. Wadle, « La protection des marques en Allemagne – Un précis de l'histoire bicentenaire », conférence pronocée à la réunion annuelle de l'*International*

Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (*ATRIP*) de 1996, publiée par l'unbiversité de la Sarre sur son site électronique : <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/>

359. E. Wadle, « *Der Einfluß Frankreichs auf die Entwicklung gewerblicher Schutzrechte in Deutschland* », *in* G. Lücke, G. Ress, M. R. Will, *Rechtsvergleichung, Europarecht und staatenintegration – Gedächtnis für L.-J. Constantinesco*, Carl-Heymanns Verlag, 1983, p. 871-898

3) Droit anglais

Liste des abréviations:

CLJ : *Cambridge law journal*

EIPR : *European intellectual property review*

IPQ : *Intellectual property quarterly*

LQR : *Law quartely review*

YLJ : *Yale law journal*

360. M. Anderson, « *Applying traditional property laws to intellectual property transactions* », *EIPR* 1995, p. 236-241

361. T. Aplin, « *When are compilations original ?* », *Digital Technology Law Journal*, 2001, vol. 3, n° 1

362. V. M. Batzel, « *Legal monopoly in liberal England* », dans la revue *Business History*, Londres, vol. XXII, 2 juillet 1980, p. 189-202

363. L. Bently, « *From communication to thing : Historical aspects to the conceptualisation of trade marks as property* », *Univ. Iowa Legal Studies Research Paper*, november 2007, p. 1-48

364. L. Bently, « *Requiem for registration ? Reflections on the history of the United Kingdom registered designs system* », *in* A. Firth, *Perspectives on intellectual property, The prehistory and development of intellectual property systems*, Sweet and Maxwell, Londres, 1997

365. L. Bently, « *Copyright and the death of the author in Literature and law* », *The Modern law Review*, 1994, vol. 57, p. 973-986

366. D. J. Brennan, « *The evolution of english patents claims as property definers* », *IPQ* 2005, p. 361-399

367. S. Brodhurst, « *Is copyright a chose in action?* », *LQR* vol. 11, 1895, p.64

368. R. P. Burns, « *Blackstone's theory of the « absolute » rights of property* », *University of Cincinatti law review* (*UCLR*) 1985-86, p. 67-85

369. W. V. Caenegem, « *Intellectual property law and the idea of progress* », *IPQ* 2003, p. 237-256

370. A. Christie, « *Reconceptualising copyright in the digital era* », *EIPR* vol. 11, 1995, p. 522-530

371. W. R. Cornish, « *The expansion of intellectual property rights* », *in* G. Schricker, Th. Dreier, A. Kur, *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 9-22

372. G. Dallimore, « *A step forward: excluding « technical » from the test for patentable subject matter* », *Articles & Papers*, Boult Wade Tennant, novembre 2005

373. J. Davis, « *European trademark law and the enclosure of the commons* », *IPQ* 2002, p. 342-368

374. J. Edelmann, *Gain-based damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002

375. H. W. Elphinstone, « *What is a chose in action?* », *LQR* vol. 9, 1893, p. 311

376. T. Endicott, M. Spence, « *Vagueness in the scope of copyright* », *LQR* vol. 121, 2005, p. 657-680

377. A. Firth, J. Fitzgerald, « *Equitable assignments in relation to intellectual property* », *IPQ* 1999, n° 2, p. 228-249

378. Ch. Geiger, « *Constitutionnalising intellectual property law ? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union* », *International review of intellectual property and competition law* (*IIC*) 4/2006, p. 371-406

379. G. Hardin, « *The tragedy of the commons* », *Science*, vol. 162, décembre 1968, p.1143-1148

380. M. A. Heller, « *The boundaries of private property* », *YLJ*, vol. 108, n° 6, p. 1163-1223

381. W. N. Hohfeld, « *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* », Yale University Press, 1919, rééd. 1946, p. 1-114

382. E. W. Hulme, « *Privy council law and practice of letters patent for invention from the Restoration to 1794* », *LQR* vol. 33, 1917, p. 63-75 et p. 180-195

383. W. N. R. Lucy et C. Mitchell, « *Replacing private property: the case for stewardship* », *CLJ* novembre 1996, p. 566-600

384. F. Machlup, E. Penrose, « *The Patent controversy in the nineteenth century* », *The Journal of economic history*, 1950, rééd. Kraus Reprint, 1967

385. Th. W. Merrill, H. Smith, « *What happened to property law and economics?* », *YLJ* 2001, vol. 111, p. 357-398

386. J. E. Penner, « *The bundle of rights picture of property* », *University of California law review* (*UCLA*) 1995-96, p. 711-820

387. F. Pollock, « *What is a thing?* », *LQR* vol. 10, 1894, p. 319

388. C. M. Rose, « *Canons of property talk, or Blackstone's anxiety* », *YLJ* 1988-1999, p. 601-632

389. G. Samuel, «« *Le droit subjectif » and English law* », *CLJ* juillet 1987, p. 264-286

390. C. Seville, « Chronique du Royaume-Uni », *RIDA* n° 214, octobre 2007, p. 132-195

391. C. Seville, « La transposition par le Royaume Uni de la directive 2001/29 », *RIDA*, n° 202, octobre 2004, p. 185-221

392. Ch. Sweet, « *Choses in action* », *LQR* vol. 10, 1894, p. 303 et vol. 11, 1895, p. 238

393. J. Waldron, « *What is private property ?* », *Oxford journal of legal studies*, 1985, vol. 5, n° 3, p. 313-349

394. D. Wallis, « *Coherent european contract law, political tendencies* », *in lecture at the centre for european private law*, Munster, 6 juillet 2006, lisible sur son site, à la page *Archive of press articles* : <http://www.dianawallismep.org.uk/articles/>.

395. T. C. Williams, « *Is a right in action in tort a chose in action?* », *LQR* vol. 10, 1894, p. 143.

396. T. C. Williams, « *Property, things in action and copyright* », *LQR* vol. 11, 1895, p. 223

V / RESSOURCES ELECTRONIQUES

1) Général

397. Conseil de recherches en art et sciences humaines (*Art and Humanities Research Council*), *Primary sources on copyright* (archive de textes normatifs et d'ouvrages en propriété intellectuelle en Italie, Allemagne, France, Grande-Bretagne et Etats-Unis) : <www.copyrighthistory.org>

398. R. Vigneron, *Droit romain* : <http://vinitor.egss.ulg.ac.be/index.html>

2) Droit allemand

399. Gouvernement fédéral allemand, « Loi fondamentale pour la république fédérale d'Allemagne » (traduction française), accessible à l'adresse : <http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Loifondamentale/loi-fondamentale.html>

400. Institut Max Planck d'Histoire juridique européenne (*Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*), *Digitale Bibliothek* : <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm>

401. Ministère allemand de la justice, « *Gesetze und Verordnungen* » (lois et ordonnances) : < http://www.gesetze-im-internet.de/aktuell.html>

Traduction anglaise du *BGB* :
<http://bundesrecht.juris.de/englisch_bgb/index.html>
Autres lois en version originale : <http://bundesrecht.juris.de/aktuell.html>

3) Droit anglais

402. Centre de droit Pierce (*Pierce Law Center*), *IP Mall* (bibliothèque électronique de livres rares en propriété intellectuelle) : <http://ipmall.info/hosted_resources/ip_antique_library.asp>

403. Fondation d'histoire du Parlement (*History of Parliament Trust*), *British history online* (publication de textes historiques anglais) à l'adresse : <http://www.british-history.ac.uk>

404. Office d'information sur le secteur public (*Office of Public Sector Information, OPSI*), *Acts of the UK Parliament and explanatory notes* : <http://www.opsi.gov.uk/acts>

405. Office de la propriété intellectuelle (*Intellectual property office*) : <http://www.ipo.gov.uk>

VI / RAPPORTS, AVIS, COMPTES-RENDUS (PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)

1) Général

406. V. Foucher, *Le congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858*, Paris, 1858

407. E. Romberg, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique*, Bruxelles, Paris, Londres, 1859

408. H. Grothe, *Der internationale Patent-Congress in Wien, 4-9 August 1873*, Berlin, Springer, 1873

409. V. Hugo, Discours d'ouverture du Congrès littéraire international de 1878, *Actes et Paroles*, volume 4, *Depuis l'Exil, 1876-1885*

410. *Congrès littéraire international de Paris*, Comptes-rendus et documents, Société des Gens de lettres, Paris, 1879

411. *Actes de la conférence internationale pour la protection de la propriété industrielle réunie à Paris du 6 au 28 mars 1883*, 2ème éd., 1900, Bureau international de l'Union, Berne

2) Droit français

412. Boufflers, « Sur la propriété des auteurs de nouvelles découvertes et inventions en tous genres d'industrie », rapport rendu à l'Assemblée nationale le 30 décembre 1790, consultable (suivi du décret du 7 janvier 1791) sur le site : <http://gallica.bnf.fr>.

413. Boufflers, « Sur l'application des récompenses nationales aux inventions & découvertes en tous genres d'industrie en exécution de la loi du 11 août 1790 », rapport fait à l'Assemblée nationale le 9 septembre 1791, consultable sur le site : <http://gallica.bnf.fr>.

414. Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), avis n° 2004-1, 3 mars 2002, relatif à la propriété intellectuelle et aux libertés individuelles

415. CSPLA, avis n° 2004-2, 3 mars 2002, relatif à la propriété littéraire et artistique et au droit de la concurrence

416. CSPLA, avis n° 2005-2, 7 décembre 2005, relatif au téléchargement des œuvres

3) Droit allemand

417. Académie pour le droit allemand (*Akademie für deutsches Recht*), *Das Recht des schöpferischen Menschen*, Imprimeries nationales, Berlin, 1936

418. W. Schubert, *Akademie für deutsches Recht 1933-1945, Protokolle der Auschüsse*, tome 1: *Auschüsse für den gewerblichen Rechtsschutz, für Urheber- und Verlagsrecht sowie für Kartellrecht (1934-1943)*, Peter Lang, Berlin, 1999

419. A. Kur, A. Peukert, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht*, consultable sur me site de l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle : <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungahme_mpi_rl_2004-48-eg.pdf>

4) Droit anglais

420. *Committee* Banks, *British patent system*, H.M.S.O., 1970

421. A. Gowers, *Gowers review on intellectual property*, novembre 2006, rapport fait au ministre anglais des Finances, consultable sur le site du ministère des finances : <http://www.hm-treasury.gov.uk/media/583/91/pbr06_gowers_report_755.pdf>

422. Secrétariat d'Etat à la culture et Ministère des communications, *Digital Britain, The final report*, rapport présenté au Parlement le 16 juin 2009, consultable à l'adresse : <http://www.culture.gov.uk/what_we_do/broadcasting/5631.aspx/>

VII / PRINCIPALE JURISPRUDENCE CITÉE ET COMMENTAIRES (PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)

1) Jurisprudence française

- Tribunaux judiciaires

423. Cass. req., 14 décembre 1857, affaire dite *Verdi*, *Dalloz périodique* (*DP*) 1858, 1, p. 163 ; *Sirey*, 1858, 1, p. 145

424. Tribunal de la Seine 19 août 1876 et Chambre des requêtes de la Cour de cassation, 16 août 1880, affaire dite *Masson*, *Sirey* 1881, 1, p. 25

425. Cass. req., 25 juillet 1887, affaire dite *Grus*, *Sirey* 1888, p. 17, observations de Ch. Lyon-Caen

426. CA Paris, 1er février 1900, *Sirey* 1900, 2, p. 121, note Saleilles

427. Cass. req., 25 juin 1902, cassant l'arrêt de la CA Paris du 1er février 1900, affaire dite *Lecoq*, *Sirey* 1902, 1, p. 305 et *Dalloz périodique*, 1903, 1, p. 5

428. Cass. civ., 14 mai 1945, affaire dite *Canal*, *D.* 1945, p. 285, note Desbois

429. Cass. civ., 29 novembre 1960, *RTDCom.* 1961, p. 607 et s., note Desbois

430. CA Paris, 29 octobre 1987, *Ann. Prop. Indus.* 1988, p. 300

431. CA Lyon, 26 octobre 1989, *D.* 1992, somm. 313

432. Cass. 1ère civ., 10 mars 1999, affaire dite *Café Gondrée*, *RTDCiv.* 1999, p. 859-868, obs. F. Zénati ; H. Périnet-Marquet, « Droits du propriétaire sur l'image de son bien », *D.* 1999, p. 1877-78 ; *JCP G* 1999, jur. 10 078, comm. P.-Y. Gautier

433. Cass. 1ère civ., 2 mai 2001, *JCP G* 2001, II, 10 553, obs. C. Caron ; *RTDCiv.* 2001, p. 618-626, obs. Th. Revet

434. Cass. 1ère civ., 29 mai 2001, *D.* 2001, A. J. 1952 ; *PI* n°1, octobre 2001, p. 71, obs. Sirinelli ; *CCE* 2002, comm. 81, note Caron

435. Cass. com., 24 septembre 2001, *PIBD* 2001, III, p. 451

436. Cass. 3ème civ., 20 mars 2002, *Dalloz* 2002, somm. comm. 2507 ; H. Périnet-Marquet, « Empiétement, régime juridique », *JCP G* 2002, I, 176

437. CA Paris, 4ème ch. A, 30 avril 2003, *PI* n° 8, juillet 2003, chron. p. 322, obs. Bénabou ; *D.* 2003, AJ, p. 1760, obs. C. Manara

438. Cass. com., 24 septembre 2003, *D.* 2003, n°39, p. 2683, obs. Caron ; C. Verneret, « Vente de marchandises « contrefaites » : deux solutions contradictoires de la Cour de cassation ? », *PI* avril 2004, n° 11, p. 591

439. Cass. 1ère civ., 13 novembre 2003, affaire dite *Utrillo*, *CCE* 2004, comm. 2 et *D.* 2004, jur. p. 200

440. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *RTDCiv.* 2004, p. 528-533, obs. Th. Revet ; *JCP G* 2004, I, 171, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP G* 2004, II, 10 085, obs. C. Caron

441. Cass. 1ère civ., 25 mai 2005, *Propriétés intellectuelles*, n° 16, juillet 2005, p. 345

442. CA Paris, 4ème ch. A, 4 avril 2007, *RTDCom.* 2007, p. 357, note F. Pollaud-Dulian

443. Cass. 1ère civ., 2 octobre 2007, *JCP G* 2008, I, 158 ; *Légipresse* 2008, n°250, III, p.61 et *CCE* 2008, Comm. 2 et Étude 3

444. Cass. 1ère civ., 19 juin 2008, *CCE* 2008, comm. n° 102, note C. Caron

- Conseil constitutionnel

445. Cons. const., décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 sur la loi de finances pour 1974, L. Philip, « La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel », *Revue du droit public*, 1974, p. 531 et 1099

446. Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, M. de Villiers, « Du principe des nationalisations, contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste », *Revue administrative* 1982, p. 153 ; L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *Revue du droit public*, 1982, p. 377-433

447. Cons. const., décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984 sur la loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, *Revue du droit public*, 1986, p. 395, obs. L. Favoreu ; *D.*, 1985, IR, p. 360, note L. Hamon

448. Cons. const., décision n° 85-189 DC du 17 juillet 1985 sur la loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, *Revue du droit public*, 1986, p. 395, obs. L. Favoreu

449. Cons. const., décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, L. Favoreu, *Revue française de droit constitutionnel* 1991, p. 293

450. Cons. const., décision n° 94-346 du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *RTDCiv.* 1995, p. 656-658, obs. F. Zénati

451. Cons. const., décision n° 98-403 DC, 29 juillet 1998 sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *RTDCiv*. 1999 (1), p. 132-142, obs. Zénati

452. Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, V.-L. Bénabou, « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *PI* 2006, n° 20, p. 240-243 ; Th. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTDCiv*. 2006, p. 791 ; M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *PI* avril 2007, p.193-201

2) Jurisprudence allemande

- Tribunaux judiciaires

La jurisprudence de la cour fédérale de justice (*BGH*) est consultable sur le site de la Cour, « *Entscheidungen des BGH* » (décisions du *BGH*) : <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

453. *BGH*, ch. civile, 18 mai 1955, *Tonband / Grundig - Reporter*, *UFITA* 1955, vol. 20, p. 314 ; *GRUR*, 1955, p. 492

454. *BGH* , 27 janvier 1983, I ZR 177/80, *Brombeer-Muster*, *GRUR* 1983, p. 377

455. *BGH*, *Inkassoprogramm*, 9 mai 1985, 1 *ZR* 52/83, *GRUR* 1985, p. 1041

456. *BGH*, 10 décembre 1987, I ZR 198/85, *Vorentwurf II*, *GRUR* 1988, p. 533

457. *BGH*, 9 mars 1989, *Verwertung der Fotografie eines Privathauses – Friesenhaus*, I ZR 54/87, *NJW* 1989, cahier 36, p. 2251 – 2253

458. *Landgericht* Düsseldorf, 30 avril 2002, Az. 4a O 95/01 : <http://www.duesseldorfer-archiv.de>

459. *BGH*, 2 décembre 2004, *Klemmbausteine III*, I ZR 30/02

460. *BGH*, 3 février 2005, I ZR 159/02

461. *BGH*, 25 septembre 2008, V ZB 59/08

- Tribunal constitutionnel fédéral

A partir de 1998, la jurisprudence est consultable sur le site du Tribunal constitutionnel fédéral, « *Entscheidungen* » (décisions) : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>.

462. *BVerfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, 1 BvR 765/ 66, *UFITA* vol. 63, 1972, p. 279 ; *GRUR*, 1972, p. 481

463. *BverfG*, 8 juillet 1971, *Schallplatten*, 1 BvR 766/66, *GRUR* 1972, p. 491

464. *BVerfG*, 11 octobre 1988, *Vollzugsanstalten*, I BvR 743/46

465. *BverfG*, 3 octobre 1989, 1 BvR 775-86, *GRUR* 1990, cahier 3, p. 183 ; consultable sur le site de l'université de la Sarre, à l'adresse : <http://archiv.jura.uni-saarland.de/urheberrecht/entscheidungen/bverfg/1bvr775-86.html>

3) Jurisprudence anglaise

- Chambre des lords

La jurisprudence de la Chambre des lords est consultable sur son site, « *Judicial business* » (publications des décisions judiciaires rendues par la Chambre entre le 14 novembre 1996 et le 30 juillet 2009) :
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm>.

466. *House of lords* (*HL*), 13 mai 1965, *National Provincial Bank v. Ainsworth*, [1965] AC 1175

467. *HL*, 27 juillet 2000, *Attorney General v. Blake and Another*, 4 *All ER* (*All England Law Reports)*, p. 385

468. *HL*, 23 novembre 2000, *Designer Guild Ltd v. Russell William (Textiles) Ltd*, *FSR* 2001, p. 113

469. *HL*, 30 juillet 2009, *Original Respondent and Cross-appellant v Brooker and others (Original Appellants and Cross-respondents)*, [2009] UKHL 41

- Autres juridictions

Cette jurisprudence est consultable sur le site de l'Institut d'information juridique britannique et irlandais (*British and Irish Legal Information Institute*), *Access to freely available British and Irish public legal information* (base de données juridiques anglaises et irlandaises) : <http://www.bailii.org/>

470. *Court of appeal* (*CA*),1900, *Walter V. Lane*, *Law reports, appeal cases (AC)*, p. 539 ; W. Cornish, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 270

471. *High Court of Justice* (*HCJ*), 1916, *University of London Press v. University Tutorial Press, Law reports*, 1916, p. 209s ; D. I. Bainbridge, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 132, p. 42

472. *HCJ* (*Privy Council*), 1923, *Macmillan v. Cooper*, *Times Law reports (TLR)* 1924, p. 186, bibliographie, n° 457 ; D. I. Bainbridge, *Cases and Materials*, précité, bibliographie, n° 135, p. 44

473. *HCJ* (*Queen's bench division*), 9 février 1977, *Bernstein v Skyviews & General Ltd*, [1977] EWHC QB 1, bibliographie, n° 458

474. *HCJ) (Patents Court)*, 7 juin 1979, *Smith Kline and French v. Harbottle*, (bibliographie, n° 459), *Fleet street reports* (*FSR*), 1979, p. 555 ; *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, 1980, vol. 97, n° 13, p. 363-380 ; W. R. Cornish, *Cases and materials*, précité, bibliographie, n° 138, p. 123

475. *HCJ, Plix products v. Frank M. Winstone*, 1986, *Fleet street reports (FSR)* 92, bibliographie, n° 460 ; W. R. Cornish, *Cases & materials*, précité, bibliographie, n° 138, p. 2

476. *HCJ*, 29 juin 2004, *Electrocoin Automatics v. Coinworld*, [2004] EWHC 1498 (Ch), bibliographie, n° 461, au § 136

477. *CA*, 11 mai 2006, *Desnousse v. London Burrough of Newham etc*., [2006] EWCA Civ 547, bibliographie, n° 462

478. CA (civ.), 27 octobre 2006, *Aerotel v. Telco Holdings et Macrossan's application*, [2006] *EWCA* 1 371, bibliographie, n° 463

479. *CA*, 14 mars 2007, *Nova Productions v. Mazooma Games*, [2007] EWCA Civ. 219, bibliographie, n° 464

480. Cour suprême du Canada, 26 juillet 2007, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20, consultable sur le site de la Cour : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/index.html>, bibliographie, n° 465, § 16

481. *CA*, 20 février 2009, *Office of communications v. The Information Commissionner*, [2009] EWCA Civ 90, bibliographie, n° 466

Index

A

Abolitionnisme
183-191, 207-207, 214 et 217, 225, 231, 244, 274, 376

Abus
665-667
- abus de jouissance d'un droit réel sur la chose d'autrui : 507

Académie de droit allemand
305, 339, 344

Acte créateur
- découverte juridique de l'~ : 133, 149, 173
- désignation du titulaire par l'~ : 135, 149
- ~, fondement du droit : 218, 261, 314, 332, 464-465, 480, 505
- marque : 330, 535

Acte intellectuel (voir « acte créateur »)

Actes non commerciaux
722-727

Actes accomplis à titre expérimental
745

Actes accomplis à titre privé et à fins non commerciales
724-725, 751

Appellations d'origine
600-701

Appropriabilité
- en droit commun : 8, 291, 402, 422-424, 451-466, 482-483, 522, 672
- en droit intellectuel : 252, 451-484

Arrêts de règlement de 1777
103-104, 137, 17, 321

Artistes-interprètes
475, 700-703, 735

B

Base de données
700-703

Blackstone (William)
17, 160, 409, 584, 671

Bonne foi
2434, 661, 667- 669

Boufflers
91, 120, 142, 153, 207

C

Calico Printers Act 1787
116, 164

Canal (arrêt)
295 (notes 675 et 676), 333 (note 780)

Choses communes (*res communes*)
99, 425, 451-466, 485, 535, 538, 562

Choses hors du commerce
455, 458

Choses in action
321, 408-411, 521

Choses in possession (voir « *choses in action* »)

Confédération germanique (Voir « décision fédérale »)

Constitution
- Constitution impériale allemande : 243, 252
- Constitution de Weimar : 350
- Loi fondamentale : voir « loi fondamentale »
- Constitution française de 1946 : 738
- Constitution française de 1958 : 334
- Constitution européenne : 363
- En Angleterre : 49, 740

Concurrence
- limitation par la propriété intellectuelle : 78, 121
- parenté avec la propriété intellectuelle : 224, 244, 391, 472, 477
- complémentarité avec la propriété intellectuelle : 469, 643, 684-691
- intégration à la propriété intellectuelle : 365, 689
- propriété intellectuelle et distortion de concurrence : 371-372

Conditions de protection
- instrument de mesure du bien intellectuel : 437, 471, 477, 678, 506, 681
- ~ ou condition d'existence ? 463

Contrat
- fondement du droit intellectuel : 120, 156, 197, 238, 302, 389

Convention de Berne
246, 248, 299, 308, 364-365, 380

Convention de Paris
217, 247, 364-365

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)
356-357, 362, 740, 744

Contrefaçon
- défenseurs de la ~ : 107
- constitution de la ~ : 437, 660-663, 669, 697, 703, 724, 752
- droit d'agir : 643
- effet des exceptions : 709, 732
- marchandises contrefaisantes hors du commerce : 458
- proximité avec la concurrence déloyale : 685-686
- pirates : 776

Copie privée
720

Copyright Acts
- 1801, 1814, 1842 : 227, 234, 255
- *International Copyright Act 1838* : 263
- 1911, 1956 : 312

Copyright, Designs and Patents Act (CDPA)
- adoption : 323

Corporalité
- principe de ~ : 13, 22, 99, 107, 112, 198-201, 414-415, 433, 517, 545
- critique du principe de ~ : 353
- distinction des biens corporels et des biens incorporels : 17, 281, 408, 420, 509, 524-525
- exploitation corporelle – exploitation incorporelle : 598
- matérialité du bien intellectuel : 443-497
- matérialité du droit intellectuel : 496

Corporations
68-71, 121, 127

Courte citation
752

Créance
- la ~ comme objet de droit : 23, 414, 417, 524
- la ~ comme fondement du droit intellectuel : 554-559

Crise
- ~ de la propriété intellectuelle au XIX^{ème} siècle : 176-208
- ~ de la propriété intellectuelle au XX^{ème} siècle : 772-779
- ~ du droit de propriété : 584

D

Décision fédérale (de l'Assemblée de la Confédération germanique)
73, 110
- Décision fédérale de 1837 : 112, 162

Décrets révolutionnaires
- droits des auteurs : 104-105, 137, 161
- droits des inventeurs : 91, 118, 120

Décret sur les dessins et modèles de 1806
119, 144, 164-165

Loi sur les marques de 1803
121, 146

Démembrement
- de la propriété : 582, 612-622
- du droit intellectuel : 623-630

Dépôt (voir « formalités »)

Développement (technique, industriel, culturel)
43, 72, 93, 155, 185-186, 300, 359, 366-368, 375, 422, 774-775

Dissolution
- du concept de propriété : 199, 584
- de la propriété intellectuelle : 480

Distinctivité
168-171, 439, 447, 695

Divulgation, publication
- de l'invention : 120, 155-157, 197,
- extinction de la propriété littéraire par la ~ : 99, 203, 220

Domaine public
454, 461
- biens publics : 458, 622
- ~ payant : 302, 304

Dommages-intérêts (*damages, Schadensersatz*)
99, 117, 227, 657-662, 666, 687, 690

Donaldson v. Becket
100, 105, 197, 234

Droit communautaire
- ~ et propriété des biens intellectuels : 48, 352-353, 369-375, 379-380
- harmonisation du droit intellectuel : 447-448, 475, 607-608, 663, 668, 759

Droit constitutionnel
- droit allemand : 14, 24-25, 349-351, 417, 421, 739, 743, 745
- droit français : 21, 331, 423, 622, 738, 744, 745

Droit de reproduction (voir « reproduction (droit de) »)

Droits de l'homme, droits fondamentaux
- protection de la propriété (y compris la propriété intellectuelle) : 1, 20, 128, 174, 334, 361-363, 729, 735, 738-742
- opposition au droit intellectuel : 5, 92, 775

Droit de représentation (voir « Représentation (droit de) »)

Droit de location
607

Droit moral
- de l'auteur : 257, 295, 299, 307, 339-340, 351, 502-503, 593, 597-598
- de l'inventeur : 603
- et personnalisme : 288, 294
- et *copyright* : 296-298, 602

Droit naturel
1, 70, 77, 92, 97, 100, 103, 107, 111, 118-119, 122, 131, 136, 194-197, 217, 218, 220, 226, 262, 310, 340

Droit personnel (voir « *jus in personam* »)

Droit réel (voir « *jus in rem* »)

Droits patrimoniaux, droit patrimonial
- protégés comme propriétés par le droit constitutionnel allemand : 24, 351, 417
- leur matérialité : 496
- classification des ~ en droit commun : 543-552, 560
- classification et qualification des ~ en droit intellectuel : 293, 593, 596-599, 602-603

Droit sur la chose d'autrui (voir « *jus in re aliena* »)

Droits voisins
476, 696, 699-701

Durée (**des droits intellectuels)**
39, 97, 103-104, 112, 116, 119, 137, 165, 197, 206, 222, 227, 267-270, 335
- expiration : 465

E

Économie
- stimulation par la propriété intellectuelle : 72
- contestation de la propriété intellectuelle : 176, 184, 190, 205, 207-208, 245, 774
- soutien à la propriété intellectuelle : 205, 214

Empiétement
665-666

Enregistrement (voir « formalités »)

Equity
46, 501, 614
- *copyright* : 97-99
- marques : 117, 237

Estates
28-30, 75, 407, 519, 587, 615

Exceptions (voir « limitations »)

Exclusivité
- complémentarité avec l'opposabilité : 572, 631, 640-641, 644, 656 et s.

Expropriation
- en droit commun : 25, 665, 738, 740, 742
- en propriété intellectuelle : 728-732, 732

F

Fair dealing
719
- et marque : 725

Faisceau de droits (théorie du)
393, 498, 577, 579-584, 622

Faute
- objective : 117, 137, 653, 656-663, 690
- intentionnelle : 237

Fief simple absolu (*fee simple absolute*)
29-30, 32, 407, 587, 613, 615

Folklore
476

Formalités (dépôt, enregistrement, publicité)
- dessins et modèles : 116, 119, 165, 332
- marques : 167, 237, 319, 330, 346
- décret de 1793 : 104
- valeur des ~ : 259-261, 271, 330, 329, 449, 535, 648, 681
- délimitation du bien intellectuel : 446, 449
- effet sur l'opposabilité *erga omnes* : 645-652

***Freie Benutzung* (libre utilisation)**
752

G

Génie
- justification du droit intellectuel : 100, 104, 133, 135, 159, 205, 227
- désintéressement du génie : 186

***Geschmacksmustergesetze* (lois allemandes sur les modèles)**
- 1876 : 245
- 2004 : 36

Gower's Report
727 (note 1754), 752 (note 1627), 777 (note 1658)

Grâce
78, 103, 137, 321

Grundgesetz (voir « loi fondamentale »)

H

***Herrschafstrecht* (droit de souveraineté)**
23, 416, 545, 716

I

Image des biens
476, 714-717, 721

***Immaterialgüterrechte* (théorie des)**
23, 224, 283-285, 291-292, 343-346

Immatérialité (voir « incorporalité »)

Immédiateté (du droit sur le bien)
483, 544-546, 550-552, 563, 584

Incorporalité
- de l'objet de propriété : 9, 18, 362, 406-412, 417, 421-423, 436, 481, 515, 615
- du bien intellectuel : 40-41, 198-201, 335

Information
5, 35, 43, 461, 775

Interests
31, 587, 616-617, 627, 647

Intérêt général, public, commun
- prise en compte de l'~ par le droit intellectuel : 91, 100, 192
- dans les conceptions instrumentales du droit intellectuel : 306, 311
- limitation de la propriété ou du droit intellectuel en vue de l'~ : 737, 745-746, 747-756
- expropriation en droit intellectuel : 728-730

Inventivité
203, 343, 438, 446, 462, 467-468, 680

Investissement
478-479, 503, 702

J

Jus in personam
- distinction *in rem – in personam* : 30, 392, 408, 541-551, 556
- droit intellectuel *in personam* : 552-558
- opposabilité : 635-638

Jus in re aliena
- le droit intellectuel, un ~ ? 499-509
- 521, 616, 618-622, 630, 638

K

Kohler (Josef)
192 (note 379), 199 (note 406), 224, 283-285, 292, 343 (note 818)

Klostermann (Rudolf)
204, 225-226, 292

KUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie)
338

L

Lakanal
104, 161

Le Chapelier
104, 121, 161, 303, 335

Liberté et propriété
- assimilation : 14, 24, 82, 128, 382, 417, 460, 505, 775
- antinomie : 82, 87, 89, 93-94, 114, 127, 129, 156, 174, 185-186, 478, 602, 605, 721, 726, 761, 763
- complémentarité : 20, 48, 104-105, 110, 118, 237

Liberté de création
726, 752, 775

Libre-échange, libre-échangisme
184, 214, 229, 368

Libre utilisation (voir « *freie Benutzung* »)

Licences
- licences et cessions : 306, 313, 339, 529, 532, 536, 625, 642-643
- obligatoires, d'office, contraintes : 302, 307, 342, 733-736, 749, 754
- libres : 462

Loi fondamentale (*Grundgesetz*)
14, 24-25, 350, 417, 726, 739-740, 743, 745

Lois impériales allemandes
241, 255, 270, 343

Loi sur la propriété littéraire et artistique de 1957
295, 298, 328, 331

Loi sur le droit d'auteur de 1866
238, 269

Lois sur les brevets
- 1844 : 238, 264
- 1968 : 329, 331

Loi sur les dessins et modèles de 1909
240

Lois sur les marques
- 1824 : 121
- 1857 : 169, 171, 239
- 1964 : 330-331

LUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst)
338

M

Mansfield (lord)
99, 117 (note 239), 234

***Markengesetze* (lois allemandes sur les marques)**
- 1874, 1894 : 244
- 1936 : 344
- 1994 : 36, 346

Matérialité (voir « corporalité »)

Millington v. Fox
117, 236

Monisme
293, 295, 342

N

Nom de domaine
476

Nouveauté de l'invention
151-154, 439, 447, 449
- examen de la ~ : 72, 92, 116

O

Objet du droit intellectuel
- incorporalité de l'~ : voir « incorporalité »
- délimitation : 149-172, 284, 437-450, 700
- confusion du bien intellectuel et du support matériel : 494-498, 508
- identification du droit et de son objet : 255-258, 320, 324, 362
- objet des opérations contractuelles : 527-538

Obligation passive universelle
549, 553, 583, 644

Obtentions végétales
475, 699, 701, 729

Œuvres d'art
497, 503, 555, 718

Opposabilité
634-645, 701, 747
- ~ aux tiers et immédiateté au bien : 544-550
- ~ et exclusivité : 572
- ~ et formalités de publicité : 645-652
- ~ et sanction : 653

Ordonnance sur les dessins et modèles de 2001
332

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)
347, 356-357, 364-367, 375, 692

Originalité
461, 602, 681, 703, 752
- découverte de l'~ : 135
- variabilité en droits anglais, allemand et français : 440-443
- droit communautaire : 448
- relâchement du critère : 468, 470-473

Ownership
30-31, 519, 582, 584, 586, 616-617

P

Parodie
- de marque : 725-727

Passing off
146-147, 684-685, 687-689

Patents Acts (PA)
- 1907, 1949 et 1977 : 321
- 1977 : 36

Patents, Designs and Trademarks Act (PDTA) 1883
235, 253, 255, 260, 262

***Patentsgesetze* (lois allemandes sur les brevets)**
- 1877 : 245
- 1936 : 37, 344

« Petite monnaie »
472, 476

Perpétuité
39, 72, 104, 206, 227, 267-270, 576

Personal property
26, 30-31, 200, 321, 409, 411

Personnalisme
- en droit intellectuel : 108, 129, 135, 139, 143, 147, 270, 285, 288-299, 304, 315, 328, 333, 338-342, 377-379, 381, 442, 456-457, 629
- définition personnaliste du droit réel : 547-552, 553, 557, 560, 583-584, 637-638, 644

Phonogrammes
475, 479, 699-700, 734-735

Photographie
245, 252, 338, 448, 699, 702
- image des biens : 714-717

Piraterie
283, 352, 776

Pouillet (Émile)
103, 223

Préexistant (droit)
59, 97, 105, 119, 240, 259-261, 266, 272

Prérogative royale
76, 97, 100, 260, 321

Programmes d'ordinateur
372, 469, 472, 607, 774

Property rights
- définition : 31, 286, 407, 491, 609, 614-617, 635, 652
- sanction : 654, 654, 666, 703
- qualification des droits intellectuels : 319, 443, 602, 702

Proportionnalité (de la sanction)
664-670

Prusse
92, 109, 112, 190, 270

Publicité (voir « formalités »)

Puissance publique (acte de)
- octroi du droit intellectuel : 92, 250, 259-266, 330
- protection du droit intellectuel : 120, 700

R

Real property (voir « *estates* »)

Régimes matrimoniaux
257, 295

Registered designs Act (RDA) 1949
322, 535

Rémunération (salaire)
- justification du droit intellectuel : 218, 303, 342
- ~ équitable : 342, 735, 555, 727, 730, 731, 735

Renouard (Augustin-Charles)
104, 196, 202, 204, 207, 302

Reproduction (droit de)
- droit de reproduction français : 104, 593, 598, 607, 720
- droit de reproduction allemand (*Vervielfältigungsrecht*) : 109, 245, 270, 720
- droit de reproduction anglais (*right to copy*) : 75, 136, 160, 496, 607, 720
- paralysie : 720, 727

Res nullius
204, 454, 460

Responsabilité
117, 170, 389, 554, 636, 643, 648, 652, 658, 663, 679, 683-692, 604, 760

Restitution
26, 658, 665, 679, 690

Revendication
469-651, 654 (note 1408), 655 (note 1410), 665

Romanisme
13-14, 17-19, 31, 108, 112, 129, 198, 419-420, 577, 586, 616, 671

Routine labor
473

S

Sache
22-23, 414-415, 517, 521

Salaire (Voir « rémunération »)

Sanctions
99, 121, 237, 391, 653-670, 683, 685, 703

Schulbuchprivileg
24 (note 35), 351 (note 855), 417 (note 9), 743 (note 1609)

Sécurité (~ des tiers)
165-167, 423 et s., 651

Souveraineté (pouvoir de)
- droit romain : 11
- ~ sur le bien intellectuel : 272, 351, 416
- voir « *Herrschaftsrechte* »

Semi-conducteurs (produits)
475, 477, 699, 701

***Statute of Ann* (Statut d'Anne)**
74, 97, 99, 101, 105, 127, 136, 160, 197, 234, 268, 296

Statute of Monopolies
89-90, 91, 118, 120, 141, 152, 156

Stationners
68, 75-78, 97

Support matériel
- distinction du bien intellectuel et de son ~ : 59, 119, 159, 203, 488-509, 554-556, 559, 561

T

Tenures
27, 30, 519

Tonband/Grundig-Reporter
351 (note 848)

Trademarks Acts
- *Trade-marks Registration Act 1878* : 237
- 1938 : 322
- 1994 : 35, 322

Traitement national
93, 248, 266

Transmissibilité
322, 342, 625

Trespass
100, 117, 658, 715

U

Unité de l'art
253, 471-472

University of London Press v. University Tutorial Press
443 (note 1000), 473 (note 1064)

***Urheberrechtsgesetze* (lois allemandes sur le droit d'auteur)**
- 1870 : 242, 338
- 1965 : 37, 341

V

Vidéogrammes
475, 479, 699-700

Voisins (droits)
334, 475, 699-701

Table des matières

Introduction générale 1

I / Le point de référence de la comparaison : le droit de propriété 2

A) Droit, concept et idée de propriété 2
B) Les origines historiques de la propriété 3
- L'héritage des coutumes germaniques 4
- Les diverses réceptions du droit romain 5

C) Définition du droit de propriété 8
- L'unicité du droit de propriété français 9
- La dualité du droit de propriété allemand 10
- L'éclatement du droit de propriété anglais 12

II / Le déroulement de la comparaison : « propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français » 16

A) Propriété intellectuelle 16
B) Propriété intellectuelle et droit de propriété 18
C) Droits anglais, allemand et français 20
- La dimension comparatiste 21
- La perspective communautaire 22
- L'enjeu de droit comparé 23

PARTIE I LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ DANS L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DES DROITS INTELLECTUELS 25

TITRE 1 : LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ DANS LA NAISSANCE DES DROITS INTELLECTUELS MODERNES 31

Chapitre 1 - La préhistoire des droits intellectuels 33

Section 1 : Les monopoles des corporations 34

Section 2 : Les privilèges individuels 36

Section 3 : La propriété éditoriale 38

A) La propriété éditoriale anglaise 38
B) La propriété éditoriale française 39
C) La propriété éditoriale en Allemagne 41

Conclusion du chapitre 1 43

Chapitre 2 - Les premiers textes modernes et leur doctrine 45

Section 1 : L'évolution des privilèges 46

A) Le *Statute of Monopolies*, matrice de l'évolution des privilèges 46
B) L'influence du *Statute* sur le droit français 48
C) L'évolution des privilèges en droit allemand 49

Section 2 : De la propriété éditoriale à la propriété des auteurs 52

A) La propriété des œuvres en droit anglais : *common law* contre *Statute* 52
B) Le prototype français de la propriété littéraire 57
C) La propriété des œuvres en droit allemand 61

Section 3 : L'apparition des propriétés industrielles 66

A) La propriété industrielle en Angleterre 66
B) La propriété industrielle en France 68
C) La propriété industrielle en droit allemand 72

Conclusion du chapitre 2 74

Chapitre 3 - Les premiers éléments techniques de la modernité 77

Section 1 : L'identification des titulaires des droits intellectuels 78

A) Le transfert aux auteurs du droit sur leurs œuvres 78
B) La limitation aux inventeurs du droit sur les inventions 81
C) Le droit des modèles 83
D) La subjectivisation du droit sur la marque 83

Section 2 : L'identification des biens intellectuels 86

A) La définition de l'invention nouvelle et utile 86
B) La définition de l'œuvre originale 88
C) La spécificité des dessins et modèles 90
D) La définition du signe distinctif 92

Conclusion du chapitre 3 95

Conclusion du titre 1 96

TITRE 2 : LE MODÈLE DE LA PROPRIÉTÉ DANS LA CRISE ET LA RÉSISTANCE DU DROIT INTELLECTUEL AU XIX^{ÈME} SIECLE 97

Chapitre 1 - La remise en cause de la propriété intellectuelle 99

Section 1 : Le mouvement abolitionniste 100

A) Les arguments abolitionnistes 100
B) Du réformisme à l'abolitionnisme 102

Section 2 : La récusation de la doctrine de la propriété des biens intellectuels .. 105

A) Le déclin du droit naturel 105
B) L'insaisissabilité de l'objet incorporel 108
C) La vocation collective de l'objet intellectuel 110
D) L'origine collective du bien intellectuel 111

Conclusion du chapitre 1 115

Chapitre 2 - Le maintien de la propriété intellectuelle 117

Section 1 : La résistance de l'idée de propriété intellectuelle 118

A) Le maintien des droits intellectuels 118
B) La résistance de la théorie de la propriété intellectuelle en doctrine 121
C) La défense de la théorie de la propriété intellectuelle devant les parlements ... 126

Section 2 : La persistance du modèle théorique de la propriété 129

A) La persistance du modèle propriétaire en droit anglais 129
B) La persistance du modèle propriétaire en droit français 132
C) Les lois impériales allemandes 134
D) Les conventions internationales 137

Section 3 : La confirmation technique du modèle de la propriété 139

A) La généralisation du champ de l'appropriation 139
B) L'existence d'un bien intellectuel 140
C) Les conditions d'accès à la protection 143
D) L'aspiration à la perpétuité 146

Conclusion du chapitre 2 149

Conclusion du titre 2 150

TITRE 3 : TRADITIONS ET RENOUVEAUX AU XX^{ÈME} SIECLE 151

Chapitre 1 - Le développement de nouveaux modèles théoriques 153

Section 1 : Les théories du droit *sui generis* 154

A) Les droits intellectuels 154
B) Les *Immaterialgüterrechte* 155

Section 2 : La théorie personnaliste 158

A) Le personnalisme et le monisme allemands 158
B) Le personnalisme français 160
C) En Angleterre 162

Section 3 : Les conceptions intrumentalistes du droit intellectuel 164

A) La qualification salariale du droit d'auteur 164
B) Le national-socialisme en Allemagne 166
C) Le droit de la République Démocratique d'Allemagne 168
D) Le droit anglais 169

Conclusion du chapitre 1 171

Chapitre 2 - La confirmation des traditions nationales en droit positif 173

Section 1 : La continuité du modèle de la propriété en Angleterre et en France 174

A) Le droit anglais 174
B) Le droit français 178

Section 2 : La variété des modèles allemands 183

A) Le personnalisme du droit d'auteur allemand 183
B) L'évolution du droit des biens industriels allemands 186
C) Le retour du concept de propriété intellectuelle en Allemagne 189

Conclusion du chapitre 2 194

Chapitre 3 - Le dépassement des traditions nationales par le droit international et le droit communautaire 195

Section 1 : Le développement du droit international 196

A) La propriété intellectuelle dans les déclarations des droits de l'homme 196
B) L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle 197
C) L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce 199

Section 2 : L'harmonisation par le droit communautaire 200

A) La correction des distorsions de concurrence 200
B) La création d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples » 201
C) La protection de la propriété intellectuelle comme forme de propriété 202

Conclusion du chapitre 3 203

Conclusion du titre 3 204

Conclusion de la partie 1 205

PARTIE 2 LES DROITS INTELLECTUELS ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT POSITIF 207

TITRE 1 : LE BIEN - COMPARAISON DES OBJETS DE LA PROPRIÉTÉ ET DU DROIT INTELLECTUEL 213

Chapitre 1 - Analyse substantielle du bien 215

Section 1 : La possibilité de l'incorporalité 216

A) La corporalité du bien en droit anglais 216
- L'incorporalité du bien immobilier 216
- *Choses in action* et *choses in possession* 217
- Les biens intellectuels 219

B) La corporalité du bien en droit allemand 220
- La matérialité du *BGB* 220
- Les objets de « droits de souveraineté » 221
- Le droit constitutionnel allemand 222

C) La corporalité du bien en droit français 223
- L'influence romaniste 223
- La possibilité de l'incorporalité en droit français 224

Section 2 : La délimitation du bien 226

A) Les incertitudes de la corporalité 226
- La netteté limitée des critères corporels 226
- Le recours à des critères incorporels 227

B) Les incertitudes de l'incorporalité 229
- Les incertitudes des critères intellectuels 230
- La recherche de la certitude 233

Section 3 : La délimitation du domaine appropriable 237

A) La préservation d'un domaine exclusif de la propriété privée 237
- La symétrie du droit des biens et du droit intellectuel 238
- L'importance des *res communes* en droit intellectuel 240

B) L'extension du domaine intellectuel appropriable 244
- L'extension de l'objet des droits intellectuels principaux 245
- L'apparition de nouveaux droits intellectuels 248

Conclusion du chapitre 1 252

Chapitre 2 - Analyse fonctionnelle du bien 255

Section 1 : Le bien matériel et le bien intellectuel 256

A) La distinction des biens corporel et intellectuel 256
- Le principe de la distinction 256
- Les porosités de la distinction 258

B) L'hypothèse du *jus in re aliena* 260
- Le droit intellectuel, *jus in re aliena* 260
- Critique 262

Section 2 : Le bien et le droit 265

A) La distinction du droit et du bien 265
- Les théories du droit-bien 265
- La distinction du droit et du bien : retour à la chose-bien 268

B) Les opérations contractuelles comme révélateur du bien intellectuel 272
- La cession du droit 273
- La cession du bien 274
- La cession du droit et du bien 275
- Synthèse de la typologie 276

Section 3 : Le bien dans la relation aux tiers 278

A) La distinction des droits *in rem* et *in personam* 278
- La distinction classique 278
- Le rapprochement des droits *in rem* et *in personam* 280
- Synthèse 283

B) L'hypothèse du droit personnel 284
- Le droit intellectuel, droit personnel de créance 284
- Critique 286

Conclusion du chapitre 2 288

Conclusion du titre 1 289

TITRE 2 : LE DROIT SUR LE BIEN - COMPARAISON DU CONTENU DE LA PROPRIÉTÉ ET DU DROIT INTELLECTUEL 291

Chapitre 1 - Définition positive du droit sur le bien 293

Section 1 : La méthode de définition du droit 294

A) La définition du droit de propriété 294
- La doctrine anglo-américaine du « faisceau de droits » 295
- La définition de la propriété en droits positifs anglais, allemand et français 298

B) La définition du droit intellectuel 300
- Les définitions unitaires et synthétiques 300
- Les définitions synthétiques et énumératives 301

- Les définitions analytiques limitatives 304
- Synthèse de la typologie 306

Section 2 : Droit réel général et droits réels particuliers 309

A) Droit de propriété et « droits démembrés » 309
- La contradiction des droits français et allemand 309
- La souplesse du droit anglais 311
- La résolution de la contradiction ? 313

B) Droit principal et droits « cédés » 315
- Les cessions partielles du droit intellectuel 315
- La constitution de droits réels 316

Section 3 : L'opposabilité du droit 319

A) L'opposabilité absolue 319
- Le principe d'opposabilité absolue 320
  - Droit de propriété 320
  - Droit intellectuel 322
- Les règles de publicité et d'enregistrement 324
  - Droit foncier 324
  - Droit intellectuel 325

B) L'automaticité de la sanction 328
- Le recours aux sanctions du droit de propriété 328
- L'objectivité de la faute civile 329
  - Droit de propriété 330
  - Droit intellectuel 331
- L'indifférence à la gravité du préjudice ? 333
  - Droit de propriété 333
  - Droit intellectuel 334

Conclusion du chapitre 1 336

Chapitre 2 - Définition négative du droit sur le bien 337

Section 1 : Les confins de la propriété intellectuelle 338

A) Logique d'attribution des biens et logique de responsabilité 338
- La logique d'attribution de biens 339
- La logique de responsabilité 339

B) Une zone grise dans le droit intellectuel ? 343
- Le droit sur les marques 343
- Les nouveaux droits de propriété intellectuelle 345

Section 2 : Les limitations du droit 350

A) Le mode opératoire des limitations du droit 351
- L'inexistence du droit 352
- La paralysie du droit 357
- La perte du droit 360
- Les licences et cessions forcées 361

B) La justification et la portée des limitations du droit 363
- La relativité essentielle du droit de propriété 363
- La portée des contraintes de la propriété 368
  - Limitations générales 368
  - Limitations restreintes 370
  - Synthèse 371

Conclusion du chapitre 2 373

Conclusion du titre 2 374

Conclusion de la partie 2 375

CONCLUSION GÉNÉRALE - ÉPILOGUE 379

Bibliographie 385

Index 413

RÉSUMÉ EN FRANCAIS

La propriété intellectuelle mérite-t-elle son nom ? Relève-t-elle, en droits anglais, allemand et français du droit commun des biens ou ne peut-elle l'approcher que par analogie ? Une étude historique de la question montrera que le droit intellectuel s'est construit sur le modèle de la propriété ; non seulement il s'est inscrit dans son sillage politique et dogmatique, mais il en a aussi repris bien des traits distinctifs. L'analyse du droit actuel confirmera et approfondira la structure fondamentale commune au droit de propriété et au droit intellectuel : immédiateté du droit sur le bien, exclusivité générale, opposabilité absolue.

Mots-clés : propriété intellectuelle, droit de propriété, droit réel, droit comparé allemand-anglais-français, histoire

RÉSUMÉ EN ANGLAIS

Intellectual property and the right of property in english, french and german law

Does intellectual property deserve its name? Does it belong, in english, german and french law to the law of goods? A historical study of this question will show that the construction of the intellectual rights followed the model of the property. Not only did it raise the same political and dogmatic issues, but it also borrowed from the right of things many of its distinctive features. The analysis of the actual law will confirm and further investigate the common fundamental structure which caracterizes the right of property and the intellectual rights: immediate attribution of the thing, general exclusivity, exigibility erga omnes.

Key-word: *Intellectual property, property right, right in rem, comparative law english-german-french, history*