

RIDA

Revue Internationale du Droit d'Auteur

275

janvier 2023

trimestrielle

SOMMAIRE

275

DOCTRINE

*La construction juridique de l'auteur
au service de l'œuvre ? (fin XIX^e-début du XX^e siècle) 5*

Olga EVSEEVA

Chercheur doctorant

Université Paris 2 (Panthéon – Assas)

Le droit moral... et sa destinée européenne 65

Philippe GAUDRAT

Professeur émérite de l'Université de Poitiers

SUMMARY

275

DOCTRINE

*The legal construction of the author
at the service of the work? (late 19th-early 20st century) 127*

Olga EVSEEVA

Doctoral researcher

Paris 2 University (Panthéon-Assas)

Moral Right... and its european destiny 179

Philippe GAUDRAT

Professor emeritus of the University of Poitiers

**LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DE L'AUTEUR
AU SERVICE DE L'ŒUVRE ?
(FIN XIX^e – DÉBUT DU XX^e SIÈCLE)**

OLGA EVSEEVA

Chercheur doctorant

Université Paris 2 (Panthéon – Assas)



La période des années 1880-1920 est une époque de démocratisation et de commercialisation de la culture. C'est ce début du xx^e siècle qui sert de point de départ pour la culture que l'on va appeler plus tard « culture de masse » et pour les industries, que l'on va appeler « les industries culturelles ». L'avènement capitaliste de nouvelles industries dans le domaine de la culture, le créateur travaillant au service de l'argent, le public de plus en plus large accédant à la culture, la diversité du répertoire des œuvres susceptible de satisfaire tous les goûts, tout cela étant conjugué au développement progressif des marchés internationaux dans le domaine culturel. Ce sont les caractéristiques essentielles du climat de cette époque.

Dans ce contexte, l'organisation de la création de la valeur culturelle devient de plus en plus complexe et industrialisée. Dans un environnement concurrentiel accru, l'œuvre n'a plus de valeur *per se* : c'est son utilité économique et culturelle qui la transforme en une valeur. Or, c'est l'activité faite autour de l'œuvre qui met en évidence son utilité. C'est pourquoi, afin d'être une valeur et un produit concurrentiel, l'œuvre doit faire partie d'une activité qui la valoriserait, en permettant d'assurer son financement, sa visibilité, sa qualité et sa compétitivité. C'est à travers cette activité que sa valeur est déterminée, c'est sous le prisme de cette activité que sa valeur existe. L'exploitation de l'œuvre devient donc condition nécessaire de sa valeur. Ainsi, afin d'être transformée en une valeur, l'œuvre doit être affectée à l'activité d'une personne qui aurait suffisamment de ressources et un statut élevé pour pouvoir l'exploiter d'une façon effective.

Au cours de cette période, comme l'activité de mise en valeur de l'œuvre gagne progressivement de l'importance en demandant de plus en plus de ressources, dans beaucoup de cas la création même de l'œuvre dès le début est effectuée à l'initiative, sous la direction et sur le compte de son futur exploitant. C'est lui qui prend en charge tous les risques et tous les coûts liés à la production de l'œuvre et sa distribution. Cela contraste fortement avec la pratique créative de l'époque antérieure où l'on ne procédait à l'exploitation de l'œuvre qu'une fois qu'elle avait été créée.

Dans ces conditions, les rapports de production de la valeur culturelle, eux aussi changent. Les personnes qui créent d'une manière isolée deviennent beaucoup moins nombreuses qu'à l'époque précédente. La quantité des

personnes impliquées dans le processus créatif augmente considérablement ; de nombreuses œuvres se créent en collaboration, dans un travail d'équipe et/ou au sein de l'entreprise. Les entreprises sont particulièrement intéressées à participer à la création de la valeur de l'œuvre. Outre les bénéfices liés à la valeur créée, cela contribue davantage à leur performance et compétitivité.

La création de la valeur culturelle étant à l'origine de bénéfices pour son producteur et/ou exploitant, elle demande aussi beaucoup d'investissements. Pourtant, leur retour n'est pas du tout assuré à cause des risques qui sont aussi considérablement augmentés. Il s'agit notamment, des cas de contrefaçon qui, dans le contexte de l'intensité de la coopération et la compétitivité au niveau international, deviennent de plus en plus répandus. C'est pourquoi la nécessité apparaît d'assurer plus de sécurité juridique d'exploitation à tous ceux qui utilisent les produits culturels dans leur activité. Or, comment assurer l'exploitation libre et paisible et protéger contre la contrefaçon celui qui exploite l'œuvre et la valorise ? Il faut renforcer sa position juridique par une titularité des droits. Mais comment le rendre titulaire des droits, alors même que selon le droit d'auteur, tel qu'il était encore au milieu du XIX^e siècle, c'était le créateur de l'œuvre qui l'était, en tant que son créateur, son auteur ?

En effet, au milieu du XIX^e siècle le droit d'auteur de nombreux pays mettait plus en avant la figure du créateur effectif de l'œuvre, non seulement en tant qu'auteur, mais aussi en tant que son propriétaire (titulaire des droits). La titularité initiale du créateur était mise en valeur même dans le cas où il avait créé l'œuvre en tant que salarié. Ni le contrat de commande, ni le contrat de louage de services à cette époque n'avait encore retenu une attention

particulière¹. La figure du producteur-exploitant au milieu du XIX^e siècle a été presque ignorée. Même s'il y avait des hypothèses où l'auteur et/ou propriétaire de l'œuvre était une personne autre que le créateur, elles n'étaient pas nombreuses. La reconnaissance d'un créateur en tant qu'auteur et titulaire des droits était une règle et les exceptions en étaient très rares².

Cependant, malgré toute l'importance donnée au créateur en sa qualité d'auteur et propriétaire, la notion même d'auteur n'a reçu vers le milieu du XIX^e siècle qu'une très faible conceptualisation. Les considérations autour de l'auteur s'étaient encore limitées aux aspects patrimoniaux, suite à une faible concrétisation du droit moral en pratique, et notamment du droit à la paternité. On ne distinguait pas toujours assez clairement les droits d'auteur sur l'œuvre et le droit de propriété sur l'objet matériel. À cela s'ajoute également l'absence de distinction nette entre « l'auteur » et « le titulaire des droits », le mécanisme de transfert des droits ayant été développé à un niveau assez primitif.

D'après ce qui précède, à la fin du XIX^e siècle, le droit d'auteur n'apparaît pas prêt à prendre en compte les nouveaux enjeux économiques et technologiques. Il devient ainsi nécessaire d'attribuer la titularité des droits à

1. Fisk parle ici d'une certaine indépendance garantie pour les auteurs-employés, à qui avait été attribuée la propriété sur l'œuvre : « The independence guaranteed by intellectual property ownership that courts had guarded for creative employees in the nineteenth century... », Fisk, C. L. *Working knowledge : employee innovation and the rise of corporate intellectual property, 1800-1930*, Univ. of North Carolina Press, 2009, p. 9. V. aussi Oren Bracha, *The ideology of authorship revisited : Authors, markets, and liberal values in early American copyright*. Yale LJ, 2008, vol. 118, p. 186 et s. : « Direct challenges to the ownership of creators by employers or persons who commissioned their work hardly arrived to the courts », p. 251.

2. Parmi ces exceptions étaient le cas des œuvres collectives, ainsi que la reconnaissance de l'État et d'autres personnes morales en tant qu'auteur (propriétaire) de l'œuvre. Même dans l'hypothèse des œuvres collectives, les créateurs conservaient, semble-t-il, certains droits sur l'œuvre, V. Blanc, É., *Traité de la contrefaçon en tous genres, et de sa poursuite en justice*, 1855, p. 35.

l'exploitant. Mais la faible conceptualisation du droit d'auteur est une raison pour laquelle la redistribution des droits en faveur de l'exploitant provoque les secousses de la notion même d'auteur...

Cette tendance d'aménagement de la construction de l'auteur est commune à de nombreux pays durant la période des années 1880 – 1920. Les pays de l'Europe occidentale, la Grande-Bretagne et les États-Unis d'Amérique, ainsi que la Russie (avec certaines réserves), par exemple, sont touchés par les mêmes défis liés au progrès du capitalisme et à ses mutations culturelles et sociales. Il est vrai que la tendance est plus marquée chez les nations « industrielles », que chez les nations demeurées « agricoles ». Mais le besoin du renouvellement des principes juridiques à la base du droit d'auteur dans chacun de ces pays se fait de plus en plus sentir. C'est pourquoi les principaux axes de discussions sont partout les mêmes, d'autant plus que la différence entre le droit d'auteur et le copyright n'existe pas encore (cette distinction est un produit des époques postérieures). Pour les pays-membres de l'Union de Berne, les discussions sont confortées et orientées par les premiers pas que fait la Convention de Berne, aussi bien que par la revue *Le Droit d'Auteur*³ (un organe mensuel du bureau international de l'Union de Berne)⁴. La France

3. La revue *Le Droit d'Auteur* constituait un centre permanent d'information, de documentation et d'étude en droit d'auteur, rayonnant sur le monde entier. Cette revue publiait des conventions et des traités conclus entre les États, leurs législations nationales, elle donnait l'aperçu de leur jurisprudence actuelle, ainsi qu'elle éclairait d'autres nouvelles dans le domaine du droit d'auteur et communiquait des études générales pour une problématique précise. Un véritable lieu des rapprochements internationaux en la matière. La revue est disponible en ligne <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34465651m/date>

4. L'Union de Berne à l'époque influençait considérablement le développement du droit d'auteur dans beaucoup de pays. En effet, la Convention de Berne concernant la création d'une Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1886 (ci-après – *la Convention de Berne de 1886*) servait « de plus en plus de modèle et d'avant-garde », *Le Droit d'Auteur*, n° 10, 1911, p. 130.

et l'Allemagne y ont une influence tout à fait particulière et exerçaient une participation très active. À cette époque, ces deux États déterminent souvent l'agenda des discussions, et même ont le mot décisif dans les débats. Par ailleurs, le droit d'auteur, tel qu'il est élaboré en France et en Allemagne, est un exemple à suivre pour d'autres pays sur le plan national⁵. L'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) est aussi un acteur transnational très important. Fondée en 1878, elle est impliquée dans la préparation des conférences internationales et dans l'élaboration des instruments juridiques, destinés à la meilleure protection des droits d'auteurs.

De nombreux pays sont donc amenés à uniformiser leur régulation et à renforcer la position juridique de celui qui valorise l'œuvre. C'est ainsi que la personne qui valorise l'œuvre, mais qui n'est pas forcément son créateur effectif, en devient auteur (titulaire des droits). (La valorisation de l'œuvre comme condition d'en être auteur (titulaire des droits) – I). Cependant, n'importe quelle personne intéressée ne peut devenir auteur (titulaire des droits), il s'agit surtout de celle qui dispose de plus de ressources et qui est la mieux placée (c'est-à-dire qui a un statut ou une position assez élevés) par rapport aux autres. La qualité d'auteur (titularité des droits) est attribuée non seulement à celui qui a besoin d'utiliser l'œuvre dans son activité en la valorisant, mais aussi et surtout à celui qui peut le faire de la façon la plus performante. C'est pourquoi l'auteur (titulaire des droits) n'est que celui qui valorise l'œuvre et celui qui valorise l'œuvre n'est auteur (titulaire des droits) que dans la mesure où il la valorise. L'auteur (titulaire des droits) n'est qu'un

5. C'est ainsi que l'Allemagne a directement et considérablement influencé le développement du droit d'auteur en Russie.

instrument de valorisation de l'œuvre. (La notion d'auteur (titulaire des droits) en tant qu'instrument de valorisation de l'œuvre – II).

L'analyse de cet article portera ainsi sur le « valorisateur » de l'œuvre qui est considéré comme l'auteur (titulaire des droits) dans la période des années 1880-1920. L'émergence de ce phénomène n'a pas été linéaire, elle n'a pas été voulue ou décidée « d'en haut ». Elle s'est imposée par les défis du contexte, d'une façon assez contingente. Dans le texte qui suit je vais montrer des différentes facettes de ce phénomène qui émerge dès la fin du XIX^e siècle. Plus particulièrement, l'image qui sera déployée devant le lecteur démontrera les vicissitudes subies par la titularité des droits qui dérive directement de la qualité d'auteur et qui, au lieu d'appartenir au créateur de l'œuvre, peut être attribuée à la personne qui la valorise. En revanche, tous ceux qui ont reçu les droits de la part de l'auteur (titulaire des droits) même, y compris les sociétés d'auteurs, restent en dehors de l'intérêt de cet article. Certes, dans ces cas la titularité des droits était aussi destinée à renforcer la position d'un « valorisateur » l'œuvre; mais il s'agit ici plutôt d'assurer l'enchaînement de l'œuvre d'un « valorisateur » à l'autre. Or, l'analyse qui suit va se pencher exclusivement sur les principes selon lesquels on choisissait le « valorisateur » parmi toutes les personnes impliquées dans la création de la valeur.

I. LA VALORISATION DE L'ŒUVRE COMME CONDITION D'EN ÊTRE AUTEUR (TITULAIRE DES DROITS)

La valorisation de l'œuvre résulte d'un ensemble d'activités qui permet de transformer l'œuvre en une valeur. La valorisation de l'œuvre sous-

entend, notamment, son exploitation. Or, cette exploitation traduit un lien d'association entre l'œuvre et celui qui l'exploite, qui s'affermi progressivement au fur et à mesure de sa valorisation. En effet, dans la pratique sociale, c'est une personne qui exploite l'œuvre, qui dans beaucoup de cas aux yeux des autres commence à y être associée, souvent comme son auteur, tandis que le lien entre le créateur et son œuvre dans la perception sociale peu à peu se réduit (la valorisation transformant l'exploitant en la personne associée à l'œuvre – **A**). Ce lien d'association entre l'œuvre et la personne qui l'exploite est d'une importance décisive, pour la reconnaître comme son auteur (titulaire des droits). Ainsi, l'exploitant associé à l'œuvre en devient son auteur (titulaire des droits) (l'exploitant associé à l'œuvre devenant son auteur (titulaire des droits) – **B**).

B. La valorisation transformant l'exploitant en la personne associée à l'œuvre

Face aux enjeux de l'époque, le créateur n'est pas souvent susceptible de valoriser lui-même son œuvre, faute de ressources et statut nécessaires (le créateur de l'œuvre n'étant pas susceptible de la valoriser — **1**). Par conséquent, ce n'est pas lui qui y est associé (le créateur de l'œuvre n'étant plus associé à l'œuvre créée – **2**).

1. Le créateur de l'œuvre n'étant pas susceptible de la valoriser

Face aux enjeux de l'époque et au regard des changements de la manière de créer de la valeur, dans de nombreux cas l'emprise de l'exploitant sur la valorisation de l'œuvre devient très caractérisée. Il s'agit, notamment, des cas

où le créateur de l'œuvre a un statut engagé, il crée des œuvres au sein des entreprises et/ou sur commande, il travaille en tant que « nègre » ou en tant que fonctionnaire public, participe à la création d'une œuvre collective ou anonyme. Cette nouvelle structuration des rapports établie entre le créateur et l'exploitant au sujet de la production de la valeur a pour conséquence la diminution drastique de la portée de l'activité créative. Dans ces hypothèses, ce n'est pas tant la création de l'œuvre en tant que telle qui devient importante, que l'activité faite autour de l'œuvre ou par rapport à elle (son financement, l'organisation du processus de sa création et de son exploitation, sa visibilité et la contribution à son succès auprès du public...). Le rôle d'une activité créative devient donc beaucoup moins important que celui d'une activité transformant l'œuvre en un objet d'exploitation, en mettant ainsi en évidence son utilité et l'utilité de son exploitation, effective ou potentielle. Ainsi, l'activité créative ne devient qu'une activité parmi d'autres contribuant à la valorisation de l'œuvre. Le créateur, ayant créé l'œuvre, ne la valorise pas seul, voire pas du tout. Il ne s'agit pas de dire que l'activité créative n'a rien à voir avec la valorisation de l'œuvre. Mais désormais la contribution de l'activité créative dans la création de la valeur de l'œuvre n'est pas toujours évidente et déterminante, n'est pas considérée comme acquise et allant de soi, n'est pas une condition sine qua non. En réalité, la valorisation pouvant supposer toute sorte d'activité, la portée de l'activité créative devient assez limitée. C'est dire que les activités ayant trait à la valorisation de l'œuvre, peuvent être de caractère complètement différent.

Par conséquent, dans ces hypothèses ce n'est pas la personne créant l'œuvre en tant que telle, mais la personne qui l'exploite qui, a priori, est la mieux placée (par rapport à son créateur), pour effectuer sa valorisation.

Non seulement c'est grâce à l'activité de l'exploitant que l'œuvre acquiert de la valeur, mais aussi c'est à la suite de son initiative et à l'aide de ses moyens que la création même de l'œuvre a lieu ou devient possible. D'ailleurs, les frontières mêmes entre l'activité créative et l'activité faite autour de l'œuvre s'estompent. En effet, l'organisation et l'inspiration de l'activité créative, ainsi que la direction de ce processus ou toute autre activité semblable, ne sont-elles pas parfois dotées d'un certain caractère créatif? D'autant plus que non seulement la portée de l'activité créative devient limitée, mais dans beaucoup de domaines la nature même de l'activité créative change. Dans les conditions de l'industrialisation croissante, suite à la substitution de la machine-outil au travail purement manuel, mais aussi afin de satisfaire la demande croissante sur le marché et faire vite pour assurer le retour des investissements à l'exploitant, l'activité des créateurs au sein des entreprises se réduit. Elle se réduit à la répétitivité des tâches et la spécialisation excessive, quand les créateurs n'ont pas de vision de « produit dans son intégralité »⁶. Le créateur est plutôt considéré comme « une main-d'œuvre spécialisée, capable d'exécuter des tâches imposées », qui peut par ailleurs être facilement remplacé⁷. Dans ces conditions, dans de nombreux de cas, l'activité créative est perçue comme une profession, un simple métier. Les créateurs eux-mêmes acceptent d'être engagés ainsi, par la nécessité de vivre et de gagner leur pain quotidien.

6. Pezone, R. F. *L'Art dans tout : les arts décoratifs en France et l'utopie d'un Art nouveau*. CNRS Éditions via OpenEdition, 2016, p. 34. V. aussi *Commission d'enquête sur la situation des ouvriers et des industries d'art : instituée par décret en date du 24 décembre 1881 (Rapport de M. Antonin Proust)*, Paris, Impr. de A. Quantin, 1884. Elle a été lancée auprès des industries d'art. Les avis des fabricants, recueillis dans le cadre de l'enquête, contiennent les informations précieuses sur la perception de l'activité créative par ces industriels dans le domaine des arts appliqués.

7. Pezone, *op. cit.*, p. 37.

Tout cela se conjugue parfaitement au fait que, suite au développement progressif du capitalisme, le statut de l'exploitant gagne progressivement de l'importance. Pour ce qui est des entreprises, leur statut se renforce encore davantage grâce à la coopération entre elles. Il s'agit ici non seulement d'une concentration et de la « formation de groupes industriels toujours plus puissants »⁸, mais aussi de « la multiplication de firmes de taille réduite utilisant des outils modernes et travaillant de façon complémentaire avec les géants de l'industrie »⁹. Or, le statut économique et social d'une personne à cette époque a une importance capitale et est décisif sur sa capacité à valoriser l'œuvre, car il donne accès à plus d'opportunités. En revanche, dans de nombreux cas, le créateur a un statut social très bas. Si encore au milieu du XIX^e siècle, le statut du créateur était assez élevé par rapport aux exploitants, à partir de la fin du XIX^e siècle, la figure du créateur peut être représentée par toutes les couches de la société. Il n'est donc pas étonnant que souvent le créateur n'ait ni ressources ni statut lui permettant de valoriser son œuvre, au point même qu'il n'y est pas toujours associé.

En effet, face à l'emprise grandissante de l'exploitant, dans la perception sociale, le créateur cesse d'être associé à l'œuvre créée en tant que son « auteur ». Puisque c'est l'exploitant qui valorise l'œuvre et la présente au public, c'est souvent lui en pratique qui y est associé. Il exploite donc l'œuvre en s'imposant même souvent comme son auteur véritable.

8. La concentration des entreprises est un « phénomène commun aux pays industriels à la fin du XIX^e siècle, même si elle prend une ampleur plus grande en Allemagne et aux États-Unis avec les cartels et les trusts », Brasseur, Jacques, *Petite histoire des faits économiques et sociaux. Des origines à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 164-193, disponible en ligne <https://www.cairn.info/petite-histoire-des-faits-economiques-et-sociaux--9782200285081-page-164.htm>.

9. *Ibidem*.

2. Le créateur de l'œuvre n'étant plus associé à l'œuvre aux yeux du public

Dans le contexte du changement de la portée de l'activité créative qui s'est produit à cette époque, le créateur, en tant que personne qui, grâce à ses efforts, participe à la création effective de la plupart des œuvres, est souvent ignoré. Dans de nombreux domaines il n'est pas perçu et reconnu comme auteur. On ne parle pas de lui et il fait face même à une certaine indifférence sociale quant à son statut de créateur. Le créateur ne se manifeste pas et le public, de son côté, ne le recherche. On serait tenté de penser que cette ignorance économique et sociale de l'auteur-créateur en pratique ne concerne que certaines catégories d'œuvres. Mais, étant donné l'ampleur des œuvres concernées, dont l'origine aux yeux du public n'est pas liée à leur créateur, l'importance des enjeux économiques et technologiques pour les créer fait qu'il serait erroné de prétendre qu'elles se situent à la périphérie du système. De plus, avec le progrès économique et social, les cas où le créateur n'est pas socialement reconnu en tant qu'auteur se multiplient progressivement.

Les hypothèses des ateliers photographiques, des industries des arts appliqués et même des entreprises phonographiques¹⁰, sont des exemples les plus éloquents où le créateur engagé n'a pas été reconnu et a été complètement ignoré en tant qu'auteur de l'œuvre. Aux yeux du public, cette production a été associée avec les noms des entreprises et non pas avec les employés qui l'ont produite. Par exemple, dans le domaine des arts industriels, l'artiste « ne

10. Dans la mesure où dans certains pays à l'époque, tels que l'Allemagne, les phonogrammes ne sont pas considérés comme des enregistrements techniques, mais comme une activité individuelle créative et sont donc protégés par le droit d'auteur.

bénéficiait pas de la considération due à tout créateur original », ayant été « considéré comme un simple praticien »¹¹. Mais cette ignorance d'un créateur dans ce domaine devient aussi évidente si l'on visite n'importe quel musée des arts décoratifs ou appliqués qui commencent à s'établir dans de nombreux de pays dès la deuxième moitié du XIX^e siècle. Tous les objets exposés en tant que pièces de collection et dont la création date d'avant les années 30 du XX^e siècle, au moins dans les cas de leur création par les créateurs employés, sont souvent signés d'un nom de l'entreprise et ne sont connus que par ce nom.

La portée limitée de l'activité créative pour la valorisation de l'œuvre, ainsi que le statut social souvent bas du créateur dans toutes ces hypothèses ont pour résultat que le créateur n'a ni de statut ni de ressources pour se faire connaître en tant qu'auteur véritable de l'œuvre. Il n'est donc pas étonnant qu'il n'ait pas toujours réclamé sa reconnaissance comme « auteur ». Bien sûr, il existe des cas où le créateur reste associé à son œuvre, en dépit même de l'emprise de l'exploitant sur sa valorisation. À cette époque c'est notamment le cas des journalistes. Tout en étant des créateurs engagés, ils peuvent signer leurs œuvres et se considèrent comme des « auteurs ». Leur perception de soi comme « auteurs » a visiblement influencé les dispositions prises à l'époque lors des réformes législatives¹². Il est à remarquer cependant que même si pour

11. Pezone, *op. cit.*, p. 36.

12. Un commentateur d'un futur projet de loi des Pays-Bas sur le droit d'auteur, évoque : « ... sauf stipulations contraires, est réputé auteur celui dans le service duquel (in dienst van een ander) l'œuvre a été créée... On reproche à cette disposition qu'elle ne cadre pas avec le reste de la loi, basée sur la protection du véritable auteur, et qu'elle pourrait être appliquée, à leur grand détriment, aux journalistes qui travaillent pour un journal... Les journalistes demandent que tous les travaux signés par eux soient soustraits à cet article », *La révision de la législation hollandaise sur le droit d'auteur*, Le Droit d'Auteur 1912, n° 7, p. 99. V. également les mêmes arguments évoqués lors des discussions du projet de loi en Grande-Bretagne, Le Droit d'Auteur 1912, n° 1, p. 10, 1^{er} col. Idem en Allemagne : « Für Schriftwerke würde es meistens, namentlich bei Zeitungen, der Auffassung des Verkehrs widersprechen, wenn man

les œuvres valorisées par l'exploitant le créateur n'est pas toujours ignoré, il l'est quand même dans de nombreux cas. La perception de soi comme « auteur » de l'œuvre, ainsi que la reconnaissance sociale du créateur sont loin d'être omniprésentes. Cela reste très fragmentée et dépend non seulement d'un domaine à l'autre, mais aussi des circonstances d'espèce.

Ainsi, non seulement le créateur ne peut pas se faire connaître, mais dans beaucoup de cas il veut se dissimuler en préférant ne pas se manifester en tant qu'auteur. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles il abandonne son œuvre au profit d'une autre personne¹³ ou tout simplement décide de garder son anonymat, en restant ainsi ignoré, cela de son propre choix (n'étant pas intéressé par le statut d'auteur, par exemple). En effet, à cette époque le « nombre des œuvres anonymes et pseudonymes s'est accru considérablement en raison de la situation actuelle si mouvementée [...] non seulement dans le domaine de la littérature où les procédés employés pour garder le « doux secret » de la paternité de l'œuvre sont fort en usage parmi les débutants et les écrivains de théâtre, ou dans le domaine de la presse périodique où l'anonymat forme plutôt la règle, du moins dans bien des pays, mais aussi dans le domaine des arts figuratifs et surtout dans celui de l'art appliqué à l'industrie où la signature est l'exception »¹⁴.

das Urheberrecht an den Beiträgen der Mitarbeiter uneingeschränkt dem Verleger zuschreiben wollte », *V. Reichstagsverhandlungen 10. Leg. Per. II. Sess. 1900/1901, Nr. 214 der Drucksachen (Kommissionsbericht)*, disponible en ligne https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k10_bsb00002800_00444.html (ci-après – *Bericht LUG Nr. 214*), pp. 1273-1274.

13. Ce qui, évidemment, est une pratique courante à l'époque : « Il se présente un grand nombre de cas où la publication est faite sous un autre nom que celui de l'auteur, où la propriété de l'ouvrage est revendiquée, dès le jour de sa création, par une personne autre que lui », *Pandectes françaises : nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence, Propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, 1894, n° 196, p. 28.

14. *Le Droit d'Auteur*, 1917, n° 8, p. 88.

Le fait que le créateur n'est plus associé à l'œuvre, est une raison de plus pour que la notion d'auteur (titulaire des droits) soit aménagée.

B. L'exploitant associé à l'œuvre devenant son auteur (titulaire des droits)

Comme montré précédemment, la personne exploitant l'œuvre y est associée, parce qu'elle la valorise. Faisant suite à cette pratique sociale, la notion d'auteur (titulaire des droits) commence à s'appliquer d'une façon qui favorise tout particulièrement l'exploitation de l'œuvre et la personne y étant impliquée. C'est dans ce sens que le législateur, la doctrine et la jurisprudence redistribuent la titularité des droits. Ainsi, la personne exploitant l'œuvre en devient son auteur (titulaire des droits). L'exploitation devient donc une condition pour être auteur (titulaire des droits), afin que la personne exploitant l'œuvre puisse la valoriser (l'exploitation déterminant la notion d'auteur (titulaire des droits) – 1). En effet, dans de nombreux cas à cette époque c'est de l'effectivité de l'exploitation que dépend la valorisation de l'œuvre. Dans ces hypothèses, alors, l'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant doit permettre l'exploitation de l'œuvre plus effective (l'exploitation justifiant la notion d'auteur (titulaire des droits) – 2).

1. L'exploitation déterminant la notion d'auteur (titulaire des droits)

Puisque c'est l'exploitant qui souvent, en pratique, valorise l'œuvre, la notion d'auteur (titulaire des droits) commence à s'adapter. C'est ainsi que beaucoup de catégories des personnes, impliquées non pas tant dans l'activité

créative, que dans l'activité autour de l'exploitation de l'œuvre, accèdent à un titre d'auteur (titulaire des droits). À part le créateur, la notion d'auteur (titulaire des droits), dès le dernier tiers du XIX^e siècle, inclut désormais dans son orbite l'employeur, l'auteur de la commande, l'éditeur, l'État, les sociétés savantes et les académies¹⁵... La législation de nombreux pays, accompagnée de la jurisprudence et de la doctrine, s'adapte en précisant ou en réaménageant les constructions juridiques existantes, mais aussi en introduisant de nouvelles. Dans leurs lois sur le droit d'auteur, les dispositions concernant le contrat de louage d'ouvrage ou de services sont introduites pour la première fois, tandis que le régime de la qualité d'auteur (titularité des droits) des personnes morales a été complété et précisé (y compris dans le cas des œuvres créées pour les services publics et l'État)¹⁶. En fonction du pays, cette tendance également concerne l'aménagement du régime de la qualité d'auteur (titularité des droits) sur les œuvres créées en collaboration ou collectives (recueils, revues périodiques et journaux, compilations...), aussi bien que sur les œuvres posthumes, anonymes et pseudonymes, sans oublier

15. Pour la France, Vaunois en donne un tour d'horizon bref et précis : Vaunois A., Darras M., et Geoffroy H., *La Propriété littéraire et artistique*, J.-Cl. Civ. Annexes, Paris, 1927, Div. E, Ch. II « Titulaires du droit d'auteur ».

16. En voici des exemples des pays où les dispositions législatives sont très explicites sur ce sujet : En Grande-Bretagne, le principe de la titularité initiale de l'exploitant est établi dans l'article 5 de la nouvelle loi adoptée du 16 décembre 1911, V. le texte en français in *Le Droit d'Auteur* 1912, n° 2, p. 17 et s. ; la loi des Pays-Bas sur la réglementation nouvelle du droit d'auteur du 23 septembre 1912, contient à cet égard deux articles – l'art. 7 et 8, *Le Droit d'Auteur* 1912, p. 146 et s. ; selon l'art. 62 de la loi des États-Unis modifiant et codifiant les lois concernant le droit d'auteur du 4 mars 1909, « l'expression « auteur » comprendra l'employeur s'il s'agit d'œuvres faites en louage de service », *Le Droit d'Auteur*, n° 5, 1909, p. 61 et s.

d'autres hypothèses^{17, 18}. Par exemple, Pouillet parle dans son ouvrage de la pratique assez intéressante suivante : « Il y a des individus dont la spécialité est de s'entremettre entre les directeurs de spectacles et les auteurs, de colporter les pièces, de théâtre en théâtre, et d'en obtenir, par leurs relations et leurs démarches, la représentation ; ils exigent, la plupart du temps, pour ce service, une part des droits d'auteur et même l'indication de leur nom sur l'affiche, ils peuvent devenir ainsi de véritables collaborateurs, dans le sens légal du mot, tout comme s'ils étaient des écrivains et s'ils avaient réellement collaboré à la pièce... »¹⁹.

La tendance à investir l'exploitant de la qualité d'auteur (titularité des droits) se retrouve dans de nombreux de pays. Ce ne sont que les modalités d'application du principe qui peuvent différer. Elles peuvent différer non pas tant en fonction du pays et du niveau de conceptualisation, que dans les voies choisies dans un pays même par le législateur, la doctrine ou la jurisprudence. Ainsi, soit on attribue à l'exploitant la qualité d'auteur, soit la titularité initiale des droits, soit il reçoit les droits par une cession implicite (*cessio legis*). C'est ainsi que la tendance à interpréter largement la notion même d'auteur voisine

17. Une autre hypothèse, assez spécifique, existant à cette époque concerne l'art. 3 de la Convention de Berne de 1886 : « Les stipulations de la présente Convention s'appliquent également aux éditeurs d'œuvres littéraires ou artistiques publiées dans un des pays de l'Union, et dont l'auteur appartient à un pays qui n'en fait pas partie ». Pour l'analyse de cette disposition, V. *De la protection accordée dans l'Union aux auteurs étrangers* (étude), Le Droit d'Auteur, 1896, n° 3, p. 36 et s. Selon l'auteur de cette étude, les auteurs étrangers eux-mêmes ne peuvent revendiquer l'application du régime conventionnel : « ... ils n'en profitent qu'indirectement, grâce à la protection assurée à leur éditeur », puisque « dans ce régime, l'éditeur se trouve complètement substitué à l'auteur pour tout ce qui concerne l'exercice de la protection légale », V. p. 37, 1^{er} col.

18. Plus généralement, V. l'aperçu de certaines législations en la matière de l'époque in Röthlisberger, Ernst, *Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst und die Zusatzabkommen*, Bern, Verlag von A. Francke, 1906, pp. 84-85.

19. Pouillet E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1908, n° 108, pp. 145-146.

paisiblement avec la tendance à préserver le statut d'auteur-créateur. En Allemagne, par exemple, le législateur considère l'employeur et l'auteur de la commande plutôt comme titulaires des droits à la suite de leur cession implicite de la part du créateur. Même les personnes morales, semble-t-il, ne sont reconnues comme auteurs que sous certaines conditions et à partir de la publication de l'œuvre²⁰. Malgré ce fait, le statut d'auteur-créateur n'est pas toujours rigoureusement exprimé et suivi par la doctrine de ce pays et la notion d'auteur y est comprise d'une façon large, pouvant être utilisée dans tous ces cas au regard de l'exploitant de l'œuvre²¹. Il en est de même en France²² où la jurisprudence est plus réservée et parle de l'exploitant plutôt en termes du « titulaire des droits » ou « propriétaire » de l'œuvre, alors que la doctrine, parfois à l'appui de cette même jurisprudence, n'hésite pas à parler de l'exploitant comme d'un véritable auteur. La doctrine française est très caractéristique, car elle permet de voir d'une manière très éloquente que le créateur effectif cesse d'être la figure principale de la notion d'auteur. En effet, souvent sur la base de la jurisprudence, la notion d'auteur y est interprétée

20. Selon le texte de l'art. 3 de la loi du 19 juin 1901 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et musicales (ci-après – *la loi LUG*) : « Lorsqu'il s'agit d'une œuvre dont l'auteur n'est pas nommé sur la feuille de titre, dans la dédicace, dans la préface ou à la dernière page, les personnes juridiques de droit public qui la publient comme éditeurs en sont réputées être les auteurs, à moins de stipulations contraires », *Le Droit d'Auteur*, 1901, n° 8, p. 85 et s. Même si cette disposition n'est pas claire au sujet du statut du créateur comme auteur avant la publication de l'œuvre, l'exposé des motifs en est très explicite : « Solange das Werk noch nicht veröffentlicht sei, stehe das Urheberrecht gemäß §. 2 an sich dem Verfasser zu... », *Bericht LUG Nr. 214* (précité, V. note 12), pp. 1273-1274. V. aussi dans ce sens Maurer, Emil, *Das Subjekt des Urheber-Rechtes nach den Gesetzen vom 11. Januar 1876, 19. Juni 1901 und 9. Januar 1907*, Kaufbeuren, Buchdruckerei von J. B. Dorn, 1911.

21. V., par exemple, Kohler qui considère dans certaines hypothèses l'exploitant plutôt comme auteur, ayant recours à la notion de « *Stellvertretung* » (substitution, remplacement) : Kohler, J., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, F. Enke, 1907, p. 228. V. un tour d'horizon de la doctrine sur ce sujet in Maurer, *op. cit.*

22. La France, à la différence d'autres pays, à cette époque n'a pas adopté de nouvelles lois dans le domaine du droit d'auteur, c'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence y sont particulièrement fort développées.

d'une façon à faire valoir notamment, celui qui présente l'œuvre « comme imaginée et exécutée par lui »²³, qui est « notoirement connu »²⁴ comme étant auteur de l'œuvre, « qui produit l'œuvre au jour, qui en prend la responsabilité, qui y attache son nom »²⁵, qui la « fait exécuter »²⁶, la dirige et la signe²⁷, qui la finance²⁸, qui « fait faire sur ses indications et sous sa direction un certain travail dont [il] accepte la responsabilité »²⁹, ou qui contribue à sa mise au public d'une manière quelconque³⁰. Ce n'est donc plus l'acte de création proprement dit qui détermine l'auteur, mais les facteurs complètement extérieurs à cet acte.

Mais comment devient-il possible de redistribuer ainsi les droits en reconnaissant l'exploitant en tant qu'auteur (titulaire des droits)? Le droit d'auteur, ne considère-t-il pas le créateur comme auteur (titulaire des droits) sur l'œuvre? L'explication réside dans l'incertitude de la régulation d'une

23. « ... le titre d'auteur puisse être attribué non-seulement à l'auteur même, mais aussi à celui qui a acquis d'une manière quelconque le droit de présenter l'œuvre comme imaginée et exécutée par lui », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 194, pp. 27-28.

24. Vaunois, *op. cit.*, n° 1, p. 2.

25. « ... celui-là est l'auteur légal, qui produit l'œuvre au jour, qui en prend la responsabilité, qui y attache son nom », Pouillet, *op. cit.*, n° 121, p. 157.

26. « Le patron est réputé seul auteur des œuvres qu'il fait exécuter dans ses ateliers par des employés ou des ouvriers... Il en est ainsi pour le photographe qui engage des opérateurs, l'architecte qui se fait aider par des dessinateurs, l'industrie qui dirige ses ouvriers, dans les limites de l'emploi qui leur est assigné », Vaunois, *op. cit.*, n° 15, p. 5.

27. « ... c'est celui qui dirige le travail qui doit être réputé l'auteur de la composition », Demange, *La propriété artistique dans les arts du dessin*. Thèse pour le doctorat en droit, Nancy, 1898, p. 99.

28. « Les conventions d'où dérive l'exécution d'un ouvrage sont tellement variées que la Cour de cassation laisse aux juges du fait le soin d'apprécier si un dessinateur a travaillé pour son compte ou pour le compte d'un tiers et quel sera l'auteur », Vaunois, *op. cit.*, n° 7, p. 3.

29. « ... une personne fait faire sur ses indications et sous sa direction un certain travail dont elle accepte la responsabilité, dont elle est censée [sic!] l'auteur », Demange, *op. cit.*, p. 97.

30. Par exemple, elle « a coopéré à son appropriation au théâtre », Pouillet, *op. cit.*, n° 107bis, p. 143.

période des années 1880-1920, au sujet de savoir qui peut être auteur (titulaire des droits) sur l'œuvre, c'est-à-dire – pour reprendre les termes de cette période – qui est son « propriétaire ». La notion d'auteur (titulaire des droits) n'y a pas de contours précis, faute de principes de base, qui pourraient donner une quelconque orientation. À l'époque précédente, la propriété sur l'œuvre appartenait à son créateur, qui était son auteur du fait de la création de l'œuvre. Il est vrai que cette formule est reprise dans certaines législations nationales adoptées au début du xx^e siècle. Or, est-ce le fait que les droits appartiennent au créateur, exclut a priori toute autre personne prétendant être titulaire des droits? L'attribution de titularité des droits au créateur de l'œuvre, est-ce impératif? Est-ce que cela signifie l'interdiction d'attribuer les droits à quelqu'un d'autre et même le désigner comme auteur? Est-ce à dire que ce n'est qu'au créateur que le droit d'auteur peut appartenir? Dans les législations, au niveau national, la définition de l'auteur (titulaire des droits) est souvent absente, mais s'il y en a une, en pratique, elle n'est pas limitative. Au niveau international, les conférences relatives à la Convention de Berne de 1886 n'ont aucunement discuté de ce sujet³¹, l'ALAI, lors de ses congrès des années 1880 - 1920, ne s'arrête pas non plus sur la notion précise de l'auteur (titulaire des droits). Il en est de même pour la revue *Le Droit d'Auteur* où aucune étude n'est consacrée à cette problématique. Cependant, il semblerait qu'au niveau international l'interprétation large n'en est pas moins admise et la définition précise est laissée à la discrétion des États-membres de l'Union³².

31. « Die Definition dieses Ausdrucks [Urheber] hat auf den Berner Konferenzen zu keinen Auseinandersetzungen Anlass gegeben », Röthlisberger, *op. cit.*, p. 84.

32. « ... la Convention n'ayant pas défini ce qu'il convient d'entendre par « auteur » dans le régime unioniste, la définition de cette notion est laissée à l'empire des lois internes », Potu, E., *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Berlin le 13 novembre 1908*, Annales du droit commercial, t. 27, 1913, n° 137, p. 270.

À en juger par la doctrine, la personne a priori peut être acceptée comme auteur (titulaire des droits) dans la mesure où la loi ne l'interdit pas expressis verbis³³. C'est la raison pour laquelle toute sorte de personnes en pratique y prétendent³⁴. La jurisprudence, en effet, est assez disparate. Certains spécialistes de cette période font remarquer que la qualité d'auteur (titularité des droits) est une question de fait³⁵ et donc les juridictions nationales suprêmes (par exemple, la Cour de Cassation en France) ne sont pas en mesure d'uniformiser la jurisprudence sur ce sujet³⁶.

La qualité d'auteur (titularité des droits) prend sa source dans la personne du créateur. Mais où sont ses limites et ses frontières ? Personne ne pouvait le dire, personne ne le savait, personne n'y a même pensé. Même s'il y a des discussions au sujet de savoir qui peut être auteur, ces discussions se sont surtout limitées à l'interprétation technique de la loi. L'exploitant en tant qu'auteur (titulaire des droits), est-il acceptable selon le texte de la Convention

33. « Nul ne doute qu'une société savante, l'Académie française, par exemple, n'ait la propriété des ouvrages qu'elle produit et qu'elle publie. Pour la lui refuser, il faudrait une disposition qu'on chercherait vainement dans la loi », Pouillet, *op. cit.*, n° 128, p. 163.

34. « En matière de théâtre surtout, les prétentions à un titre d'auteur, soit comme collaborateur, soit comme titulaire d'un droit dérivé, sont fréquentes (metteur en scène, maître de ballet, artiste dramatique créant un rôle, chanteur créant une interprétation, etc.). En matière cinématographique, il en est souvent de même et des discussions surgissent entre écrivains, metteurs en scène, opérateurs, interprètes, etc. Les circonstances de fait étant prépondérantes, les congrès qui ont agité la question ne sont pas jusqu'à présent arrivés à poser des règles générales, et la jurisprudence s'est bornée à trancher des cas d'espèce », Vaunois, *op. cit.*, n° 44, p. 9.

35. « Le point de savoir si l'auteur a travaillé pour son compte ou pour le compte d'un tiers, ou mieux le point de savoir quel est légalement l'auteur de l'ouvrage, est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge, et dont la solution ne peut être censurée par la Cour de Cassation », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 217, p. 30.

36. Par exemple, pour le copyright aux États-Unis, dans l'hypothèse la plus évidente du contrat de travail, Fisk indique que la jurisprudence n'était pas du tout uniforme sur ce sujet. V. Fisk, *op. cit.*, p. 153.

de Berne de 1886? Est-ce constitutionnel³⁷? Du reste, les spécialistes de l'époque constatent plutôt que contestent, énumèrent plutôt qu'analysent. On privilégie l'interrogation et l'exploration plutôt que les critiques. Dans la plupart des cas, la notion d'auteur est évoquée, « en passant », sans être approfondie. Puisqu'avant c'était le créateur qui était auteur et propriétaire de l'œuvre, devrait-on maintenir cet état des choses ou faut-il plutôt le réviser en répondant aux enjeux de la fin du XIX^e – début du XX^e siècle? Dans quelle mesure est-il nécessaire d'attribuer la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant afin de répondre aux nouveaux enjeux de l'époque, alors que c'était le créateur qui était auteur et propriétaire de l'œuvre? Le droit d'auteur, à qui doit-il appartenir? Toutes ces questions, étant tellement importantes aux yeux d'un juriste contemporain, ne sont même pas posées par des spécialistes des années 1880-1920. Silence profond.

On ne perçoit donc pas le besoin de se poser de telles questions, ni de préciser davantage la notion d'auteur, tellement cela paraît évident, tellement cela s'impose du fait des défis du contexte³⁸. En effet, il faut conforter la position d'une personne qui exploite l'œuvre. C'est pourquoi celle-ci devient auteur (titulaire des droits). Il le faut, notamment, parce qu'il en va de l'effectivité de

37. La question a, notamment, suscité des débats aux États-Unis lors des travaux législatifs : Bracha, *art. cité*, V. p. 263.

38. En Allemagne, lors des travaux législatifs sur la loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres des arts figuratifs et de photographie du 9 janv. 1907 (Le Droit d'Auteur 1907, n° 2, p. 17 et s.), on a fait valoir : « Die Definition sei unnötig und unrichtig; es sei Sache der konkreten Untersuchung, zu bestimmen, wer wirklicher „Urheber“ sei; kein Ausdruck stimme vollkommen... », *Reichstagsverhandlungen 11. Leg. Per. II. Sess. 1905/1906, Nr. 448 der Drucksachen (Kommissionsbericht)*, disponible en ligne https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k11_bsb00002834_00360.html, V. p. 4679, 2^e col. V. aussi un commentaire sur cette même loi in *Le Droit d'Auteur 1906*, n° 2, p. 15, 2^e col. : « Pas plus que l'ancienne loi, le nouveau projet ne définit le terme auteur, qui n'a provoqué aucun doute et n'en provoquera probablement aucun... ».

l'exploitation dont dépend la valorisation de l'œuvre. C'est donc la nécessité d'assurer l'exploitation effective de l'œuvre qui explique l'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant.

2. L'exploitation justifiant la notion d'auteur (titulaire des droits)

Comme montré précédemment, dans de nombreux pays, le législateur, la jurisprudence et la doctrine sont particulièrement disposés à accorder la qualité d'auteur (titulaire des droits) à l'exploitant. Au regard de cette influence de l'exploitation sur la valorisation de l'œuvre, il n'est pas du tout étonnant que maintes discussions pendant les années 1880-1920, concernant l'auteur (titulaire des droits), se situent dans le contexte de l'exploitation. Les motifs à l'appui de l'aménagement de la notion d'auteur (titulaire des droits) en faveur de l'exploitant, sont très illustratifs. Par exemple, l'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant sous contrat de louage d'ouvrage ou de services ou à une personne morale s'explique par la nécessité d'éviter le partage de la titularité des droits sur l'œuvre quand elle serait « émiettée » entre les mains de plusieurs personnes³⁹. En effet, une telle situation est « une complication inutile » pour l'exploitant qui, pour s'assurer la sécurité juridique, devrait chaque fois se faire céder les droits. Or, cette cession peut être assez lourde à mettre en place en pratique, surtout lorsqu'il s'agit d'une œuvre créée par de nombreux contributeurs. Par ailleurs, une telle situation pourrait susciter des conflits autour de la titularité des droits et entraîner pour l'exploitant des difficultés à prouver le transfert des droits, dont il prétend être

39. Longueville, C., *Des droits de l'auteur sur son œuvre dans les arts du dessin et de leur protection*, Rennes, 1909, p. 41.

titulaire. Comme résultat, cela peut sérieusement entraver à l'exploitation de l'œuvre⁴⁰.

Ces mêmes motifs d'exploitation de l'œuvre sont à la base de l'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) également dans d'autres hypothèses, plus spécifiques, concernant l'aménagement de la construction de l'auteur (titulaire des droits). Par exemple, afin que l'œuvre exploitée soit protégée, l'article 3 de la Convention de Berne de 1886 introduit la protection directe de l'éditeur dans l'hypothèse où l'auteur de l'œuvre n'appartient pas à un pays de l'Union⁴¹. Devant la nécessité de protéger l'œuvre, il n'apparaît pas nécessaire de protéger davantage le créateur, en lui donnant des garanties supplémentaires. Même plus tard, lors de la Conférence de Paris de 1896, suivant la proposition allemande, l'article 3 est modifié, en accordant la

40. « In the conferences of interest groups that led to the Copyright Act of 1909, the representatives of several publishing industries pressed their need for an easy mechanism of obtaining both initial ownership and the right of renewal. Assignment, they argued, was too burdensome and sometimes infeasible, especially when works prepared by numerous contributors were involved », Bracha, *art. cité*, pp. 254-255, – avec la référence aux travaux législatifs des États-Unis : *Legislative History Of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski, Abe Goldman (eds.), 1976, Vol. 1, p. 56 ; « Die Bestimmung entspreche auch dem praktischen Bedürfnis. Sie beuge Prozessen vor, wenn es etwa zwischen dem Angestellten und dem Betriebsunternehmer zu Streitigkeiten darüber komme, wem das Urheberrecht an dem Schriftwerk oder an der Abbildung, die in der bezeichneten Weise gefertigt seien, zustehe... eine unnöthige Erschwerung sei es, wenn der Unternehmer, um sich das Urheberrecht an den einzelnen Schriftwerken, Abbildungen oder Zeichnungen zu wahren, genöthigt sei, sich das Urheberrecht in jedem einzelnen Falle abtreten zu lassen », *Bericht LUG Nr. 214 (précité, V. note 12)*, p. 1274, 1^{re} col. ; « Die juristische Person muß mithin, wenn zwischen ihr und dem Verfasser Streit entsteht, den unter Umständen schwierigen Nachweis erbringen, daß das Recht des Urhebers auf sie übertragen worden ist », *Reichstagsverhandlungen 10. Leg. Per. II. Sess. 1900/1901, Nr. 97 der Drucksachen (Begründung)*, disponible en ligne https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k10_bsb00002799_00444.html (ci-après *Begründung LUG Nr. 97*), V. p. 393, 2^e col. ; « Habe das Werk mehrere Mitarbeiter, so würde es die Verwerthung des Werkes, den Verlag, den Vertrieb wesentlich erschweren, wenn Nicht die juristische Person, die es herausgebe, die Rechte des Urhebers hat... », *Bericht LUG Nr. 214*, p. 1273, 2^e col.

41. V. *supra* note 17.

protection du droit conventionnel au créateur en personne, ce n'est pas non plus la protection du créateur et de ses intérêts qui est le motif à la base de cette proposition, mais les enjeux de l'exploitation de l'œuvre et, notamment, l'insécurité juridique de la position de l'éditeur⁴². C'est également pour des considérations de sécurité juridique d'exploitation que dans cette période la présomption de la qualité d'auteur est introduite dans le texte de cette même Convention⁴³. Selon cette présomption, la personne dont le nom est indiqué sur l'œuvre, c'est-à-dire qui y est associée, est présumée ainsi être son auteur, faute de preuve contraire. Elle est établie, toujours à l'initiative de l'Allemagne, afin de faciliter l'identification de l'auteur (titulaire des droits) et notamment, pour qu'il ait « plus de facilité à faire valoir ses droits »⁴⁴. Enfin, dans l'hypothèse des œuvres pseudonymes et anonymes, dans certains pays, l'éditeur est réputé auteur de l'œuvre, à des fins d'exercice des droits d'auteur⁴⁵. Il peut même être substitué au créateur pour le calcul du délai de protection, c'est-à-dire quand le délai est calculé à partir du décès de l'éditeur⁴⁶. Dans toutes ces hypothèses évoquées, la reconnaissance d'une personne autre que le créateur comme auteur (titulaire des droits) s'explique visiblement par la nécessité de lui assurer le pouvoir de pleinement disposer de l'œuvre et la sécurité juridique de son exploitation.

42. V. *Actes de la Conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896*, Berne, 1897 et, notamment, « *Le Mémoire présenté par la Délégation allemande, concernant l'article 3 de la Convention* », pp. 195-198.

43. « Pour que les auteurs des ouvrages protégés par la présente Convention soient, jusqu'à preuve contraire, considérés comme tels et admis, en conséquence, devant les tribunaux des divers pays de l'Union à exercer des poursuites contre les contrefaçons, il suffit que leur nom soit indiqué sur l'ouvrage en la manière usitée », art. 11 de la Convention de Berne de 1886.

44. *Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884*, Berne, 1884, p. 36.

45. *De la protection des œuvres anonymes et pseudonymes* (étude), *Le Droit d'Auteur*, 1917, n° 8, pp. 88-90, n° 9, pp. 100-103, n° 10, pp. 111-114, V. p. 101.

46. *Ibidem*.

Le fait que la qualité d'auteur (titularité des droits) de l'exploitant soit dictée par les motifs d'assurer l'exploitation de l'œuvre, dont tous voient l'importance, est peut-être la raison pour laquelle elle n'a pas provoqué de débats particuliers. Personne n'a mis en doute cette opportunité d'attribuer la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant. En toute unanimité, ainsi a-t-on opté pour la qualité d'auteur de l'éditeur des œuvres anonymes en Belgique⁴⁷. Aussi a-t-on également accepté la transmission tacite des droits d'auteur au fabricant des phonogrammes en Allemagne⁴⁸. Il est très significatif, qu'en acceptant cette transmission, il est rappelé que « la situation est, selon la déclaration des représentants du Gouvernement, la même qu'en cas de commande émanant d'établissements de reproduction lithographique, photographique et autres »⁴⁹. Aux États-Unis, lors des discussions de la disposition attribuant la qualité d'auteur à l'employeur, il n'y a eu non plus aucune objection à lui attribuer tous les droits sur les œuvres créées par ses employés⁵⁰. Il en est de même au niveau international, où l'adoption de

47. En Belgique, selon l'art. 7 de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, l'éditeur est, à l'égard des tiers, réputé être l'auteur de l'œuvre anonyme et pseudonyme. Lors de l'élaboration de cette formule, on choisissait entre le système selon lequel l'éditeur jouissait des droits, et celui selon lequel il était réputé être son auteur. Ces deux conceptions étant présentées, on a choisi celle de la qualité d'auteur de l'éditeur sans que les justifications supplémentaires aient été nécessaires. V. Benoidt, M., Descamps, L., *Commentaire législatif de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur*, Bruxelles, 1886, pp. 72-73.

48. Dans un commentaire de la loi qui reconnaît le phonogramme en tant qu'objet de protection par le droit d'auteur, on peut lire : « L'acceptation de la commande qu'adresse le fabricant aux exécutants ou adaptateurs implique régulièrement une sorte de convention touchant le transfert du droit d'auteur... C'est la notion de la transmission tacite du droit d'auteur (*konkludente Rechtsübertragung*) qui devient applicable. Le président de la Commission a constaté que celle-ci était à ce sujet d'un avis unanime », *La nouvelle loi allemande du 22 mai 1910 concernant la mise à exécution de la Convention de Berne révisée*, *Le Droit d'Auteur* 1910, n° 10, pp. 130-136, V. pp. 131-132.

49. *Ibidem*.

50. « Depriving employees of ownership in works they created was never an issue... », V. Bracha, *art. cité*, pp. 259-260, note 307 – avec la référence sur les travaux législatifs : *Legislative History Of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski, Abe Goldman (eds.), 1976, vol. 1, pp. 56-57.

l'article 3 de la Convention de Berne 1886 qui substitue l'éditeur au créateur pour lui assurer la protection directe, n'a pas suscité de discussions. Plus encore, l'avis émis par un représentant de la délégation française au sujet de cet article, dans lequel il propose que « le mot éditeur doit être pris dans le sens le plus large »⁵¹, n'a soulevé aucune opposition. On peut multiplier ces exemples ; le constat reste le même. La qualité d'auteur (titularité des droits) de l'exploitant est introduite dans de nombreuses législations nationales discrètement, sans prise de conscience, sans être remarquée, en cachette même. Elle ne pose donc pas de grand problème. On accepte ces dérogations au principe de la qualité d'auteur (titularité des droits) du créateur de l'œuvre – qui sont, en fait, des dérogations par rapport au régime du milieu du XIX^e siècle – sans en prendre conscience, au point même qu'on les considère comme une règle. Il semblerait que la prise de conscience de ce qui doit être la règle et l'exception, dans les années 1880-1920, n'existe pas ou, au moins, cette question n'a pas attiré beaucoup d'attention. Inutile de dire que de nombreuses législations nationales qui consacrent la qualité d'auteur (titularité des droits) de l'exploitant, ne sont pas mises en doute comme pouvant être contraires aux dispositions et aux principes de la Convention de Berne de 1886 qui, elle-même, accueille l'exploitant en tant qu'auteur. L'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant est souvent faite d'une façon consensuelle, comme s'il n'y avait aucun doute⁵², comme si cela était tout à fait évident et naturel, juste⁵³ même.

51. *Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884*, Berne, 1884, Procès-verbaux des séances, p. 44.

52. V. aussi la voix autoritaire de Pouillet, qui évoque : « ... À qui... appartient la propriété du modèle créé par l'artiste? ... Nul doute que ce ne soit au fabricant », *op. cit.*, n° 124, p. 160.

53. Demange traite cette question et trouve cela « très juste », *op. cit.*, pp. 98-99.

Même s'il y a eu des débats, ceux-ci restaient toujours dans le contexte de l'exploitation de l'œuvre⁵⁴. C'est notamment le cas au sujet de la reconnaissance des personnes morales en tant qu'auteur (titulaire des droits). Dans de nombreux pays, les juristes sont enclins à le reconnaître. La nature même de la personne morale, ne l'empêche-t-elle pas? Rares sont les voix qui perçoivent la qualité d'auteur des personnes morales avec critique. Tous les doutes, sur ce sujet, si peu nombreux qu'ils sont, concernent surtout, soit l'interprétation technique de la loi, soit des considérations d'exploitation de l'œuvre. Ainsi, l'argument principal contre l'admission d'une personne morale en tant qu'auteur réside, notamment, dans les incertitudes de la détermination de la durée de protection⁵⁵. En effet, l'une des raisons essentielles pour laquelle on discutait de la notion d'auteur (titulaire des droits) au tournant du xx^e siècle, est liée à la nécessité d'enlever les incertitudes concernant la durée de protection, en la faisant plus évidente et précise. Étant donné l'impact que la durée de protection a sur la question de l'auteur (titulaire des droits), il n'est pas du tout étonnant que chez certains représentants de la doctrine les considérations sur la personne morale en tant qu'auteur se trouvent dans le chapitre relatif à la durée de protection des droits⁵⁶. Elles s'y trouvent aussi dans les actes législatifs de certains pays de cette époque⁵⁷.

54. Ainsi, Huard, en critiquant l'attribution de la qualité d'auteur à une personne autre que le créateur, soutient que cela... pourrait « tromper le public », Huard, G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Marchal et Billard, Paris, 1903, n° 207, pp. 297-298.

55. Au sujet de la qualité d'auteur des personnes morales Vaunois remarque : « En pratique, le problème n'a pas été sérieusement contesté, autrement que lorsqu'il s'est agi de déterminer la durée du droit d'un semblable auteur », *op. cit.*, n° 49, p. 9. Pour les critiques, V., notamment, Huard, *op. cit.*, p. 80 et s.

56. Huard, *op. cit.*, p. 80 et s.

57. V., par exemple, l'art. 20 de la loi de la Pologne en date du 29 mars 1926, Le Droit d'Auteur 1926, n° 12, p. 133 et s.; V. également le décret-loi de l'Italie du 7 nov. 1925 (dernier alinéa de l'art. 26), Le Droit d'Auteur 1926, n° 1, p. 2 et s.

L'absence de débats au sujet de l'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant s'explique par les besoins pratiques de lui assurer l'exploitation libre et paisible de l'œuvre. C'est tout simplement très utile de reconnaître l'exploitant associé à l'œuvre comme son auteur (titulaire des droits), afin qu'il puisse la valoriser. Mais le recours à la notion d'auteur n'est utile que dans la mesure où la personne, prétendant en être auteur (titulaire des droits), exploite l'œuvre en la valorisant. La notion d'auteur devient ainsi l'instrument valorisant l'œuvre, s'appliquant sur mesure, en fonction des besoins, en cas de nécessité.

II. L'AUTEUR (TITULAIRE DES DROITS) COMME INSTRUMENT DE VALORISATION DE L'ŒUVRE

En étant instrument de valorisation de l'œuvre, la qualité d'auteur (titularité des droits) s'applique dans la mesure où il faut valoriser l'œuvre. Le fait que l'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) s'effectue en fonction des besoins pratiques de valorisation de l'œuvre, en dépend, signifie que son application devient relative (la relativité de la notion d'auteur (titulaire des droits) – A).

La figure de l'auteur (titulaire des droits) n'est donc ni autonome ni intrinsèque, elle n'existe pas en tant que telle. La qualité d'auteur (titularité des droits) d'une telle ou telle personne est déterminée par l'œuvre valorisée, n'existe qu'en lien avec elle, en rapport à elle. Elle ne désigne pas une personne en tant que telle, mais celle qui est dans la lumière de l'œuvre. La valorisation de l'œuvre est le mode d'existence de l'auteur (titulaire des droits). Plus encore,

dans l'hypothèse où c'est une personne autre que le créateur qui valorise l'œuvre, non seulement l'auteur (titulaire des droits) se détermine-t-il par rapport à l'œuvre valorisée, mais il n'existe que grâce à elle, lui est subordonné. Il la sert, en est dépendant dans son existence même. L'auteur (titulaire des droits) n'est qu'un attribut de l'œuvre (l'auteur (titulaire des droits) comme attribut de l'œuvre – **B**).

A. La relativité de l'auteur (titulaire des droits)

Selon l'analyse qui précède, c'est la personne associée à l'œuvre, qui la présente sous son nom, qui est impliquée dans son exploitation qui, de ce fait, devient son auteur (titulaire des droits). Cependant, en aucune façon l'attribution de la qualité d'auteur (titulaire des droits) à l'exploitant (employeur, éditeur, auteur de la commande etc.) ne signifie que son statut ou la nature de son activité en tant que tels ont une importance décisive, ni d'ailleurs, que c'est le législateur qui le décide. La réalité est beaucoup plus complexe. Par ailleurs, cette valorisation de l'exploitant comme auteur (titulaire des droits) ne signifie pas que la notion d'auteur (titulaire des droits) n'a plus rien à voir avec le créateur. Il y a toujours de nombreux cas où c'est le créateur qui reste auteur (titulaire des droits), malgré cette emprise grandissante de l'exploitant. C'est notamment le cas dans le domaine des éditions littéraires où l'œuvre est créée par l'initiative propre du créateur et c'est donc lui seul qui détermine les conditions de son exploitation.

En fait, durant cette période, la personne devient auteur non pas par son statut ou du fait de ses activités *per se*, mais du fait de la fonction de la valorisation de l'œuvre, qui peut être exercée par des personnes différentes en fonction des

hypothèses. C'est grâce à cette fonction exercée par rapport à l'œuvre concrète, que telle ou telle personne en devient auteur (titulaire des droits) (la notion fonctionnelle de l'auteur (titulaire des droits) – 1). La qualité d'auteur (titularité des droits) est donc attribuée à la personne exerçant une fonction précise dans une espèce donnée. Cela signifie que la détermination de l'auteur (titulaire des droits) diffère d'un cas à l'autre et dépend des circonstances des faits et notamment, de la personne qui valorise l'œuvre dans chaque hypothèse donnée. L'auteur (titulaire des droits) est donc une question d'espèce (l'auteur (titulaire des droits) en tant que question d'espèce – 2).

1. La notion fonctionnelle de l'auteur (titulaire des droits)

La personne devient auteur (titulaire des droits), non pas grâce à son activité en tant que telle (création, exploitation...) ou son statut (créateur ou exploitant), mais parce que son activité a une importance décisive pour la valorisation de l'œuvre. C'est ainsi que la contribution d'une telle ou telle personne étant à la base de sa reconnaissance comme auteur (titulaire des droits) est parfois appréciée en termes d'impact sur le succès de l'œuvre⁵⁸. Ce n'est donc pas l'activité *per se* qui détermine l'auteur, mais les effets de cette activité sur la création de la valeur. Dans certains cas, cela peut être l'activité créative elle-même, tandis que dans d'autres ce peut être l'exploitation de l'œuvre ou toute autre activité ayant trait à sa valorisation. C'est pourquoi

58. À ne donner qu'un exemple : « ... il suffit d'avoir pris une part quelconque à l'élaboration de l'œuvre pour en être coauteur... ; l'idée première, le plan, les éléments accessoires, l'exécution, le style, les modifications ou les corrections apportées à l'ensemble ou aux détails, exercent une grande influence sur la valeur et le sort de l'œuvre ; un mot changé, un léger remaniement, suffisent parfois à assurer le succès d'un ouvrage », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 318, p. 43.

dans l'hypothèse où le créateur est considéré comme auteur (titulaire des droits), il l'est du fait de la valorisation de l'œuvre (y compris grâce à son statut, réputation etc.), et non pas du fait de l'activité créative en tant que telle, comme c'était à l'époque précédente, celle du milieu du XIX^e siècle. Ce qui n'exclut pas cependant le fait que l'activité créative peut avoir un rôle décisif sur la création de la valeur.

Or, face à l'instabilité sociale et économique qui règne au début du XX^e siècle, les statuts des personnes, aussi bien que leur impact sur la valorisation de l'œuvre, sont toujours en constante évolution. C'est ainsi que la nature de l'activité et la personne qui l'exerce, qui sont d'importance décisive pour la valorisation de l'œuvre, diffèrent d'un cas à l'autre. L'auteur (titulaire des droits) est donc celui qui valorise l'œuvre dans l'hypothèse donnée, et cela peut être chaque fois des personnes différentes. Afin de déterminer l'auteur (titulaire des droits), chacun se positionne l'un par rapport à l'autre en mesurant ses ressources et ses statuts mutuels, ainsi que la contribution véritable de chacun dans la valorisation de l'œuvre. Cela explique pourquoi dans certains cas l'exploitant devient auteur (titulaire des droits) dès la création de l'œuvre, tandis que dans d'autres ce même exploitant peut se contenter de recevoir les droits sur la base du contrat avec le créateur. C'est dire que la figure de l'auteur (titulaire des droits) n'existe pas en tant que telle, mais comme un élément d'un système de liens entre tous les participants impliqués dans la création de la valeur. Elle est déterminée à travers ce système, par rapport à tous ces éléments (à savoir, les participants et la valeur que l'on crée). On la cherche en analysant tous les droits et les intérêts en jeu. Par conséquent, la notion même d'auteur (titulaire des droits) est une notion protéiforme et son

contenu dépend fortement du contexte dans lequel elle est évoquée. C'est une catégorie polyvalente, polysémique, protéiforme, mouvante, aléatoire. Elle échappe aux déterminations concrètes, étant devenue fantôme des fantômes qui n'est rien d'autre qu'un pur produit de la réalité sociale. On peut dire qu'elle est désormais une « notion fonctionnelle » en ce sens que la personne devient auteur (titulaire des droits) non pas par son statut ou par ses activités elles-mêmes, mais du fait de sa fonction à l'égard de l'œuvre dans l'hypothèse donnée.

Désormais « être auteur (titulaire des droits) » est une qualité qu'on acquiert, un certain « rang » auquel on accède, toujours par rapport à l'œuvre concrète. La personne « devient » auteur (titulaire des droits) au fur et à mesure de la création de la valeur. En même temps, la personne est l'auteur (titulaire des droits) non pas en tant que telle, mais parce qu'elle le devient du regard des autres. En effet, la personne est auteur (titulaire des droits) parce qu'elle est reconnue comme tel, elle l'est parce qu'elle se présente en tant que tel ou même parce qu'elle s'impose comme tel. En d'autres termes, la personne est auteur (titulaire des droits) exactement parce qu'on la considère comme tel. C'est pourquoi, en évoquant la question d'auteur (titulaire des droits), les spécialistes des années 1880-1920 ne parlaient pas d'une personne qui était auteur, mais de celle qui était « réputé [e] »⁵⁹, « censé [e] »⁶⁰, « considéré [e] »⁶¹,

59. « ... un patron qui est réputé auteur des produits qui sortent de son atelier... », Demange, *op. cit.*, p. 99. « Le patron est réputé seul auteur des œuvres... », Vaunois, *op. cit.*, n° 15, p. 5.

60. « ... une personne fait faire sur ses indications et sous sa direction un certain travail dont elle accepte la responsabilité, dont elle est censée [sic!] l'auteur », Demange, *op. cit.*, p. 97.

61. « Sont considérés comme auteurs... », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 194, pp. 27-28; Longueville parle aussi des « personnes que l'on doit considérer comme auteurs », Longueville, *op. cit.*, p. 39.

qui « se présentait »⁶² comme auteur. On parlait de « l'auteur véritable »⁶³, ainsi que de « l'auteur apparent »⁶⁴ et de « l'auteur légal »⁶⁵ en les opposant parfois à « l'auteur réel, l'auteur de fait »⁶⁶. De cette manière, l'auteur (titulaire des droits) dans cette période, ne l'est pas, mais est considéré comme tel. Mais le contraire est aussi vrai : celui qui est considéré comme auteur (titulaire des droits), l'est. C'est pourquoi le fait d'être associé à l'œuvre est un facteur important et le plus évident qui, de ce fait, reçoit la consécration législative et est souvent appliqué en pratique par les juges. C'est de ce fait que la personne est « considérée » comme auteur (titulaire des droits). Ainsi, comme l'écrit un juriste de cette époque : « C'est évidemment à l'auteur... qu'appartient le droit de propriété... Mais à quels signes reconnaître cette qualité d'auteur ? D'une façon générale, on peut dire que la qualité d'auteur se reconnaît d'après la signature de l'œuvre ; cette signature, en effet, entraîne une présomption légitime que les juges et le public, tant qu'une preuve contraire n'aura pas été juridiquement administrée, sont tenus de considérer comme suffisante [...] il se peut que M. Victor Roger, par exemple, n'ait pas écrit et composé à lui seul certaines des partitions qu'il a signées, et cependant c'est lui seul qui, au regard du public, possède sur ces œuvres les droits découlant de la propriété »⁶⁷. Ce n'est pas par hasard que le texte susmentionné parle de l'« auteur » dans un

62. « On ne parlera ici que de la personne qui est légalement l'auteur, c'est-à-dire de celle qui se présente au public, et qui a droit de se présenter, comme créateur de l'œuvre », Vaunois, *op. cit.*, n° 3, p. 2.

63. « Il est toujours loisible à quelqu'un de se désintéresser du sort de la création, en vendant à un tiers le droit de faire paraître l'œuvre sous son propre nom. L'acheteur sera, aux yeux de tous, le véritable auteur... », Longueville, *op. cit.*, p. 40.

64. « ... l'attribution à l'auteur apparent, au signataire de l'œuvre artistique du droit de reproduction », Demange, *op. cit.*, p. 99.

65. « ... celui-là est l'auteur légal, qui... », Pouillet, *op. cit.*, n° 121, p. 157.

66. « ... il se peut... que l'auteur apparent, qu'on pourrait appeler l'auteur légal, ne soit plus l'auteur réel, l'auteur de fait », Longueville, *op. cit.*, p. 40.

67. Copper, É., *L'Art et la loi*, Paris, 1903, n° 65, p. 131.

sens d' « une présomption légitime ». Toutes les caractéristiques de la notion d'auteur (titulaire des droits) indiquées plus haut, permettent de conclure que la personne reste auteur (titulaire des droits) par présomption. La présomption d'être auteur est donc comprise ici non pas tant comme une question de procédure, mais aussi et surtout comme une condition matérielle, comme essence même de la notion d'auteur durant cette période⁶⁸ !

Malgré cette importance du « fait d'être associé à l'œuvre et se présenter comme son auteur (titulaire des droits) », ce n'est pas toujours le seul facteur décisif, d'autant plus que la plupart des œuvres de l'époque sont créées dans le cadre des rapports avec plusieurs participants. Des conflits peuvent survenir, plusieurs personnes pouvant revendiquer le titre d'auteur (titulaire des droits). C'est pourquoi la personne reste dans sa qualité d'auteur (titularité des droits), tant qu'une autre n'y prétend pas, en démontrant que son rôle par rapport à l'œuvre est beaucoup plus important. C'est alors que l'on peut voir que la signature en réalité ne certifie pas la qualité d'auteur (titularité des droits) d'une personne (ou autrement, n'a pas d'effet constitutif), mais au contraire, n'est qu'un moyen de la prouver. Lors de l'appréciation de l'auteur véritable de l'œuvre, la signature d'une personne sur l'œuvre n'est qu'un facteur parmi beaucoup d'autres qui est pris en compte. L'auteur (titulaire des droits) est donc par son essence une présomption qui cependant peut toujours être renversée par d'autres personnes prétendant à ce titre.

68. À ne pas donc confondre avec la « présomption de la qualité d'auteur », présomption dans un sens étroit, qui ne vise qu'une question de procédure, bien distincte des conditions matérielles ! V. *supra* note 43.

D'après tout ce qui précède, la personne valorisant l'œuvre dans tous les cas devient son auteur (titulaire des droits). Or, la personne valorisant l'œuvre qui devient son auteur (titulaire des droits) peut différer d'un cas à l'autre. C'est alors qu'il faut considérer cette question en fonction des circonstances d'espèce. L'auteur n'est pas seulement une notion fonctionnelle, mais c'est aussi une question d'espèce.

2. L'auteur (titulaire des droits) en tant que question d'espèce

L'attitude du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine de nombreux pays pour ce qui concerne la détermination de l'auteur (titulaire des droits) permet de constater qu'ils enregistrent scrupuleusement la pratique sociale, la rendent explicite, y répondent. Ils la suivent, plutôt qu'ils ne la changent. Or, la pratique sociale, dont font partie les rapports autour de la valorisation de l'œuvre, est toujours en constante évolution. En effet, la nature des rapports entre les parties, leur position l'une par rapport à l'autre, ainsi que la distribution de leurs rôles par rapport à la création de la valeur, non seulement elles se compliquent progressivement avec le développement économique et socioculturel intense, mais aussi elles ne sont pas les mêmes dans un cas ou dans l'autre. Dans ces conditions, la contribution de telle ou telle personne dans la création de la valeur culturelle n'est pas toujours évidente. Tenant compte de tout cela, l'auteur (titulaire des droits) est considéré comme une question d'espèce⁶⁹. Cela sous-entend qu'il est le produit des circonstances et

69. « Un auteur peut se mettre aux gages d'une autre personne. Ce rôle de secrétaire ou de cédant, ignoré du public, existe en fait, mais la loi ne le réglemente pas. ... ce sont des questions d'espèces », Vaunois, *op. cit.*, n° 3, p. 2; « ... il faut avant tout consulter les circonstances », Longueville, *op. cit.*, p. 42; « Quel travail sera jugé suffisant pour conférer la qualité de collaborateur? Il est impossible de formuler d'une manière générale une réponse à

des usages sociaux, qui diffèrent non seulement d'un secteur à l'autre, mais aussi au sein d'un même secteur, au cas par cas. Cette nécessité de suivre la pratique sociale et de déterminer l'auteur (titulaire des droits) en fonction des circonstances, a pour résultat l'absence de dispositions impératives dans la réglementation du statut d'auteur (titulaire des droits). En effet, les dispositions législatives adoptées dans les années 1880 – 1920 attribuent la qualité d'auteur (titularité des droits) à l'exploitant, « à moins de stipulations contraires »⁷⁰. Plus généralement, tous les spécialistes de cette période sont unanimes à admettre la possibilité de négocier la question d'auteur (titulaire des droits) et de renoncer à ce titre⁷¹. Comme l'évoque Pouillet : « Il y a encore aujourd'hui, il y aura toujours d'obscurs ouvriers littéraires, travaillant à forfait, et tenant moins à la gloire qu'à l'argent. Ceux-là louent leur industrie et ne peuvent réclamer, sur l'œuvre conçue et écrite par eux sur la commande et pour le compte d'un tiers, aucun droit de propriété. Ce droit appartient à celui dont ils ont accepté la commande. C'est là une convention qu'on ne saurait louer assurément, mais qui n'a rien d'illicite »⁷².

ces questions ; tout dépend de l'infinie variété des circonstances et des espèces. L'application du principe dépend des tribunaux... », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 318, p. 43.

70. Il s'agit d'une formule typique utilisée dans les dispositions législatives de cette époque qui consacrent la qualité d'auteur (titularité des droits) de l'exploitant. Pour l'exemple V. *supra* note 20.

71. « ... the court articulated a clear statement rule, explaining that « producers » who employed « authors in particular literary enterprises » could easily, when they felt it in their interests, contract for employer ownership of the copyright, and that a contract transferring the copyright would be enforceable », Fisk, *op. cit.*, p. 143. Par ailleurs, comme le dit ce même auteur à titre du commentaire d'une décision de l'époque, il pourrait s'agir non seulement de la titularité sur l'œuvre, mais de la qualité même d'auteur : « If a contract assigns all rights to a work to the employer, the employee-creator does not have even a right of attribution », *ibid.*, p. 158 ; « ... l'aliénation de la qualité même d'auteur est parfaitement licite », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 202, p. 29 ; « Il n'y a rien là d'illicite, au point de vue légal... », Demange, *op. cit.*, p. 70.

72. Pouillet, *op. cit.*, n° 121, p. 157.

Ce sont donc toujours les stipulations contractuelles qui prévalent en cas de conflit. Ce qui, semble-t-il, suppose non seulement des stipulations contractuelles explicites, mais également des circonstances de faits. Il ne peut en être autrement, car en pratique le plus souvent la qualité d'auteur (titularité des droits) n'est pas prévue explicitement dans les contrats⁷³. Par conséquent, c'est tout un ensemble de différents facteurs qui sont analysés (le « faisceau d'indices », comme le dirait un spécialiste contemporain) en cas de conflits. Tout d'abord, la qualité d'auteur (titularité des droits) diffère des usages, qui peuvent dépendre d'un domaine à l'autre. Puis, il faut considérer les intentions des parties⁷⁴. En effet, pour certaines œuvres, la personne les présente comme étant les siennes, tandis qu'elle n'est pas associée aux autres, en restant complètement ignorée. Le fait que le créateur n'ait pas signé son œuvre peut donc être considéré comme son refus de toutes les prétentions à l'égard d'elle⁷⁵. À croire certains représentants de la doctrine, cela est d'autant

73. C'est notamment vrai dans les cas du contrat de travail qui représentent à l'époque une partie majeure de tous les contrats conclus entre les parties au sujet de la création de l'œuvre. V. Fisk, *op. cit.*, pp. 152-153 ; V. un auteur russe pour qui le transfert de la titularité des droits est une question de l'interprétation du contrat : Шендорф Ф. С. Субъект авторского права, Журнал Министерства Юстиции, СПб., 1913, n° 3 (март) (Chendorf F. S., *Soub'ekt avtorskogo prava*, Journal Ministerstva Ioustitsii, Spb, 1913, n° 3 (mars)), pp. 162-190, V. p. 165. V. aussi dans ce sens un autre auteur russe : Канторович, Я. А., Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения, Пг, 1916 (Kantorovitch Ya. A. *Avtorskoye pravo na literatournyye, mouzykalnyye, khoudojestvennyye i fotograficheskiye proizvedeniya*, Pg, 1916), p. 335.

74. « Whether a specific court ended up allocating ownership to the author or moved toward ownership by the employer the issue was decided on the basis of implied intent », Bracha, *art. cit.*, p. 253 ; « C'est d'ailleurs l'examen des faits et celui du contrat qui conduira à décider si l'artiste a entendu abandonner en même temps la propriété matérielle et la propriété artistique, ou bien retenu en même temps la première et une partie de la seconde. L'importance du prix comparé à la valeur des dessins, en tenant compte de la réputation de l'artiste ; la nature des rapports ordinaires et le sens général des conventions, passées dans d'autres cas entre l'artiste et l'auteur, ou l'artiste et l'éditeur seront autant d'éléments d'interprétation des volontés », Demange, *op. cit.*, p. 97.

75. Selon Copper, par exemple, ce fait peut entraîner une « présomption », qu'il a « entendu aliéner au profit de l'éditeur outre les avantages matériels attachés à la possession de l'œuvre, les avantages indirects qui peuvent résulter de sa création même », *op. cit.*, n° 66, pp. 136-137.

plus pertinent qu'il s'agit des œuvres « d'un caractère inférieur »⁷⁶. Ce critère trouve même sa place dans certaines législations des années 1880 - 1920⁷⁷. Mais « l'intention » seule de ne pas abandonner l'œuvre n'est pas suffisante pour être auteur (titulaire des droits). Ainsi, dans certaines hypothèses, le créateur signe son œuvre, démontrant bien son intention. Cependant, malgré ce fait, c'est l'exploitant qui est associé à un produit final et qui se réserve la qualité d'auteur (titularité des droits). La perception sociale d'une personne en tant qu'auteur qui prétend à cette qualité est donc aussi un facteur important. Toutefois, même ce facteur-là n'est pas toujours déterminant⁷⁸. La qualité d'auteur (titularité des droits) dépend également des possibilités de chaque partie dans chaque cas d'espèce, et, notamment, de leurs ressources et statuts⁷⁹. Par ailleurs, il faut aussi savoir comment concrètement les intentions des parties sont réalisées dans leurs rapports, tenant compte du type de contrat entre elles. De quel type de contrat s'agit-il : contrat de louage d'ouvrage ou de services ? contrat d'édition ? autre contrat ? Pour les contrats

76. V. *infra* note 82.

77. Il s'agit, notamment, des hypothèses des personnes morales qui deviennent auteur (titulaire des droits) dès le moment de la publication, dans la mesure où l'œuvre ne porte pas le nom du créateur. V. l'art. 3 de la loi LUG (*précitée*, V. note 20). L'exposé des motifs au sujet de l'adoption de cet article est très explicite : « Nach Lage der Sache darf aber, wenn der Verfasser sein Werk durch eine juristische Person ohne Nennung seines Namens herausgeben läßt, angenommen werden, daß die Absicht aller Beteiligten dahin geht, das Urheberrecht für die juristische Person zu begründen », *Begründung LUG Nr. 97* (*précité*, V. note 40), p. 393. *Comp.* avec l'art. 8 de la loi des Pays-Bas (*précitée*, V. note 16).

78. En effet, parfois la personne associée à l'œuvre et celle ayant la qualité d'auteur (titularité des droits) peuvent ne pas coïncider complètement. L'exemple le plus illustratif de l'époque est celui des œuvres cinématographiques. Il en est de même quand il s'agit des hypothèses où le créateur peut rester auteur, étant perçu comme tel par le public, alors même qu'il n'est pas forcément titulaire des droits (le cas des journalistes-salariés, par ex.)

79. « The celebrity or academic reputation of the litigants invited the courts to consider whether reputation should influence attribution of authorship or ownership of literary property. The reputation of either the writer or the employer may have influenced the courts to see proprietary rights to these valuable theatrical literary properties as belonging to whichever party to the litigation (employer or employee) struck the court as most likely to have been the most important talent behind the production », Fisk, *op. cit.*, p. 139.

de travail (contrats de louage de services), généralement, tant la doctrine que la jurisprudence admettent facilement l'employeur en tant qu'auteur (titulaire des droits)⁸⁰, ce qui cependant ne signifie pas que l'employeur soit reconnu comme auteur (titulaire des droits) *ipso facto*⁸¹. En revanche, dans l'hypothèse du contrat de commande, l'idée du transfert du droit d'auteur à l'exploitant n'est pas reçue avec tant d'enthousiasme, comparé au régime du contrat de travail. Cette question est perçue comme plus délicate et la solution peut varier d'une catégorie d'œuvre à l'autre⁸². Ainsi, une auteure française, Lepaulle, distingue très nettement les hypothèses du « contrat par lequel l'auteur abdique tout droit sur son œuvre, et autorise un autre à le [sic!] signer à sa place » et du « contrat par lequel un artiste s'engage à fournir à son co-contractant la propriété matérielle de l'œuvre qu'il va créer, mais garde sur elle son droit moral, et, sauf convention contraire, son droit de reproduction »⁸³. Par ailleurs, alors même que le contrat de commande en pratique est assez répandu, il n'est pas toujours facile de le qualifier en tant que tel⁸⁴. C'est

80. « ... courts evolved an approach to employment agreements that increasingly recognized the employer's implied contractual right to own and control the knowledge and creative output of employees », Fisk, *op. cit.*, p. 138.

81. C'est pourquoi à cette époque pour les pays du copyright, il est encore prématuré de parler de la doctrine « work-made-for-hire » : « ... no courts actually held that the fact of employment *ipso facto* entitled the employer to the copyright. The work-for-hire principle most definitely was not legal doctrine at that point – it was dicta... », *Ibid.*, p. 152.

82. Il « peut arriver... que l'auteur de la commande, un éditeur en général, s'adresse à plusieurs artistes et obtienne d'eux des dessins non signés... Il s'agira manifestement d'œuvre d'art d'un caractère inférieur, affiches, dessins pour prospectus, pour menus d'un restaurant ou autres analogues... Dans cette hypothèse, l'auteur, aux yeux du public et aux yeux de la loi, sera l'éditeur, le seul qui ait présenté l'œuvre au public et qui l'ait recommandé de son nom », Copper, *op. cit.*, n° 66, p. 136.

83. Lepaulle, *Les Droits de l'auteur sur son œuvre*, Paris, Dalloz, 1927, p. 59.

84. « S'il est certain qu'en cas de commande l'auteur ne peut élever d'autres prétentions que celles qui sont relatives au prix de son travail, il reste cependant difficile de décider, d'une manière générale, quand il y aura ou non commande; la variété des espèces soulève ici bien des doutes », *Pandectes françaises...*, *op. cit.*, n° 205, p. 29. Ainsi, en pratique ce contrat peut « être soit une vente, soit un louage d'ouvrage..., soit un louage de services », Lepaulle, *op. cit.*, p. 60. Mais plus généralement, Vaunois indique que les arrêts dans ce domaine sont « prudents et

pourquoi, dans leurs décisions, les juges ne sont pas catégoriques et font preuve de prudence, tenant compte des circonstances d'espèce. Ils analysent la nature même des rapports entre les parties. L'auteur de la commande ne devient donc pas systématiquement auteur (titulaire des droits)⁸⁵...

Tenant compte de tous ces multiples facteurs à la base de la détermination de la qualité d'auteur (titularité des droits), il n'est pas du tout étonnant que la qualité d'auteur (titularité des droits) de l'exploitant (tels que l'employeur et l'auteur de la commande, par exemple) ne soit pas toujours explicitement prévue dans toutes les lois adoptées dans les années 1880-1920. C'est notamment le cas du législateur allemand qui s'abstient de réagir sur cette question. Dans un exposé des motifs, il est expliqué que les rapports entre les parties peuvent différer non seulement selon les catégories d'œuvres (œuvres d'art ou d'arts appliqués, œuvres photographiques ou architecturales...), mais aussi en fonction des usages. Cependant, pour le législateur il « va de soi » (« *selbstverständlich ist* ») que, même sans stipulation contractuelle expresse, le droit d'auteur doit être envisagé comme étant transféré à l'exploitant si l'on peut supposer, d'après les circonstances d'espèce, que telle était l'intention des

réservés ; on y trouve des négations, plutôt que des affirmations positives », *Le Droit d'Auteur*, 1924, n° 2, p. 22, 1^{re} col.

85. Pour la France, V. dans ce même sens une chercheuse contemporaine Stéphanie Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Paris, Litec, 1999, n° 416, p. 175. V. aussi *Le Droit d'Auteur*, 1924, n° 2, pp. 20-22. Idem pour les Pays-Bas : « [d]uring the revision of the copyright law resulting in the 1912 Act, the Dutch government rejected a proposal to consider both employers *and* commissioning parties as « authors », stating that while an employer has a right to the fruits of his employee's labour and should therefore be considered author unless agreed otherwise, vesting copyright ownership in the commissioning party merely because he pays for the work would be contrary to the basic principle that copyright vests in the person who made the work », J.M.B. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine. Authorship, Copyright Ownership and the Exploitation of Creative Works in the Netherlands, Germany and the United States*, Deventer/Boston : Kluwer International 1994, p. 85.

parties. « En général, – disent les motifs..., – on peut admettre que le droit est transmis à l'entrepreneur quand l'auteur a mis ses services à la disposition de ce dernier, par profession ou contre salaire, surtout en qualité d'employé, de fonctionnaire, etc. Mais on a dû renoncer à introduire dans la loi une présomption semblable puisqu'elle ne s'adapterait jamais aux cas divers »⁸⁶.

L'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) étant une question d'espèce, le créateur a toujours des opportunités de réagir et de se faire connaître, s'il le souhaite. Ce n'est pas par hasard que dans les législations adoptées dans cette période, la qualité d'auteur (titularité des droits) est parfois attribuée à une personne autre que le créateur que dans la mesure où ce dernier n'a pas signé son œuvre⁸⁷. Et pourtant, malgré toutes ces opportunités, dans les cas où le créateur ne valorise pas l'œuvre, il n'est pas auteur (titulaire des droits). On peut supposer que cela peut s'expliquer par sa faible position de négociation. En effet, en même temps que la question d'auteur (titulaire des droits) est une question d'espèce, elle est aussi une question de rapport de force. C'est toujours le rapport de force qui est à la base de la distribution des rôles mutuels des parties participant à la création de la valeur par rapport à l'œuvre. C'est pourquoi, en pratique, d'une manière générale, la personne qui a suffisamment de ressources et un statut économique et social élevé (reconnaissance, argent, capital symbolique) pour la valoriser, se réserve le pouvoir d'exploiter l'œuvre à travers les contrats conclus avec son créateur véritable. Grâce à

86. Le Droit d'Auteur, 1906, n° 2, p. 15; pour l'original V. *Reichstagsverhandlungen 11. Leg. Per. II. Sess. 1905/1906, Nr. 30 der Drucksachen (Begründung)*, disponible en ligne https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k11_bsb00002830_00598.html. V. pp. 1534-1535 (« [D] er Entwurf sieht von einer Regelung der Frage ab... »).

87. V. *supra* note 77.

ses ressources et à son statut, une personne – qui peut différer en fonction des rapports et de l'œuvre créée – est dotée d'une position de négociation plus forte qui lui permette dès le début d'imposer ses conditions – signer l'œuvre et l'exploiter en son nom, être associée à elle, se présenter comme son auteur etc. – et donc s'imposer comme son auteur légal. Ce sont ces conditions qui trouveront leur place dans la structuration juridique des rapports entre les parties et qui, en cas de conflits, seront analysées par les juges. Le rôle du législateur, ainsi que de la jurisprudence, n'est donc que de rendre légitime la pratique qui transforme une personne, ayant le plus d'emprise sur la valorisation de l'œuvre, en l'auteur (titulaire des droits), et cela en fonction des circonstances de chaque espèce. Ils maintiennent ainsi le statu quo d'une personne, ayant une position suffisamment forte pour être associée à l'œuvre et s'imposer comme son auteur (titulaire des droits), en la renforçant encore davantage. Dans ces hypothèses, le créateur n'est pas auteur (titulaire des droits) justement parce que la qualité d'auteur (titularité des droits) n'est pas destinée à valoriser la personne *per se*, mais est un instrument pour la faire agir et valoriser l'œuvre.

C'est ainsi que dans les cas où le créateur n'est pas « valorisateur », la qualité d'auteur (titularité des droits) n'a pas d'existence autonome et devient attribut de l'œuvre.

B. L'auteur (titulaire des droits) comme attribut de l'œuvre

L'attribution de la qualité d'auteur (titularité des droits) à une personne autre que le créateur s'explique par la nécessité de lui assurer la sécurité juridique

d'exploitation, pour qu'elle puisse la valoriser. Dans cette hypothèse elle a surtout besoin des droits sur l'œuvre et non pas tant d'un statut d'auteur. La notion même d'auteur qui désigne l'exploitant ne signifie plus un statut, mais s'efface au profit de la titularité, en devient synonyme. Au point même que dans le cadre de cette logique, ce n'est pas l'auteur qui devient titulaire des droits, mais au contraire, c'est le titulaire des droits qui devient « auteur » (la titularité des droits déterminant l'auteur de l'œuvre – 1). En attribuant la qualité d'auteur (titularité des droits) à une personne autre que le créateur, le droit d'auteur n'a donc pas pour but de valoriser cette personne en tant que telle, mais surtout de la faire valoriser l'œuvre. C'est pourquoi le créateur qui ne valorise pas l'œuvre n'a ni ressources ni intérêt à en être auteur (titulaire des droits). Cependant, le créateur étant ainsi privé de la maîtrise économique sur son œuvre, est-ce à dire que l'attribution du contrôle sur l'œuvre à une autre personne s'est produite au détriment de ses intérêts et qu'il n'en a nullement bénéficié? (L'auteur (titulaire des droits), est-il instrument de valorisation au détriment du créateur? – 2).

1. La titularité des droits déterminant l'auteur de l'œuvre

Afin de pouvoir exploiter l'œuvre et la valoriser, l'exploitant qui devient son auteur (titulaire des droits) prétend surtout à la titularité des droits. En effet, c'est la titularité des droits qui lui donne des possibilités de disposer de l'œuvre, de la transformer ainsi en une valeur et souvent même d'être associé comme son auteur véritable⁸⁸. C'est de là qu'il bénéficie des droits et,

88. Par exemple, en Allemagne à cette époque le statut de l'auteur-créateur est proclamé avec beaucoup d'insistance. Selon l'intention du législateur allemand, l'employeur et l'auteur de la commande ne sont pas considérés comme « auteurs » *stricto sensu*. Cependant, cela n'empêche pas qu'ils soient considérés comme tel aux yeux du public, car en pratique ce sont eux qui sont associés à l'œuvre.

notamment, c'est de là que dépend sa position sur le marché, sa performance et sa compétitivité. Même si l'exploitant se nomme parfois (ou même souvent) « auteur », le statut d'auteur en tant que tel ne l'intéresse point : celui-ci ne lui donne aucune opportunité supplémentaire pour son activité de la création de la valeur, pour l'activité dont il va bénéficier. À l'époque des années 1880-1920, il ne peut pas encore jouir du droit moral qui est censé servir uniquement les intérêts du créateur. D'autant plus qu'à cette époque le droit moral n'est pas encore un mécanisme qui serait bien intégré dans le droit d'auteur. Il n'est pas encore universellement considéré comme « prérogative » d'auteur *stricto sensu*, et, par conséquent, n'est pas inséparablement lié au statut d'auteur. Par ailleurs, le fait que le créateur puisse garder le statut d'auteur ne provoque à l'exploitant aucun risque pour son exploitation. Il est vrai que par rapport au milieu du XIX^e siècle, le discours sur le statut du créateur devient progressivement plus structuré, plus conceptualisé et la nécessité de reconnaître le créateur en tant qu'auteur de l'œuvre est non seulement acceptée, mais aussi plus nettement exprimée et même accentuée. La protection de la personnalité du créateur et de son lien immatériel avec l'œuvre connaît un véritable progrès à travers le développement du droit moral⁸⁹. Cependant, même si le mécanisme juridique qui protégerait les intérêts des créateurs dans leurs relations avec les exploitants continue dans cette période à se développer au niveau conceptuel, le créateur n'est pas toujours en mesure de le mettre en œuvre. Il n'a pas souvent de position de négociation assez forte pour profiter de ce renforcement de son statut et de son lien personnel avec l'œuvre. À ne pas oublier que le droit moral à

89. V. sur ce sujet une très belle thèse de Monsieur Laurent Pfister : *L'auteur, propriétaire de son œuvre? : la formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse de doctorat. Université Robert Schuman (Strasbourg – 3), 1999.

cette époque a encore un caractère aliénable⁹⁰. C'est pourquoi le statut d'auteur du créateur ne gêne point l'exploitant, y compris en ce qui concerne ses intérêts économiques. En effet, l'exploitant qui devient titulaire des droits sur l'œuvre est considéré comme son propriétaire qui ne doit plus rien au créateur. À cette époque, il n'existe aucun mécanisme qui prévoirait, d'une façon impérative, la rémunération du créateur en fonction de l'exploitation de son œuvre ou une quelconque autre garantie économique. Les droits étant transférés à l'exploitant, le créateur n'a plus aucune prétention économique sur son œuvre, pas même en ce qui concerne la qualité à agir en contrefaçon⁹¹. Il ne peut donc plus venir contester l'exploitation pour ce qui est de son étendue, durée ou caractère exclusif⁹². Par ailleurs, l'attribution de la titularité des droits à l'exploitant, et non pas de la qualité d'auteur, est tout aussi suffisante au point de vue des conflits potentiels avec les autres titulaires des droits. En effet, une fois l'œuvre créée, normalement ce n'est qu'un exploitant⁹³ qui prétend être l'auteur ou le titulaire des droits, la titularité des droits sur l'œuvre à cette époque n'est pas encore partagée entre plusieurs personnes (au moins, dans les hypothèses où c'est l'exploitant qui valorise l'œuvre et non pas son créateur effectif). C'est pourquoi l'attribution à l'exploitant de la titularité des droits sur l'œuvre le transforme en son « propriétaire ». Il possède donc tous les droits, ce qui lui évite les conflits

90. Même en France : V. par exemple, Silz, Edouard, *La notion juridique de droit moral de l'auteur : son fondement-ses limites*, RTD civ. 1933, pp. 331-424. V. pp. 408-411.

91. « Il est évident... que... l'auteur véritable, mais dont la signature ne figure pas sur l'œuvre, n'aurait aucunement qualité pour poursuivre en contrefaçon... », Copper, *op. cit.*, n° 65, p. 131. Et il continue : « ... l'auteur, aux yeux du public et aux yeux de la loi, sera l'éditeur, le seul qui ait présenté l'œuvre au public et qui l'ait recommandé de son nom. C'est à lui seul qu'appartiendra le droit de poursuivre ceux qui rendraient coupables de contrefaçon... », *Idem*, n° 66, p. 136. Pouillet, quant à lui, est plus nuancé, mais sa position *grosso modo* est la même : Pouillet, *op. cit.*, n° 621, p. 646 ; n° 623, pp. 647-648 ; p. 257, note 1.

92. À cette époque, bien sûr, il faut parler de « l'exclusivité » avec beaucoup de réserves.

93. La titularité partagée des droits entre plusieurs exploitants n'apparaît que vers les années 30.

en pratique. Pour ce qui est des conflits potentiels sur une mode d'exploitation qui n'existait pas à la date du transfert des droits et que l'on pourrait réclamer comme situant en dehors de cette « propriété », dans une période des années 1880-1920 ils étaient encore inconnus⁹⁴. De tout ce qui précède, il résulte que, s'agit-il d'un transfert des droits (*cessio legis*) ou de sa qualité d'auteur, cela ne présente pour l'exploitant aucune importance. Dans les deux cas, la sécurité juridique de son exploitation est bien garantie. Cela concerne aussi les marchés internationaux, puisque la tendance d'investir l'exploitant de la titularité des droits (qualité d'auteur) est propre pour beaucoup de pays, en dépit du progrès du statut de l'auteur-créateur. Une sympathie particulière d'un pays en faveur du statut de l'auteur-créateur n'est pas susceptible d'affecter l'étendue des droits de l'exploitant et, par conséquent, son exploitation paisible de l'œuvre sur n'importe quel territoire. Aucune incertitude pour lui à ce niveau-là. De toute façon, afin d'éviter tous les risques potentiels, il peut toujours se procurer des garanties supplémentaires dans les contrats conclus avec le créateur véritable de l'œuvre⁹⁵. Pour résumer, même s'il peut exister une différence entre « auteur » et « titulaire », en théorie, pour une personne qui exploite l'œuvre, cette différence n'est pas ressentie en pratique.

L'analyse qui précède explique pourquoi la question du statut d'auteur en tant que telle n'est pas affectée dans la jurisprudence dans les cas de contestation

94. De nombreux conflits sur cette question n'apparaissent que vers les années 1930, suite au développement technologique intense.

95. Les réserves doivent toutefois être faites pour ce qui concerne l'éditeur des œuvres anonymes et pseudonymes, dans l'hypothèse où c'est l'exploitant qui est reconnu comme auteur (titulaire des droits). Même si pour lui il n'y a pas toujours de différence, être auteur ou titulaire des droits, sa position juridique est ici surtout déterminée par le contrat conclu avec le créateur de l'œuvre, qui peut parfois dans ces cas avoir une position de négociation assez forte pour y assurer ses propres intérêts.

des droits patrimoniaux d'un exploitant. Cette dernière se concentre plutôt sur certains aspects particuliers de l'exploitation de l'œuvre, sur certaines prérogatives de son prétendu titulaire. Dans les litiges soumis aux tribunaux, il ne s'agit pas tant de savoir qui est auteur sur l'œuvre donnée, que de déterminer qui a le droit de l'exploiter d'une telle ou telle façon. Par conséquent, il est impossible de repérer une jurisprudence qui proclamerait d'une manière décisive la qualité d'« auteur » d'une personne autre que le créateur. Soit on n'utilise pas la notion d'« auteur », soit on utilise au lieu d'« auteur » la notion de « titulaire des droits » ou de « propriétaire de l'œuvre »⁹⁶. Cela n'empêche pas cependant à la doctrine dans tous ces cas de parler de « l'auteur » de l'œuvre. C'est notamment le cas en France. Mais il semblerait que la situation est semblable dans d'autres pays. Le statut d'auteur lui-même ne pose donc pas de questions en pratique quand il s'agit de l'exploitation de l'œuvre. Pour celui qui l'exploite, le statut d'auteur importe peu, il a l'intérêt d'être titulaire des droits. Pour le créateur, le statut d'auteur n'est pas demandé, étant souvent inaccessible, faute de position de négociation forte. Pour ce qui est de ses prétentions éventuelles au regard du droit moral (il est vrai, chose rare s'il ne valorise pas l'œuvre, mais possible quand même), elles ne concernent pas les droits patrimoniaux de l'exploitant en tant que tels.

Cependant, on voit bien que dans le cas où c'est l'exploitant qui valorise l'œuvre, dans les documents de cette époque, la notion d'auteur est toutefois

96. V., par exemple, une décision française d'une grande portée qui est assez illustrative : « ... en droit un travail artistique exécuté sur commande pour un éditeur et en vue d'une publication devient, dès l'origine, en entier et sans restriction, la propriété exclusive et personnelle de l'éditeur », Trib. Nantes, 27 mars 1905, D. P. 1907.2.297. Même ici le texte de la décision parle de l'éditeur en termes du « propriétaire ». Et pourtant il y est reconnu que « c'est sur la durée de sa propre existence que se régle la durée du droit d'auteur » (*ibid.*, note Ch. Claro).

évoquée. Cela permet de supposer que, dans ce cas, cette notion est perçue d'une toute autre manière qu'elle ne l'est étant utilisée à l'égard du créateur. Il suffit de considérer le contexte dans lequel on a recours à cette notion. En effet, dans l'hypothèse de « l'exploitant-valorisateur », « l'auteur », s'il se manifeste, ne se manifeste véritablement dans le discours juridique qu'à l'étape de l'exploitation de l'œuvre et à propos de son exploitation, dans la mesure où il faut déterminer le titulaire des droits. C'est donc l'exploitation de l'œuvre qui déclenche en pratique la question d'auteur en faisant nécessaire sa détermination. L'auteur devient ainsi secondaire par rapport au régime d'exploitation de l'œuvre. Or, puisque l'exploitant est surtout intéressé à la titularité des droits, c'est donc la titularité des droits qui justifie l'intérêt à la notion d'auteur. En effet, c'est dans ce sens qu'elle est souvent perçue par la doctrine de l'époque, au moins dans les pays où elle est comprise d'une manière large⁹⁷. En plus, dans l'hypothèse où c'est l'exploitant qui valorise l'œuvre, la titularité des droits détermine le contenu d'auteur. Autrement, si la notion d'auteur ne désigne pas le créateur, elle est utilisée comme synonyme d'un « titulaire des droits ». Sinon, comment expliquer cette confusion entre « auteur » et « titulaire des droits », qui est propre aux années 1880 - 1920 et qui, dans les conditions d'une très faible conceptualisation de la notion d'« auteur » et de la réglementation faible et illusoire du droit moral, s'affirme encore davantage ? Comment expliquer que dans le langage de cette époque

97. V., par exemple, la doctrine française, qui est très évocatrice : « Pour jouir des prérogatives attachées à la création d'une œuvre artistique, il faut être, ou l'auteur, ou l'un de ses ayants-droit ; il est donc très important de déterminer ce que l'on doit entendre par auteur », Longueville, C., *op. cit.*, p. 39. V. aussi dans ce sens Pouillet, pour lequel il est important de connaître l'auteur, parce que le « droit de propriété littéraire et artistique dérive, en principe, de la qualité d'auteur », *op. cit.*, n° 120, p. 156. Idem pour Vaunois (*op. cit.*), qui parle de l'auteur dans un chapitre « Titulaires du droit d'auteur », et pour Copper (*op. cit.*) qui traite l'auteur dans une section « Des personnes qui sont appelées par la loi à jouir du droit de propriété artistique ».

le mot « auteur » est associé souvent à un « propriétaire » de l'œuvre et non pas seulement à son créateur effectif? Comment expliquer que dans la plupart des pays les spécialistes en la matière ne distinguent pas clairement entre la « qualité de l'auteur », la « titularité initiale », la « titularité dérivée » des droits et le « propriétaire » de l'œuvre? En effet, la notion d'auteur peut être évoquée pour désigner l'auteur-créateur, le titulaire initial des droits, mais aussi elle peut signifier une personne qui tient les droits suite à une cession, qu'elle soit implicite ou explicite (par exemple, dans le cas des éditeurs des œuvres anonymes dans certains pays). Or, ce n'est pas par hasard, que de la doctrine, de la jurisprudence ou des dispositions législatives, il n'est pas toujours évident de déterminer s'il s'agit d'une simple cession des droits patrimoniaux ou de la reconnaissance directe d'un exploitant comme auteur, « en passant au-dessus de la tête » du créateur. Il ne peut y avoir de distinction consciemment faite ici, car cette distinction n'existe pas dans les esprits des spécialistes! Elle n'existe pas dans les esprits des spécialistes, car il n'y a pas d'importance en pratique. C'est pourquoi l'utilisation des termes « auteur » et « titulaire des droits » est parfois opportune et arbitraire aux yeux d'un juriste contemporain. Cela peut nous amener à la conclusion que la titularité des droits est dans cette période l'essence même de la notion d'auteur. Par rapport au milieu du XIX^e siècle, la qualité d'auteur s'efface donc au profit d'un titulaire des droits, la titularité des droits devient son mode d'existence. De cette manière, la notion d'« auteur » qui désigne l'exploitant dans les années 1880-1920, est loin d'être comprise comme un statut. Elle est entendue et appliquée dans un sens de « titulaire des droits », au moins dans les cas où le créateur effectif ne participe pas à la valorisation de l'œuvre. Ce n'est donc pas du tout pertinent de parler d'un statut d'auteur de l'exploitant. En d'autres termes, il n'y a pas ici de

hiérarchie stricte entre les notions « auteur » et « titulaire » (dans la mesure où elles ne sont pas appliquées à l'égard d'un créateur de l'œuvre). Elles existent sur le même niveau et peuvent se substituer l'une à l'autre. C'est dire que l'exploitant valorisant l'œuvre, désormais ne doit pas nécessairement « passer par l'auteur » et peut donc être directement investi des droits, en devenant « propriétaire » de l'œuvre ! Cela explique aussi pourquoi en pratique les juges ont pu se passer de « l'auteur » en déterminant le titulaire des droits.

On parlait de l'auteur, mais on sous-entendait le titulaire des droits. Mais pourquoi cette confusion ? Pourquoi fallait-il parler d'« auteur » ? Il semblerait que l'on cherchait à légitimer le fait que l'exploitant devenait propriétaire de l'œuvre sans en être son créateur véritable, à l'encontre de l'époque précédente. En effet, au milieu du XIX^e siècle, c'était le créateur de l'œuvre qui, dans sa qualité d'auteur, devenait propriétaire. Or, dans la période des années 1880-1920 le créateur et le titulaire des droits ne coïncident plus. En effet, d'une part, parfois on refuse à accorder la qualité d'auteur à l'exploitant, en faisant valoir le statut du créateur, sur la base du fait que ce n'est que le créateur qui peut créer l'œuvre et qui est donc son auteur. Mais d'autre part, face aux enjeux de cette époque, puisque dans l'attribution de la titularité des droits il faudrait plutôt penser en termes de « valorisation » de l'œuvre et non pas en termes de « création », cette reconnaissance du créateur en tant qu'auteur n'a pas de conséquences en pratique, au moins, dans l'hypothèse où c'est l'exploitant qui valorise l'œuvre. Il existe une nécessité d'attribuer la titularité des droits à une personne autre que le créateur. Par conséquent, cela n'empêche pas, dans ces hypothèses, d'attribuer d'une façon unanime, en règle générale, la titularité de tous les droits à l'exploitant. Mais sur quelle base faut-il le faire ?

Étant donné qu'avant c'était toujours l'« auteur » qui était titulaire des droits, pourquoi ne pas considérer l'exploitant comme auteur (d'autant plus que le créateur dans ces hypothèses souvent ne peut faire valoir ni son statut d'auteur ni son droit moral)? Ainsi, l'exploitant devient-il un « véritable auteur » de l'œuvre. Au point même que, parfois, en justifiant la qualité d'auteur de l'exploitant, on évoque le fait qu'il a « créé » l'œuvre. Dans ces hypothèses alors son activité « créative » s'interprète d'une façon large, tenant compte non seulement de la création effective de l'œuvre en tant que telle, mais aussi des éléments se rapportant à l'exploitation. C'est ainsi que parfois, à cette époque, le législateur⁹⁸, la jurisprudence⁹⁹ et la doctrine¹⁰⁰ parlent de l'« auteur » de l'œuvre qui le « crée », en sous-entendant en réalité une personne qui conçoit l'idée, inspire, organise et dirige la création de l'œuvre, sans en faire une exécution matérielle de l'œuvre, et où le créateur véritable peut être considéré comme exerçant un travail mécanique qui n'a rien à voir avec l'activité créative. Mais cette manière de voir est assez occasionnelle, représente plutôt une dérive. Même si l'on utilise le langage qui se réfère à la « création » de l'œuvre, même s'il y a une confusion entre les activités se rapportant à la création et à l'exploitation de l'œuvre quand on cherche à justifier la qualité d'auteur de

98. C'est ainsi que le législateur dans les Pays-Bas s'est référé au « *concept intellectuel de l'auteur* ». D'après ce concept, si l'idée et la manière d'expression sont élaborées dans un plan détaillé qui nécessite qu'une exécution matérielle, c'est alors celui qui a fait ce plan qui en sera réputé auteur de l'œuvre, V. Seignette, J. *Challenges to the Creator Doctrine*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1994, p. 64 (avec la référence aux travaux législatifs). Ainsi, selon l'art. 6 de la loi des Pays-Bas (*précitée*, V. note 16), « Lorsqu'une œuvre a été faite d'après les plans et sous la direction et la surveillance d'un tiers, celui-ci en est réputé être l'auteur ».

99. Pour les exemples de la jurisprudence aux États-Unis, V., notamment, Bracha, *art. citée*, pp. 261-262.

100. « ... si l'œuvre a été mise au jour, non par une personne physique, mais par un être purement juridique (une société de commerce par exemple), qui s'en dit le seul créateur et absorbe dans son abstraction toutes les personnes qui ont concouru au travail », Vaunois, *op. cit.*, n° 1, p. 2.

l'exploitant, il semblerait que personne ne peut sérieusement prétendre que l'exploitant « crée ». D'autant plus que la titularité des droits est attribuée en fonction de la valorisation de l'œuvre et non pas de sa création. Le recours à l'auteur est donc une sorte de technique juridique, un moyen de justifier l'attribution de la titularité des droits à l'exploitant, plutôt qu'une envie de le considérer comme auteur et dévaloriser ainsi son créateur véritable et son lien personnel avec l'œuvre.

2. L'auteur (titulaire des droits), instrument de valorisation au détriment du créateur ?

À l'époque des années 1880-1920, dans l'hypothèse où la qualité d'auteur (titularité des droits) est attribuée à l'exploitant, c'est un attribut de l'œuvre et non point une qualité de la personne. Cela signifie que la qualité d'auteur (titularité des droits) n'a pas tant pour objectif de valoriser la personne en tant que telle ou de lui assurer des bénéfices, mais elle est surtout destinée à valoriser l'œuvre. La qualité d'auteur (titularité des droits) ne valorise donc la personne que dans la mesure où cela est nécessaire pour valoriser l'œuvre elle-même. Désormais, au moins dans l'hypothèse où elle est attribuée à une personne autre que le créateur, c'est un instrument qui fait partie du processus même de la création de la valeur. Autrement, c'est une condition de la création de la valeur, plutôt qu'une conséquence de cette création. La qualité d'auteur (titularité des droits) n'est donc pas la preuve d'un statut d'une personne qui a créé la valeur, mais, au contraire, c'est le choix d'une personne qui va le faire. Par conséquent, elle ne valide pas le statut déjà gagné, mais au contraire, fixe la fonction (qui est ou sera) exercée. C'est pourquoi au lieu de confirmer le

statut d'auteur d'une personne et son droit aux bénéfices mérités, elle affirme la position d'une personne, impliquée dans la création de la valeur. C'est une sorte de dénomination, de distinction par rapport aux autres qui a une double portée. D'un côté, la qualité d'auteur (titularité des droits) renforce la position d'une personne, en lui « affectant » une œuvre et en lui reconnaissant le pouvoir de se comporter et d'agir d'une telle ou telle manière par rapport à elle. De l'autre côté, outre le pouvoir et la liberté d'agir par rapport à l'œuvre, attribuer à quelqu'un la qualité d'auteur (titulaire des droits) signifie en quelque sorte engager sa responsabilité de mettre en évidence l'utilité de l'œuvre. C'est une sorte de crédit à la personne choisie que celle-ci doit retourner, en augmentant la valeur de l'œuvre, pour pouvoir rester en cette qualité d'auteur (titulaire des droits). La qualité d'auteur (titulaire des droits) est donc là pour faire agir une personne et, notamment, valoriser l'œuvre. On en déduit deux conséquences importantes pour le créateur au niveau tant des droits que du statut d'auteur. D'une part, dans l'hypothèse où le créateur ne valorise pas l'œuvre, il ne peut pas bénéficier de ses droits sur elle. En effet, les droits dans cette période ne peuvent pas apporter des bénéfices directs : les bénéfices dépendent de la valeur de l'œuvre. Par conséquent, la personne devenant titulaire des droits ne peut en avoir que dans la mesure où elle valorise l'œuvre. C'est ainsi qu'être auteur (titulaire des droits) à cette époque, ce n'est pas seulement un acte volontaire ou un besoin, mais aussi et surtout une contrainte : il faut être auteur (titulaire des droits) pour pouvoir créer de la valeur et donc bénéficier des droits. Or, afin de valoriser l'œuvre et pouvoir bénéficier des droits, la personne prétendant être titulaire des droits, doit avoir un statut social et économique, ainsi que des ressources, ce qui n'est évidemment pas le cas de ce créateur. Cela est pour dire que le créateur n'a pas toujours ni de ressources ni

de statut social et économique pour valoriser l'œuvre et donc n'a pas toujours d'intérêt à en être titulaire des droits. D'autre part, dans l'hypothèse où le créateur ne valorise pas l'œuvre, il n'a même pas besoin du statut d'auteur. À quoi cela peut-il lui servir, si, aux yeux du public, le plus souvent il n'est même pas associé à l'œuvre? D'ailleurs, il n'a pas de position de négociation pour le faire valoir. Il s'ensuit que, dans cette hypothèse, non seulement le créateur n'a pas bénéficié de l'œuvre, mais son statut d'auteur n'est pas valorisé. Bref, dans les hypothèses d'une grande emprise de l'exploitant sur la valorisation de l'œuvre en ce début du xx^e siècle, le créateur n'est pas, mais aussi ne peut pas et surtout ne veut pas être auteur (titulaire des droits).

Le créateur à cette époque n'est donc pas systématiquement bien protégé en pratique. Bien que le statut du créateur en tant qu'auteur, dès le dernier tiers du xix^e siècle, soit reconnu et souligné avec une certaine insistance dans beaucoup de pays, la protection du créateur est toujours soumise à différents régimes de protection, en fonction de sa valorisation de l'œuvre. D'où cette apparente inconsistance entre la déclaration du statut de l'auteur-créateur et sa mise en œuvre en pratique. Or, en réalité, il n'y a aucune inconsistance. L'assurance de ses intérêts par le droit d'auteur est tout simplement conditionnelle. Autrement, elle est opportune et dépend de sa contribution dans la création de la valeur. Dans l'hypothèse où c'est lui qui valorise l'œuvre, la figure du créateur est particulièrement protégée. Dans ces cas il est incontestablement reconnu et mis en valeur comme titulaire des droits sur la base de son statut d'auteur. Grâce à la consécration de son statut d'auteur et à la protection assurée de sa personnalité à travers le droit moral, qui se développe dans les années 1880-1920, sa position juridique d'un titulaire des

droits en pratique se renforce ainsi encore davantage. Cependant, dans les cas où c'est l'exploitant qui valorise l'œuvre, la reconnaissance juridique de son statut d'auteur est laissée sans conséquences en pratique, on n'y insiste point. D'autant plus que dans ces hypothèses, il n'y a de conflits ni pour le statut d'auteur, ni pour les droits. Le créateur n'y est pas toujours intéressé et surtout n'a pas de ressources pour les réclamer. C'est ainsi que l'auteur-créateur dans ces cas, bien qu'il occupe une place particulière dans les motifs d'une régulation de cette époque, est loin d'être efficacement protégé en pratique. Le statut d'auteur-créateur alors, s'il est consacré au niveau législatif, n'a qu'une portée symbolique, étant relégué au second plan. Au point même que c'est l'exploitant qui est non seulement titulaire des droits, mais aussi est considéré comme auteur véritable. Évidemment, le droit d'auteur dans cette période n'était pas conçu comme un mécanisme destiné à protéger davantage le créateur, du fait de sa création de l'œuvre et donc du fait de son statut d'auteur. On n'avait pas raisonné dans la perspective du créateur de l'œuvre et dans celle de le protéger.

La protection efficace du créateur n'est pas l'objectif principal du droit d'auteur, parce que c'est la valorisation de l'œuvre qui l'est, ce qui explique cette priorité accrue accordée à l'exploitant, quand il la valorise. C'est pourquoi dans cette hypothèse, non seulement le créateur n'est plus le motif principal du droit d'auteur, sa finalité, sa figure centrale, mais il est même hors du domaine d'influence du droit d'auteur. Le droit d'auteur alors ignore totalement ses intérêts. En effet, la titularité des droits étant attribuée à l'exploitant, le créateur n'est plus propriétaire, son lien matériel avec l'œuvre est rompu, et il n'en obtient aucune récompense! Il n'existe même pas de

mécanisme juridique qui pourrait le protéger davantage en tant que partie faible, pour qu'il puisse faire valoir son lien personnel avec l'œuvre. Et pourtant, dans les discussions de l'époque, rares sont les voix qui mettent en avant les intérêts du créateur de l'œuvre à l'encontre de l'exploitant qui en devient propriétaire, au moins, dans l'hypothèse d'une grande emprise de ce dernier sur la valorisation de l'œuvre. Au contraire, le législateur fait tout pour éviter au maximum des dispositions impératives sur ce sujet, il laisse faire la pratique sociale. Il la suit, l'accentue même, en maintenant le rapport de force qui existe. La protection de l'exploitant comme auteur (titulaire des droits) est considérée comme juste et souhaitable. Il le soutient donc toujours et sans presque aucune réserve dans la mesure où c'est lui qui valorise l'œuvre. Est-il acceptable que le créateur étant auteur de l'œuvre, n'en sera pas son titulaire des droits? Est-il acceptable que le créateur puisse être privé de sa qualité d'auteur même? N'est-ce pas contraire à l'esprit du droit d'auteur d'attribuer les bénéfices du droit d'auteur à l'exploitant sans en récompenser le créateur? Comment faire pour protéger encore davantage les intérêts du créateur dans les conditions de la position forte de l'exploitant qui se réserve tous les bénéfices de l'œuvre? Non seulement toutes ces questions n'ont pas été posées, mais elles ne pouvaient l'être, car les spécialistes de l'époque n'ont pas raisonné en ces termes! En effet, suite au changement de la manière de créer la valeur culturelle qui s'est produit dès le dernier tiers du XIX^e siècle, les rapports autour de la production de la valeur sont restructurés. Or, la conceptualisation du droit d'auteur provenant du milieu du XIX^e siècle, malgré tout son progrès au tournant du XX^e siècle, reste encore très faible. Ce qui avait pour conséquence la dissociation du lien entre le droit d'auteur et les intérêts du créateur dans l'esprit des spécialistes des années 1880-1920. Le droit d'auteur devient ainsi

instrument de valorisation de l'œuvre, au lieu d'être instrument d'assurance des intérêts du créateur. Il est désormais mis au service de l'œuvre, au lieu d'être au service du créateur. Les droits ne sont donc plus considérés comme devant appartenir au créateur. Pour les juristes de cette période, il est donc tout à fait naturel, que le créateur ne puisse plus avoir des droits. C'est pourquoi, le créateur n'est pas du tout perçu comme « dépendant » dans son statut et sa position, comme « une partie faible », qui aurait besoin de davantage de « protection », face à des prétentions de l'exploitant de s'approprier les droits et même la qualité d'auteur. Cela explique aussi, pourquoi on n'a pas pensé à développer davantage le mécanisme du transfert des droits au lieu d'aménager la notion d'auteur. Outre les difficultés de sa mise en œuvre en pratique, aux yeux de juristes, cela n'allait pas de soi, puisque les droits étaient dus à celui qui valorisait l'œuvre. En aucune façon on ne peut donc dire que le créateur est « dévalorisé », « spolié » ou « privé » de ses droits du fait de la titularité des droits de l'exploitant, pour que soit justifiée une demande d'une quelconque récompense. En effet, comment peut-il être considéré comme étant « privé » des droits qui ne lui sont pas dus ? Comment peut-il être « dévalorisé », si sa figure n'est pas considérée comme étant importante, ou « de valeur », pour le droit d'auteur, dans l'hypothèse où il ne valorise pas l'œuvre ? Ce qui peut nous amener à la conclusion que le principe de l'auteur-créateur au tournant du xx^e siècle n'existait pas.

Cependant, dans l'hypothèse où la titularité des droits (qualité d'auteur) est attribuée à une personne autre que le créateur, est-ce fait au détriment des intérêts du créateur ? Dans l'hypothèse d'une grande emprise de l'exploitant sur la valorisation de l'œuvre, les intérêts du créateur, sont-ils sacrifiés à la

nécessité de créer de la valeur ? Le fait que le créateur ne valorise pas l'œuvre et ne soit pas auteur (titulaire des droits), le fait que dans cette hypothèse le droit d'auteur ignore ses intérêts, signifie-t-il qu'il n'en bénéficie pas du tout ? Est-ce à dire que les intérêts du créateur sont complètement oubliés, alors même qu'il participe à la création de l'œuvre ? Bien que le droit d'auteur ignore les intérêts du créateur dans l'hypothèse où il ne valorise pas l'œuvre, rien ne permet d'en conclure qu'ils le sont en pratique. Il semblerait, au contraire, qu'ils sont bien pris en compte. En effet, la valorisation de l'œuvre ne peut-elle être tout à fait conforme aux intérêts du créateur, pour qu'il, lui aussi, en bénéficie ? Imaginons le créateur, travaillant comme employé dans une entreprise. D'une part, il peut créer l'œuvre en utilisant toutes les ressources de l'exploitant, sans lesquelles il n'aurait peut-être pas de cette possibilité. D'autre part, il peut bénéficier non seulement du salaire garanti, indépendamment du succès de son œuvre, dont l'exploitation est assez risquée, mais aussi d'un statut économique et social stable. Dans le contexte économique et social bouleversé de la fin du XIX^e-début du XX^e siècle, les rapports contractuels avec un employeur ne lui apporteraient-ils pas la position sécurisée tellement espérée et attendue ? Dans le cadre de cette hypothèse, en effet, le créateur doit être intéressé à ce que l'exploitant valorise son œuvre en tant que titulaire des droits. La valorisation de l'œuvre contribuerait à la performance et à la compétitivité de l'exploitant, ce qui, à son tour, aurait l'impact (ne serait-ce qu'indirectement) sur le statut économique et social du créateur. La valorisation de l'œuvre serait alors tout à fait conforme aux intérêts du créateur et il pourrait en pleinement bénéficier, même si ses bienfaits ne sont pas directement liés aux droits sur l'œuvre. Mais alors, n'est-ce pas plutôt dire que ce désintérêt du droit d'auteur au créateur n'est qu'apparent ? Et que la portée limitée de l'activité créative sur l'attribution

de la titularité des droits et même de la qualité d'auteur, n'a pas du tout pour résultat la « dévalorisation » du créateur? Bref, le fait que les bénéfices et le statut du créateur n'intéressent pas tant le droit d'auteur des années 1880 - 1920, n'est-ce pas plutôt dire que tout le système, ou mieux – le paradigme, – du droit d'auteur est organisé et construit exactement d'une manière à lui permettre de trouver ses bénéfices ailleurs, en dehors du mécanisme du droit d'auteur?

LE DROIT MORAL... ET SA DESTINÉE EUROPÉENNE

PHILIPPE GAUDRAT



Professeur émérite de l'Université de Poitiers

1. Honni par les uns¹, sacralisé par les autres², le « droit moral » est surtout mal compris. Il est vrai que l'association de l'adjectif « moral » au substantif « droit », entre *pléonasme* (quand on focalise sur la règle) et *oxymore* (quand on insiste sur sa sanction), trouble plus qu'elle n'éclaire. L'expression (parfois au pluriel) apparaît, sans élucidation linguistique particulière, dans la doctrine de la seconde moitié du XIX^e siècle, pour désigner un bouquet de prérogatives prétoriennes reconnues au propriétaire d'une œuvre de l'esprit. À en croire le sens que le petit Larousse prête à l'adjectif³, ne décrirait-il pas la nature de

1. J. RAYNARD, note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, JCP, 1993, II, 22161 : B. ACCOYER, JOAN, séance du 16 juin 1998, p. 4 et 5.

2. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Dalloz 1978 ; F. POLLAUD-DULIAN, le droit d'auteur, Economica, 2005 ; A. FRANÇON, (réponse à J. RAYNARD) : D. 94, jurisprudence, p. 78.

3. Moral : « **relatif à l'esprit, à la pensée, par opposition à matériel et physique** ».

l'œuvre et l'incorporéité de la propriété dont elle est l'objet? Pour pénétrer l'arcane, il semble qu'il y ait quelque avantage à solliciter l'étymologie.

2. *Moralis, e* signifie « relatif à *mos, moris* ». Or « *mos* » désigne, initialement, la volonté que l'on projette unilatéralement sur autrui⁴. Quand le concept se bi-latéralise, la *manière dont chacun attend que les autres se comportent* constitue précisément « les mœurs ». Réfléchi, il indique la volonté que le sujet s'applique à lui-même : la *morale* qu'il s'impose. Le droit dit « moral » répond à cette *structure*, mais non à cette *nature*. Il consiste dans un *pouvoir de coercition* (puisque c'est un droit) que le créateur peut faire valoir contre les intermédiaires obligés de la communication, au nom d'un *intérêt collectif supérieur* (incluant le sien) distinct de l'intérêt économique individuel que lui permet de faire valoir le versant patrimonial de sa propriété. Le mécanisme ne se limite pas à une *auto-discipline* des agents de communication découlant d'une *croissance collective* : le *pouvoir* de l'auteur est sanctionné par la contrefaçon. Mais, protégeant *l'intérêt culturel* que partagent l'auteur et le public, sans lequel la fonction d'exploitant n'aurait aucune raison d'être, il garantit, au moyen d'un outil privatif (la propriété) une *Valeur collective d'intérêt général*; ce qui justifie sa préséance sur le droit patrimonial (qui, lui, est au service d'un intérêt *purement privé*).

3. Le premier article de la loi du 11 mars 1957 (l'article L.111-1 CPI), contient un énoncé concis de la doctrine du droit d'auteur dont se dégage

4. Par exemple, *ex alicujus more, alieno more vivere* : vivre à la guise d'un autre; *obediens mori atque imperiis patris* : obéissant à la volonté et aux ordres de son père; *morem alicui gerere* : exécuter les volontés de quelqu'un, se plier aux désirs de quelqu'un (citations tirées du Dictionnaire Latin-Français de F. GAFFIOT, éd. Hachette).

le *droit moral*. Il dispose : « 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 ; ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial qui sont déterminés par les livres I et III du présent code ». Les *attributs d'ordre intellectuel et moral*, appelés plus brièvement « droit moral », et les *attributs d'ordre patrimonial*, appelés plus brièvement « droit patrimonial », sont les deux « composantes » de la propriété *incorporelle* de l'auteur grâce auxquelles est saisie *la forme* dans sa communication au public, comme *l'usus, le fructus et l'abusus* permettent de saisir la matière dans la propriété *corporelle* de droit commun. Encore faut-il préciser un point important : le *droit de divulgation doit avoir été exercé* pour que les deux attributs soient disponibles ! Ce détail (essentiel) nous oblige à évoquer, sans tarder, les « *inextricables problèmes relatifs à la notion de divulgation* »⁵...

4. Le *fait de divulgation* décrit un *phénomène d'essaimage* libre et désordonné (d'un message, d'une information, d'une description ou d'une œuvre) depuis une *source unique* vers une masse inorganique de personnes *aptés à en connaître*⁶. *L'aptitude à en connaître* (qui implique des destinataires *doués d'esprits*) est déterminante : à destination de *choses* (animées ou non) la même effusion ne serait pas qualifiée de *divulgation* ! Ce « fait » est diversement « traité » par les différents systèmes juridiques : en droit d'auteur, il est *l'objet un droit subjectif* dont l'exercice est *exclusivement réservé* à l'auteur. Mais en

5. V. PATARIN, note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1971 : JCP G 1972, II, 17164.

6. Le préfixe « di » contient, en Latin comme en Français, l'idée d'une *explosion* et « vulgatio » (construite sur « vulgus ») renvoie à l'idée d'une *masse inorganique* comme destinataire du processus. Le destinataire est *collectif* et *inconnaisable*...

droit des brevets, le *fait de divulgation* (même involontaire) a un effet inverse : il interdit *l'accès au monopole* que réserve le dépôt. Cette inversion du sens interdit d'emprunter à l'un des systèmes pour expliquer l'autre⁷.

5. Le *droit de divulgation de l'auteur* est, à la fois, la *première manifestation chronologique* de sa propriété et *l'ultime chance* de retenir l'œuvre avant qu'elle ne lui *échappe irrémédiablement*. Entre ces deux termes, tient *tout le programme* de sa *propriété (authentiquement) intellectuelle*. Jusque-là sa propriété n'est qu'*incorporelle*, car son objet est la forme (incorporelle) d'expression (comme le proclame l'article L.111-1 al.1^{er}) ; elle n'est pas encore *intellectuelle*, faute d'essaimage dans les esprits des amateurs par le jeu de la divulgation⁸... Nous ajouterons que c'est *entre l'exercice de ce droit et la perte de tout contrôle* (par dissolution de l'œuvre dans des esprits inconnus) que se manifeste l'émergence des « attributs de l'auteur » (*droit d'exploitation et droit moral*), lorsque l'auteur confie la divulgation à un *entrepreneur en communication* : autrement dit lorsqu'il se décide à *exploiter* sa propriété. En effet, si l'on reprend l'éventail des possibilités qui s'offrent à l'auteur, il peut commencer par *refuser toute divulgation* sur la base de son droit discrétionnaire ; et ce, quoique son œuvre soit achevée, ce dont il est seul à pouvoir juger.

7. *Contra*, A. LUCAS & alii, *Traité de la propriété littéraire et artistique* 4^e éd. n° 516.

8. La propriété est qualifiée à partir du caractère prédominant de son objet : *corporelle, incorporelle* ou *intellectuelle*. La *forme*, se dégageant de la matière devient *in-corporelle* (tout en restant *inerte*). Mais, peut-on dire que, dans la continuité, la forme devienne *intellectuelle* par sa *diffusion*? Pas exactement : elle ne cesse pas d'être *incorporelle* mais, fait nouveau : l'*intellect* des amateurs se saisit de la *forme externe* pour concevoir (passivement) la *forme interne* que conçut (activement) l'auteur. Cette troisième étape, qui scelle le *pacte culturel*, caractérise ce *bien unique* : né dans un esprit, il achève sa course dans un autre esprit ; par ses deux *extrema*, il mérite son appellation d'*œuvre de l'esprit* ! Aucun autre *bien* ne lui est comparable. Cette singularité mérite d'être signalée par l'adjectif *intellectuel*...

6. Mais il peut aussi préférer *divulguer en personne* en ne *révélant* son œuvre qu'à un groupe d'amateurs plus ou moins ouvert⁹; cette option n'interdit pas de faire appel à la générosité publique. On comprend toutefois que les revenus que l'auteur tirera de cet *exercice personnel du droit de divulgation* seront limités aux personnes physiquement présentes. Il ne touchera de *substantiels revenus* que s'il se décide à divulguer *corpore alieno*, en s'assurant les services d'un *entrepreneur en communication*. C'est alors seulement que, *pendant tout contrôle* sur les modalités de la diffusion en échange d'une *multiplication de ses profits*, sa propriété *change de configuration* : elle se diffracte en un *droit d'exploitation* et un *droit moral*. Et c'est ce basculement, seul, que la tradition considère comme *exercice du droit de divulgation* ou « divulgation » tout court. Pourtant l'*exercice personnel* est déjà un *exercice*! Nous préférons, quant à nous, opposer la *divulgation simple* ou *personnelle* (sans conséquence)¹⁰ à la *divulgation plénière* ou *corpore alieno*¹¹.

7. Telle est la raison pour laquelle (sans qu'il soit besoin de l'écrire) l'exercice plénier du droit de divulgation *prend nécessairement place* entre les alinéas 1 et 2 de l'article L.111-1 du CPI : en vertu de l'alinéa 1^{er}, la propriété naît du *seul fait de la création* sur la forme d'expression¹²; en vertu de l'alinéa 2,

9. Mais... ne la *représente-t-il pas*? Non, *stricto sensu* il *divulgue* simplement son *improvisation* ou l'*interprétation* de l'œuvre qu'il a mémorisée. Il ne serait amené à *céder son droit de représentation* (après avoir exercé son droit de divulgation) que s'il autorisait un tiers à *communiquer* (ou à *faire communiquer*) sa création à un public... Cette difficulté nous avait amené à distinguer, au sein du droit de divulgation, dans le fascicule *JCl* n° 1211, que nous avons consacré au droit de divulgation, un *attribut de révélation* (en cas de diffusion par l'auteur) et un *attribut de patrimonialisation* (en cas de diffusion par un tiers); ce fascicule fut finalement confié à la fille du directeur de la collection car il contredisait sa vision (V. *infra*, n° 72 et s.).

10. Appelée « *divulgation publique* » par l'article L.111-2 CPI; elle est considérée comme « indifférente ».

11. Seule valorisée par l'article L. 121-2 CPI et supposée faire apparaître les attributs.

12. A. PORTRON, « le fait de la création en droit d'auteur français : étude de l'article L. 111-2 du code de la propriété intellectuelle », LGDJ, 2021; L'auteur, dans sa remarquable étude, ne met en évidence que le mécanisme d'apparition de la *propriété incorporelle* et s'arrête au

sont précisés les attributs en lesquels se décompose cette propriété *une fois (seulement) la divulgation plénière exercée*. Quelle utilité y aurait-il à s'inquiéter de la façon dont l'œuvre sera « *communiquée au public* » tant que l'auteur n'a pas *souverainement décidé* de la divulguer; quelle utilité y aurait-il à se poser la question du « *droit moral* » tant que l'œuvre n'a pas *essaimé* dans le public? On pourrait, certes, réprover qu'un exploitant ne respecte ni l'œuvre ni le nom de l'auteur *hors exploitation*, mais quel *intérêt juridique* revêtiraient ces questions si l'œuvre n'était pas disséminée dans le public? Et, enfin, contre qui exercerait-il ce droit moral s'il n'avait pas introduit un tiers dans la diffusion? En bref : faute d'enjeu et de débiteur, il n'y a ni droit patrimonial, ni droit moral, *tant que la divulgation n'est pas consommée*; on pourrait certes avoir recours aux *droits éventuels* : les *attributs* ne seraient *qu'éventuels avant divulgation*. Toutefois, la divulgation étant *impérativement nécessaire* pour qu'ils deviennent *actuels*, il nous semble plus définitif de les *faire naître* de la divulgation, entendue comme *exercice plénier du droit*!

8. Tant l'histoire que le droit comparé montrent que, sans propriété, la construction d'un droit moral *authentique* et *synthétique* n'a pas lieu¹³. Il en constitue, la *composante éminente*; au point même qu'un épisode temporaire de *monisme* put donner à penser que la propriété s'y *réduisait tout entière*! Il

seuil de la divulgation. En revanche, O. SALOMON, dans la sienne (« *essai d'une théorie du voisinage des droits exclusifs au sein de la propriété littéraire et artistique, Poitiers 2021* » à *paraître*) développe la plupart de ses raisonnements à partir d'une *interprétation divulguée*. Quoique la Cour de cassation n'ait pas osé valider la reconnaissance du *droit de divulgation de l'interprète* (pourtant implicite), il n'en reste pas moins qu'une différence essentielle est attachée aux modalités d'exercice de ce droit : le *spectacle vivant* ne requiert qu'une *divulgation simple* (qui s'efface devant le *droit du travail*) alors que la *naissance du droit voisin* requiert un *exercice corpore alieno* du droit de divulgation!

13. Les *attributs exceptionnels* du droit américain qui ne valent que pour *certaines œuvres* ne sont que des extensions opportunistes et ponctuelles du *monopole légal* en quoi consiste le *copyright*.

s'est avéré, finalement, que la *confusion* ne prévaut que *jusqu'à* la divulgation plénière; ensuite, la propriété est diffractée en ses deux *attributs*¹⁴; ne reste plus que les préséances *chronologiques* puis *essentielles* que l'article L.111-1 al.2. met entre eux. Ce serait, par conséquent, une bien mauvaise idée de croire qu'il faille *isoler* le droit moral pour mieux l'étudier : il est *l'âme de cette propriété*¹⁵ et n'est jamais davantage lui-même qu'envisagé *dans son milieu*! Ainsi, quoiqu'il se distingue indubitablement *en nature* du droit patrimonial (fait que l'on souligne par le terme non-équivoque de *dualisme*) (I°) il ne peut en être *fonctionnellement dissocié* : ces deux droits forment les *deux faces* d'une propriété « intellectuelle » *bi-fonctionnelle*, à la fois *une* et *indissociable* (II°).

I. OPPOSITION DE NATURE DES DEUX ATTRIBUTS PROPRIÉTAIRES

9. La propriété littéraire et artistique semble reposer sur un *trio de personnes* assumant *trois fonctions* : le créateur, l'exploitant et le public. Une présentation simpliste invite à dissocier ce trio en *deux rapports contractuels individuels* : celui que l'auteur passe avec l'exploitant, d'une part; et celui que l'exploitant passe avec chaque membre du public, de l'autre. Mais on s'aperçoit vite que cette présentation en deux *rapports contractuels* individuels et enchaînés est décevante : elle ne permet que de percer la nature juridique des *contrats passés*; en revanche, elle ne permet en aucun cas de préciser le *cadre*

14. Ce dont atteste le plan du Code : les chapitres 1 et 2 du titre 1^{er}, consacré à l'objet du droit, explicitent comment la propriété *incorporelle* naît sur la forme. Les chapitres 1 et 2 du titre 2 traitent, en revanche, des attributs nés par le fait d'une *divulgation plénière*.

15. Au sens où le *filin* central est tenu pour l'*âme* d'un câble en acier. Le droit moral est énoncé en premier par la loi; il fut *historiquement* esquissé bien avant le droit patrimonial (*droit de paternité* revendiqué par Horace ou *droit de publication* évoqué par Cicéron).

global dans lequel s'inscrivent ces contrats; or c'est précisément à ce cadre global qu'appartient le *droit moral* en tant qu'*élément de la propriété exploitée*...

10. En effet, le *rapport contractuel* conclu entre l'auteur et l'exploitant consiste en un *louage d'ouvrage* doublé de la *cession très spéciale* d'un *droit d'auteur*¹⁶; il ne permet pas d'évoquer le *droit moral* du fait qu'il n'engage que les *intérêts pécuniaires* que partagent les contractants. Quant au contrat passé par l'*exploitant* avec le *public*, il ne peut pas, non plus, concerner le *droit moral* du fait, cette fois, qu'il est *étranger* au créateur. Cette présentation fait, par conséquent, l'impasse sur le *droit moral*; ce qui donne fatalement l'impression qu'il est *accessoire* voire même *superfétatoire*...

11. Cette situation tient au fait que, si le *créateur* et l'*exploitant* n'assument, chacun, qu'*une seule fonction*, le *public* est, en revanche, l'entité la plus *complexe* et (*pourtant*) la *moins étudiée* : il se compose d'un *ensemble de personnes* dispersées sur un territoire plus ou moins *vaste*¹⁷, constituant un groupe plus ou moins *hétérogène*¹⁸ qui assume simultanément *deux fonctions* : une fonction *économique* (la plus simple) et une fonction *culturelle* (la plus riche). Il résulte de cette nouvelle analyse que le vrai schéma sur lequel repose la *propriété littéraire et artistique* est *plus complexe* que ne le donne à penser

16. V. Ph. GAUDRAT et A. ZOLLINGER, « *la cession en propriété littéraire et artistique : le modèle français du droit d'auteur* (rapport français) », in Les recodifications du droit de la vente en Europe, sous la direction scientifique de H. Boucard, J. Lete, R-N. Schütz, E. Savaux et avec la collaboration scientifique de R. Pazos, PUJ Poitiers, coll. Actes & Colloques, 2021, p. 745.

17. Qui va du public d'une *entreprise* (pour éviter le « cercle famille ») au public mondial d'*internet*.

18. Une *homogénéité culturelle* préexiste *nécessairement* entre le créateur et son public *au travers de la langue* pour qu'existe un public des *œuvres littéraires*. Il n'y a que pour les œuvres *musicales* et *plastique* que l'*universalisme* du public apparaît comme réel... encore que, à raison d'*attentes culturelles implicites* reconstituant des frontières invisibles (perspective, musique tempérée ou modale), il reste relatif.

l'approche initiale; il repose non pas sur *trois* mais sur *quatre* fonctions, lesquelles s'apparient en *deux couples* (A). Ces deux couples se traduisent, à l'intérieur du *rapport juridique complexe* que *l'auteur* établit avec *l'exploitant*, par les *deux attributs* constitutifs de la *propriété intellectuelle* résultant d'une divulgation plénière; ces deux attributs héritent des *fonctions antagonistes* dont ils sont issus, une *nature juridique* opposée (B).

A. Genèse des deux couples à partir des deux fonctions

12. Il faut commencer par s'arrêter sur les *deux fonctions* (1°) pour comprendre les *deux couples* qui les mettent en œuvre (2°).

1. Présentation des fonctions

13. La *fonction économique* n'est mise en œuvre que par *l'exploitant* seul; elle détermine la *valeur économique* du *produit culturel* (a). La *fonction culturelle* qui induit tout le dynamisme de la diffusion ne repose que sur le *créateur* qui en est l'unique moteur (b).

a. Fonction économique

14. La fonction économique nous parle d'ajustement de *l'offre* à la *demande* entre un *fournisseur* (l'exploitant) et un *consommateur* (l'acquéreur du *bien culturel*) et, par-là, en déduit la *rareté* laquelle détermine objectivement la valeur du bien échangé. Encore faut-il tenir compte de la manière dont *s'établit cette rareté* en considération des particularités

du produit ou plus exactement de ce que l'on prend en considération à l'intérieur du produit...

α) Appréciation de la rareté

15. Le *produit culturel* est (possiblement) constitué de deux parties ; lorsqu'il est issu d'une activité de *reproduction*, il se compose d'un *support corporel* dédié et d'une *forme, incorporelle* ; mais lorsqu'il est issu d'une activité de *représentation*, il ne se compose que de la *seule forme* véhiculée par un support polyvalent. Or la *rareté* se constitue selon des modalités différentes en ce qui concerne les *choses corporelles* et les *choses incorporelles*.

α-1) Engendrement de la rareté

16. Les choses corporelles sont dotées d'une *rareté objective* qui leur vient du fait qu'elles doivent être *fabriquées* (toujours à partir d'une *matière première*) par un industriel doué d'une capacité de production *limitée* ; celle-ci détermine leur rareté. En revanche, du fait qu'elles sont *dénuées de corporéité*, les *choses incorporelles* ne comportent pas cette contrainte objective. Certes l'usage d'un *support dédié* (exemplaire reproduit) introduit, fortuitement, une *rareté objective* imputable à ce support ; mais toutes les hypothèses de diffusion de la forme par des *supports polyvalents* écartent cette rareté objective (air ambiant, haut-parleurs, écrans)... Ce faisant, leur *rareté* tendant vers zéro, leurs prix tendent aussi vers zéro, à moins que l'on ne dispose une *protection juridique* : c'est la dialectique des

*biens rivaux et non-rivaux*¹⁹, développée (de manière un peu simpliste) par les économistes.

α-2) Variétés de raretés

17. Sur ce premier constat s'imputent *deux conceptions* de la rareté qui se prolongent par deux manières d'envisager la *protection juridique* : la première, en vertu de laquelle il faut *créer artificiellement* une rareté quantitative pour être sûr de recueillir la valeur qui en résulte ; la seconde en vertu de laquelle il suffit de *garantir légalement* le différentiel entre l'appétence du public et la capacité à y répondre de l'exploitant. Dans le premier cas, on crée les conditions d'une *rareté quantitative* objective à laquelle on ne peut pas échapper. Dans le second cas, on fait confiance à la *nature des choses* : l'exploitant aura nécessairement une *capacité limitée* de délivrance (le théâtre aura une contenance limitée, le radiodiffuseur desservira un nombre limité de foyers) et surtout le public aura une *appétence plus ou moins grande* pour la forme (selon son attractivité) ; de ce différentiel qui mesure une *rareté qualitative*, se dégagera une valeur, à condition que l'on *ne laisse pas s'évaporer la forme* : le contrôle de la *forme externe* que permet la propriété, y pourvoit.

19. Avec cette différence terminologique que, pour un juriste, un « bien juridique » est une chose *objet de propriété* alors que, pour un économiste, est un « bien économique » toute chose qui par l'effet du marché (et par le jeu implicite de son *appropriation*) a acquis *une valeur économique* : le *marché* a besoin, pour fonctionner, de la *propriété* ; en effet, pour que se manifeste la tension entre l'offre et la demande, il faut bien savoir *quoi appartient à qui*.

β) Manières de recueillir la rareté

18. Ces deux manières de concevoir la rareté se prolongent par deux types de *protection juridique* : soit le *monopole légal privé* (β-1), soit la *propriété* (β-2).

β-1) Monopole légal privé

19. On appelle « monopole » la *situation de fait* qui se rencontre sur un marché quand un opérateur, ayant liquidé ses concurrents, se retrouve seul en situation de pouvoir *vendre* un bien ; voire même de pouvoir l'*acheter* (monopsonie). Cette situation, *normalement écartée* par la loi²⁰ depuis la Révolution (grande pourfendeuse de monopoles) peut aussi, comme un reliquat non maîtrisé de l'Ancien Régime, être *organisée par ses soins*. Dans ce cas, le monopole devient *légal*. Il est soit *public*, quand le bénéficiaire est une *personne publique*, soit *privé*, quand le bénéficiaire de cet avantage exorbitant est une *personne privée*.

20. Tout monopole légal *créé et attribué* à un bénéficiaire arbitrairement choisi la valeur issue de la *rareté quantitative* qu'il engendre. Pour atteindre ce résultat, le Législateur édicte *un mur d'interdit* autour de l'*enjeu* afin de créer *artificiellement* une *rareté objective* et il ne donne l'autorisation d'y accéder (ou d'y faire accéder) qu'à la seule personne qu'il désigne comme le *bénéficiaire du monopole*; autorisation généralement manifesté par un *titre officiel*. C'est

20. Le *monopole de fait* n'est pas interdit *en soi*, en droit français ; mais les *abus de positions dominantes* ou les *ententes* le sont.

la transposition du *péage médiéval*. Le bénéficiaire est, dès lors, en situation de demander le *montant qu'il veut* aux tiers qui souhaiteraient accéder à cet enjeu : les prix sont automatiquement au plus haut, puisque le *marché* (c'est-à-dire le *libre ajustement* de l'offre à la demande) *est interdit*, ce qui rend la clientèle captive.

21. Certains auteurs appellent cette figure « propriété de marché » parce que le monopoleur se comporte comme s'il était *propriétaire du marché*. Sauf que le marché ne saurait être un *objet de propriété*! En confondant l'*exclusivité* qu'engendre le monopole avec celle qu'entraîne la propriété (laquelle n'a rien à voir), ils suggèrent, bien mal à propos, une confusion entre le *monopole légal privé* et la *propriété*. Or non seulement la propriété n'entrave pas le marché mais elle lui est même *nécessaire* : si l'on veut que l'offre s'ajuste à la demande, il faut impérativement que l'on puisse remonter depuis le bien négocié jusqu'à son propriétaire...

22. Le bénéficiaire du monopole peut être *n'importe qui*. Rien ne le distingue de l'ensemble des tiers voulant accéder à l'enjeu, puisqu'il n'est tel que par le *bon plaisir* du législateur, lequel ne tient aucun compte du lien unissant le bénéficiaire à l'enjeu²¹. Dans le domaine qui retient notre attention ce peut indifféremment être le *créateur* ou l'*exploitant*. Mais, étant donné que les Révolutionnaires français ont reconnu au créateur une *propriété* sur sa création parce qu'il entretient avec elle un *lien singulier et non interchangeable*

21. On se souvient du Roi octroyant, selon son bon plaisir, le monopole sur une ressource (invention ou découverte) à sa maîtresse... Paradoxalement, le législateur démocratique, octroyant un monopole, ne se comporte pas autrement!

(la création lui est « propre »²²), ce sont surtout les exploitants qui l'ont convoité et obtenu.

23. Un tel mécanisme ne peut naturellement être disposé que par le *seul législateur*; et encore, à destination d'un marché localisé sur un territoire relevant de sa *compétence législative*²³. Mais la technique peut, en revanche, être indifféremment utilisée *pour réserver toute sorte de choses* : pour des enjeux *corporels*²⁴ comme *incorporels*, que ceux-ci soient créatifs²⁵ ou non²⁶. Elle englobe donc le produit culturel *reproduit* comme *représenté*²⁷. On ajoutera qu'elle peut également s'appliquer à des enjeux issus du *travail* comme de la *création*²⁸.

22. Raison pour laquelle lui est garanti légalement un *droit de « propriété »*...

23. D'où le caractère strictement *territorial* du procédé à cause du fait que le pouvoir du législateur ne s'étend qu'à un *territoire donné*. Il en résulte une différence de solution dans les conventions internationales : V. Ph. GAUDRAT, *Propriétés intellectuelles & tradition française : rappels historiques*, Cahiers poitevins de l'histoire du droit, 11^e cahier, *ss la dir.* d'E. Gojosso, PUF Poitiers 2020, p. 273.

24. L'ancien monopole de la gabelle sur le sel (denrée indispensable pour conserver) en est un exemple; celui sur le tabac en est un autre.

25. En droit français, ce sera le cas de l'invention, protégée par le monopole que confère le dépôt; mais, en droit américain, ce sera le cas des œuvres, initialement déposées au *Copyright Office*.

26. En droit français, ce sera le cas des marques; la loi distingue le *signe distinctif* (qui peut être créatif, sauf quand il est *simplement choisi*) et la *marque* qui consiste dans le *monopole* conféré par un dépôt. Ainsi, toute la propriété industrielle ne consiste qu'en la *propriété de titres papiers* conférant des monopoles, à partir d'un dépôt.

27. Dans le cas où le *produit culturel* consiste en un *phonogramme*, se superpose, à la propriété de l'œuvre et de l'interprétation, le *monopole du producteur* qui prend la *forme technique* pour enjeu : V. l'excellente thèse de O. SALOMON, *essai d'une théorie du voisinage des droits exclusifs au sein de la propriété littéraire et artistique*, Poitiers 2021. La forme technique (le signal) fait encore office d'enjeu, distinct du contenu, en cas de représentation.

28. Sur la distinction des concepts de *travail* et de *création*, V. cette revue : Ph. GAUDRAT, *les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur*, RIDA n° 190, 4/2001, p. 71 et s. *Adde*, intégrant l'histoire et la prise en compte séparée par les droits civils et de la propriété intellectuelle : V. Ph. GAUDRAT : *Distinction entre travail et création : demande de restitution de tirages photographiques*, RTDcom. 2022-1, p. 55; appliquée aux droits voisins; O. SALOMON, *Interprétation artistique et propriété intellectuelle : essai d'une théorie du voisinage des droits exclusifs au sein de la propriété littéraire et artistique*, Thèse Poitiers 2021, n° 115 et s.

β-2) Propriété

24. La *propriété intellectuelle* ne prend en compte, à l'inverse, que la *rareté qualitative*. Celle-ci ne se dégage que du différentiel d'attrait que la création exerce sur le public. Lorsqu'il divulgue en personne et décide de collecter du public physiquement présent une rétribution de sa prestation publique, la situation ne permet aucune évanescence de la forme; la valeur recueillie sera à la mesure de l'attrait effectivement exercé par sa création. Quand il divulgue *corpore alieno*, le contrôle que l'exploitant conserve sur la *forme externe* assure la remontée de la valeur que dégage l'adhésion du public vers le couple exploitant-auteur. On voit que cette valeur est simplement *garantie par la loi* sans être créée par elle.

b. Fonction culturelle

25. La *fonction culturelle* ne concerne plus (directement du moins) la formation de la *valeur économique* mais exclusivement la *destinée sociale* de la création à partir de l'*attractivité* que lui assure son *originalité*. Il est vrai que si sa destinée est brillante, celle-ci aura un impact sur les revenus mais, on l'a dit, les revenus ne sont pas *toujours recherchés* et surtout ce n'est pas *sous cet angle* que la fonction culturelle appréhende le *devenir de la création* : c'est uniquement sous le rapport de sa *pénétration intellectuelle dans le corps social* (α). Cette pénétration ne dépend que l'aptitude du créateur à rencontrer les attentes des *amateurs*; ce qui nous amène à dire un mot de cette terminologie (β).

α) Fonction sociale

26. Cette fonction *sélective* et *constructive* fait partie de la *catharsis* dont parlait Aristote : la *purification des passions* à laquelle il faisait allusion visait, bien sûr, les *passions individuelles* qui étaient *purgées* par identification du spectateur à l'action représentée : celui qui assistait à la représentation d'une tragédie, s'identifiant au personnage principal et voyant les conséquences funestes des actes posés, était libéré de la tentation de s'y laisser aller ! Mais aussi, et surtout, cette purification visait les *passions collectives* qui s'exprimaient par les *germes de dissension menaçant la cité* : ils étaient détruits par la *communion* momentanée des esprits *autour de la création*...

27. Cette fonction sociale *essentielle* d'unification et de rénovation de la société équilibre la fonction solitaire (et, pour tout dire égoïste) de consommation (on consomme toujours *pour soi*) laquelle conduit inéluctablement, si ses tendances ne sont pas compensées, à l'*éclatement* de la société²⁹. Le sentiment *d'appartenir à un groupe et, plus globalement, à une nation* se développe fondamentalement à partir d'une *identification collective*, aux œuvres de ses grands créateurs (Victor Hugo, Rodin, Goethe, Schiller, Dante, Pétrone, Homère...). Cet aspect formait, du reste, une partie essentielle du rapport de Le Chapelier³⁰. La Culture

29. On voit bien que le *sur-consumérisme* instauré, au lendemain de la 2^e guerre mondiale pour donner une direction à la capacité de production de la machine industrielle américaine décuplée par la guerre nous mène droit dans le mur. Il va de pair avec le développement du *néolibéralisme* et la mise en évidence, par les environnementalistes, de l'*anthropocène*. Le plan Marshall fut, certes, accordé pour permettre à l'Europe de se reconstruire ; mais, au second degré, dans le but de lui permettre de consommer les *produits manufacturés américains*, sinon vers qui auraient été dirigés les surplus ? Le marché intérieur, non touché par les destructions, n'était pas suffisant.

30. Passage dans lequel il parlait de la vanité des Maisons régnautes cherchant à capter à leur profit la Culture d'une nation. Celle-ci est une *création collective* dont la propriété lui revient ; elle n'appartient pas à la Couronne. Tel est, depuis la Révolution, le choix de la nation française préférablement constituée en république laquelle transcende la *race* et la *religion*.

a un rôle *irremplaçable* à jouer dans la cohésion sociale, que la politique ne peut que *favoriser* sans jamais le *remplacer*³¹. Un parti politique ne peut pas décider, quelle que soit sa rhétorique, de « faire nation » ; le sentiment d'unité se joue en dehors de lui par des *adhésions culturelles* ou des *cohésions* induites par une agression extérieure³². On mesure la cécité des politiques qui n'accordent aucune importance à la Culture tout en regrettant la perte du *lien social* et le *communautarisme grandissant*. Depuis Auguste³³, en passant par Louis XIV, la Culture a toujours été le ferment politique de l'unité. Et l'Histoire, *récit national* en fait partie à condition d'être *collectivement écrite* : les politiques ne peuvent la réécrire individuellement...

β) Terminologie

28. Nous avons désigné le *rôle fondamental* joué par le public (autrement dit l'ensemble du *corps social*)³⁴, au sein de la fonction culturelle, par le terme

31. L'Europe joue un jeu équivoque : elle a si peur des « nationalismes » qu'elle ne propose que des *valeurs économiques*, ce qui ne conduit qu'à son *émiettement consumériste*. Il aurait mieux valu faire en sorte que *tous les Européens* s'approprient Goethe, Dante, Hugo ou Homère et apprécient l'*universalisme* de leur pensée ou, au contraire, la *couleur locale* d'autres créateurs plus circonstanciés. Cela aurait constitué un authentique *projet libéral*, suscitant de vrais enthousiasmes incitant à se projeter ; non un simple *libre-échangeisme des biens, des personnes et capitaux*. Mais, à la place de la léthargie qu'induit l'économique, l'effervescence culturelle brassant des idées et les affects présentait un risque politique.

32. Durant la Révolution française, période invraisemblablement fracturée entre monarchistes et républicains, cléricaux et anticléricaux, corporatistes et anti-corporatistes etc. L'unité de la République ne tint qu'à la nécessité de lutter contre l'Europe entière en même temps que contre la subversion intérieure. Aujourd'hui, l'Ukraine, pays frère de la Russie (dont la dynastie principale prit racine à Kiev) se découvre, depuis l'invasion russe, une excellente raison de former une *vraie nation*. Le rôle de *l'ennemi extérieur* dans la naissance du sentiment national est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Ce que l'on perçoit moins, c'est que la *culture* est son équivalent *pacifique*...

33. V. *AUGUSTE*, ouvrage publié à l'occasion de l'exposition qui s'est tenue du 18 octobre 2013 au 9 février 2014 au Grand Palais.

34. Le public se confond avec les membres de la communauté nationale autrement dit : avec *les citoyens*. Ce faisant, il est chargé d'une connotation *politique* au sens noble du terme (qui concerne la vie de la « polis »).

d'*amateur* car il met immédiatement l'accent sur *les affects* qui gouvernent la fonction : l'amateur *aime ou rejette*. Il n'a pas d'autre mission. Cette signification est, certes, éloignée du sens que l'on donne habituellement au mot, lequel ne désigne qu'un *non-professionnel* exerçant une activité *en dilettante*. Toutefois la distance diminue si l'on place la dimension *affective* véhiculée par le mot au bon endroit : l'amour de cette activité est censé amener « l'amateur » à s'y livrer *sans en faire une activité professionnelle* dont il *tirerait un profit* : on retrouve, au second degré, l'opposition entre un profit *imposé par la nécessité* (métier) ou une gratification *qui vient du seul plaisir* (amateurisme).

29. Lorsqu'il arrive que l'amateur *aime la création*, il scelle avec le créateur un *pacte culturel tacite et gratuit*. Dans le cas contraire, il délaisse purement et simplement la création. Ce pacte se traduit par le fait qu'il intègre définitivement la *forme créative* à son esprit : la *forme intelligible*³⁵, en quoi consiste uniquement la création, prend place dans l'énorme bibliothèque que constitue son *inconscient*. L'activité discriminante, qui décide de faire sienne ou de rejeter la création, se situe un instant de raison avant ce pacte ; à compter de ce moment, la création participera à la formation de *tous ses goûts et de tous ses choix* car elle fera partie de sa *culture personnelle*. C'est de cette mutation intime que parle la *fonction culturelle* : toutes les personnes qui se réclament d'une même culture ont un *référentiel commun* qui décide de leurs réactions communes au travers d'une *même sensibilité* : la langue en est la clé.

2. Découplage des fonctions

35. V. Ph. GAUDRAT, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in Mélanges en l'honneur de André Françon, p. 207 ; Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli, *entre art et technique : les dynamiques du droit : Formes et propriétés intellectuelles*, p. 62.

30. On comprend que chaque *fonction* se développe au sein d'un *couple* ; l'auteur (toujours) et l'exploitant (parfois) sollicitent du public, chacun à l'aide de l'outil qui lui est propre (*originalité* pour l'auteur, *qualité de service* pour l'exploitant), l'un des comportements qu'il peut en attendre : tantôt celui d'*amateur* (pour l'auteur), tantôt celui de *consommateur* (pour l'exploitant). Ainsi, la *fonction culturelle* est assumée par le *couple culturel* (créateur-amateurs) et la *fonction économique* est, quant à elle, assumée par le *couple économique* (exploitant-consommateurs). Le *couple économique* n'apparaît que de façon intermittente, dans l'hypothèse où l'auteur décide de faire appel à un exploitant, alors que le *couple culturel* se manifeste à l'occasion de *toutes les divulgations, sans exception* (y compris personnelles).

31. Ces deux couples sont indissolublement liés à l'intérieur du *produit culturel* : sans l'apport *original* du créateur, l'exploitant n'aurait tout simplement *rien* à offrir « d'intellectuel » au consommateur : il devrait se résoudre à ne lui vendre que des *supports vierges* ou à ne lui proposer que les *simples fruits d'un travail* interchangeable, sans grand pouvoir mobilisateur ! Ce fait justifie entièrement la *rémunération* que l'auteur est en droit de partager avec l'exploitant ainsi que le *droit de propriété* dont il jouit sur sa création, ancré dans l'originalité de sa création.

a. Complicité *v.* rivalité

32. À l'inverse du couple économique, indélébilement marqué par le *conflit d'intérêts*³⁶, le couple culturel est, au contraire, marqué par un *rapport*

36. L'exploitant veut tirer de son produit culturel le prix le *plus élevé* possible. Le consommateur veut, lui, l'obtenir au prix le *plus bas* possible.

de complicité et de *complémentarité* : le créateur soumet ses créations à l'appréciation d'un *partenaire* et non d'un *rival* qui cherche à le priver de quelque chose ; les amateurs *acceptent* ou *refusent* la création, mais quand ils l'acceptent, ils ne lui *prennent rien*, puisqu'il leur a déjà offert la forme d'expression (au travers de la divulgation). Certes, quand la création est refusée, c'est une déception pour l'auteur qui y a mis de sa personnalité, mais ce refus est le prix à payer pour toutes les fois où il l'accepte à la manière dont la mort donne sa valeur à la vie... De ce point de vue, on voit la différence avec un consommateur qui obtient de l'exploitant le produit culturel à un prix *inférieur à celui qu'exige le marché*, voire gratuitement (comme dans le P2P) : il l'a *privé*, dans l'échange, d'une quote-part de la valeur.

b. Hiérarchie entre fonctions

33. On ajoutera enfin que la *fonction culturelle domine nécessairement l'économique* car la réponse des amateurs *conditionne* celle des consommateurs, mais non l'inverse ; ceci se traduit par le fait que le couple économique fonctionne *à l'intérieur* du couple culturel, puisque l'auteur et les amateurs constituent l'alpha et l'oméga de l'exploitation : l'adhésion massive du public entraîne automatiquement des profits pour l'exploitant (dont une partie sera rétroversée à l'auteur) ; mais ce n'est jamais la *prestation de l'exploitant*, notamment le prix demandé, qui, seule, fait le *succès de l'œuvre* ! Le prix de vente élevé d'un billet (par exemple d'une place d'opéra) peut dissuader un amateur désireux accéder à l'œuvre, au moment de faire acte de consommation ; mais, à l'inverse, un prix bradé ne saurait entraîner l'attrait de personnes *a priori* non concernées par la création. Le prix ne peut jouer comme principal facteur

de choix qu'entre des *propositions interchangeables*, c'est-à-dire entre les *fruits d'un travail* et non entre deux *vraies créations*! C'est à quoi, d'ailleurs, aboutit finalement la prévalence de *l'industrie culturelle* qui banalise complètement la création...

B. Genèse des deux attributs à partir des deux couples

34. Lorsque (suite à une divulgation plénière) les deux couples se manifestent simultanément, ils convergent *nécessairement* vers la personne de l'auteur, puisqu'étant le centre du *couple culturel*, il *cause*, par sa décision de choisir un exploitant, l'apparition du *couple économique* et l'apparition corrélative du *droit d'exploitation*. C'est à cette occasion que se dégagent les attributs patrimoniaux et moraux qui caractérisent la *propriété intellectuelle* sur une œuvre *divulguée corpore alieno* (1°). Ces deux attributs héritent des fonctions précédemment analysées, des *natures juridiques* opposées (2°).

1. Apparition des attributs

35. Le *droit d'exploitation* naît d'une divulgation plénière (a) et les attributs constitutifs du *droit moral* se déploient à partir du *droit de divulgation*, concomitamment avec le droit d'exploitation (b).

a. Apparition du droit d'exploitation

36. L'apparition *séparée* de l'attribut qui supporte toute l'activité contractuelle développée entre l'auteur et l'exploitant est un impératif logique.

L'auteur a, certes, pu vouloir commencer par *divulguer personnellement*, auquel cas il n'est d'aucune utilité³⁷; mais, à partir du moment où il autorise un exploitant à divulguer pour compte, il doit pouvoir exclure *tous les exploitants qu'il n'a pas choisis* et ce ne peut être que sur la base d'un *droit distinct* du droit de divulgation puisqu'il l'a déjà exercé! Cette particularité explique la compatibilité de la propriété avec le marché (α). Historiquement, la reconnaissance *différée* de ces droits, dans un ordre contraire à la chronologie d'exercice, occasionna un problème momentané qui finit par se résorber (β).

α) Cohérence entre propriété & libéralisme

37. Lorsque l'auteur entend *tirer un revenu* substantiel en *faisant divulguer* par un entrepreneur en communication il n'entend, pour autant, autoriser que *le seul exploitant* qu'il a choisi et non tous les autres! C'est précisément la raison pour laquelle la loi distingue nettement le *droit de divulgation* du *droit d'exploitation*. Elle fait découler de l'exercice *erga omnes* du droit de divulgation *corpore alieno* (qu'elle réserve au créateur seul) la naissance du *droit d'exploitation*; ensuite, l'auteur ne « cède » un droit personnel adossé à l'un des deux attributs universels du *droit d'exploitation* (*droit de représentation* ou *droit de reproduction*) qu'au seul exploitant choisi. La loi distingue très nettement l'exercice de ces différents droits.

38. On saisit que, grâce à cette distinction, la propriété *ne supprime pas le marché* (contrairement au monopole légal) : en effet, ***à l'intérieur*** d'une

37. Il ne « s'autorise » pas personnellement à *représenter* ou à *reproduire* l'œuvre, ni n'agit contre lui-même au motif qu'il n'aurait pas respecté la forme ou son identité!

divulgaration identiquement paramétrée, le créateur peut donner *en même temps* à plusieurs exploitants *la même autorisation* : ils seront par conséquent en concurrence. Mais, l'auteur peut aussi préférer placer l'exploitant dans une *position d'exclusivité* en s'engageant à n'accorder *aucune autre « cession » équivalente*. On comprend que ce *monopole contractuel* étant *octroyé par l'auteur lui-même* (et non par le législateur *contre sa volonté*), ce dernier pourra demander, en contrepartie de son accord, le partage de tous les fruits de l'exploitation. Ainsi, toute *demande du public* se traduira *nécessairement* en une valeur pécuniaire qui remontera, sous forme de pourcentage, vers l'auteur ; tantôt versée par l'exploitant, tantôt prélevés à la source par les organismes de gestion collective. L'exploitant sera, quant à lui, rémunéré par ce qui reste du prix du produit culturel une fois déduit le pourcentage dû à l'auteur. Accessoirement, on comprend que l'auteur qui ne respecte pas le monopole contractuel, viole une *obligation*, mais ne *contrefait sa propre œuvre*!

39. Ces deux traits de la *propriété intellectuelle* sont corrélés : d'un côté, elle est la seule figure compatible avec *l'économie de marché* ; d'un autre, elle réserve un pourcentage des fruits économiques dégagés par l'exploitation de la forme créative *directement* au créateur (et *indirectement* seulement à l'exploitant, au travers de la *marge négociée* qui lui reste). Telle fut le choix des Révolutionnaires français, particulièrement sensibles à la justesse (et à la justice) des doctrines³⁸ que, pour cette raison, ils estimaient fondées en *droit naturel*...

38. Sur la différence conceptuelle entre le *monopole légal* et la *propriété* : V. O. SALOMON, *op.cit.* n° 113 et s. Sur la dimension historique, *addé* : Ph. GAUDRAT, distinction entre travail et création, *op.cit.*

40. Par contraste, on peut évoquer la solution mise en place pendant la contre-révolution orléaniste, car elle est directement contraire à la justice sociale recherchée par les Révolutionnaires. Il n'est ni interdit, ni impossible de reconnaître un *monopole légal* sur un enjeu issu d'un *fait créatif*. Tel est précisément le cas des *brevets d'invention*; un titre est délivré par l'État pour garantir au déposant un monopole sur les revendications relatives à l'invention décrite, laquelle est bien une *création technique*. Sauf que, si l'on recouvre d'un *monopole légal privé* la *propriété* qui naturellement revient au créateur, celui-ci la *stérilise* : le mécanisme imposé de la *rareté artificielle* ne permet plus au mécanisme de la *rareté qualitative* de s'exprimer et le *flux de la valeur* issue de la rareté artificielle est tout entier canalisé vers le bénéficiaire du monopole légal qui rétrocede *ce qu'il veut* au créateur... et encore, s'il le veut *bien*. D'où l'injustice que perpétue le droit des brevets depuis 1844³⁹. Cette injustice tend à s'immiscer, aujourd'hui, par le truchement des *droits voisins économiques* et de tous les autres monopoles qui *aspirent* la valeur des créations au profit des *travailleurs* en assurant le *financement* et la *diffusion* (producteurs et exploitants)⁴⁰...

39. À cause de l'influence de Renouard au sein de la Commission qui concocta la loi. Il aurait bien aimé étendre cette solution à la propriété littéraire et artistique, mais il en fut empêché par une doctrine de qualité et vigilante.

40. V. O. SALOMON, *op.cit.* Au surplus, la *propriété corporelle* peut être assimilée (à cause de la *non-ubiquité de la matière*) à un *monopole d'utilisation* de la chose; cette circonstance conduit la doctrine intellectualiste dominante, issue de la *propriété industrielle*, à chercher de fausses analogies entre *monopole* et *propriété corporelle* : en ce sens, V. J.-M. MOUSSERON, *Traité*, Litec 1984, n° 52 et s. Il cherche à identifier l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* du droit qu'il pense (à tort) porter sur l'*invention* : il a seulement oublié l'interposition du *titre*, issu du dépôt, qui, lui, fait l'objet d'une propriété dont le modèle est corporel et la limitation de la réservation aux revendications...

β) Histoire

41. La reconnaissance *asynchrone* des droits d'exploitation et de divulgation fut l'occasion d'un raté historique (b-1) qui mit trente ans à trouver une issue, puis le siècle entier à stabiliser tous les aspects de la solution (b-2).

β-1) Raté historique

42. Lorsque Le Chapelier monta, le 13 janvier 1791, à la tribune de l'Assemblée, pour y lire son célèbre rapport, les notions de *représentation* et de *divulgation* n'étaient pas dégagées l'une de l'autre ; aussi eut-il l'impression que dès que le public avait, une fois, pris connaissance de l'œuvre par le biais d'une *représentation*, il en était devenu *propriétaire*. Cette erreur déclencha une fronde des directeurs de théâtre (évidemment hostiles à la propriété). Il dut remonter à la tribune, le 19 juillet 1791, pour réaffirmer la propriété de l'auteur, mais... sans donner aucun outil pour construire la solution !

43. L'erreur du Rapporteur tenait au fait qu'il avait, dans son énoncé, complètement ignoré le *droit de divulgation* : en l'exerçant (ce qui avait rendu possible la *représentation*) l'auteur avait simultanément *libéré la jouissance de l'œuvre* pour le public et *affirmé sa propriété* (laquelle excluait celle du public) ! Ce point est aujourd'hui clarifié par la loi de 1957 : la *conception active* d'une forme est, seule, susceptible d'en conférer la propriété ; les amateurs ne se livrent, eux, qu'à une *conception passive* qui, certes, conclut le pacte culturel d'où découlent les droits de jouissance d'un public, mais n'octroie aucun *droit de propriété*.

44. Sans *divulgation d'aucune sorte*, le droit de propriété *incorporelle* n'en existe pas moins, mais il n'a, pour lors, de fonction que *défensive* : toute tentative de violer le secret dont l'auteur a souhaité entourer son œuvre se heurte à ce droit qui assume la forme d'une prérogative jalouse. Ce n'est, en revanche, que par un exercice *actif* du droit de divulgation que ce dernier fait *produire à sa propriété une valeur* : elle peut n'être que d'*honneur* (divulgation simple, *avec* ou *sans* rémunération) ; il est néanmoins naturel qu'il souhaite en tirer de *substantiels revenus économiques* en confiant la divulgation à un exploitant. C'est, dans ce cas seulement, que des atteintes à ses *intérêts moraux* peuvent avoir lieu. C'est, par conséquent, dans ce cas seulement, que sa propriété est diffractée en droit patrimonial et droit moral.

β-2) Lente élaboration de la solution

45. La reconnaissance du *droit d'exploitation* date du rapport Baudin de 1793, distribué à toute la Convention (quoique non soumis à vote) : ce rapport théorisa, en effet, l'exigence de *communication (directe ou indirecte) au public* de la création lors de l'*exploitation de la propriété* (dont elle était déjà légalement dotée depuis 1791). Par un curieux hasard de l'histoire, le *droit d'exploitation* fut reconnu avant que ne soit officialisé le *droit de divulgation*, lequel ne fit une apparition *officielle* en jurisprudence qu'en 1828 ! Toutefois, si l'on y regarde d'un peu près, cette inversion chronologique n'était qu'apparente : le droit de divulgation était *latent* dans le Droit français depuis plus de deux siècles puisque la notion de *divulgation* figurait dans le plaidoyer de Marion, au XVI^e siècle, associée à une *propriété* (pour lors, féodale)⁴¹. Aussi, lorsque

41. V. Ph. GAUDRAT, Deux cours de doctorat, *non encore publiés*.

Le Chapelier (ayant sans doute négligé de relire Marion qui, en son temps, avait déjà deux siècles) fit l'impasse sur ce concept essentiel, on voit dans quel embarras il se plongeait en déclarant benoîtement que l'œuvre *devenait la propriété du public* dès que celui-ci en avait pris connaissance à l'occasion d'une *représentation*!

46. Si, maintenant, on rétablit la reconnaissance de ces droits dans leur juste chronologie, cela permet de comprendre les remarquables jurisprudences du XIX^e siècle qui construisirent, pas à pas, toutes les facettes du droit de divulgation en le démarquant méthodiquement du droit d'exploitation. Ainsi Vergne⁴² avait *personnellement* donné en public deux fois sa messe. Une fois décédé, des créanciers chirographaires se présentent à son domicile pour saisir le manuscrit de cette messe dans les mains de sa veuve, afin de l'éditer. Mais la juridiction saisie refuse : Vergne n'ayant consenti, de son vivant, à la signature *d'aucun contrat d'édition*, rien n'établissait qu'il ait entendu exploiter sa propriété, autrement dit la divulguer *corpore alieno*; peut-être, voulait-il se réserver de la jouer personnellement, quand il l'entendait? Les créanciers ne pouvaient pas saisir le manuscrit pour l'éditer (c'est-à-dire exercer le droit d'exploitation) puisque le *droit d'exploitation n'était pas né*, faute de *divulgation plénière*.

47. Plusieurs autres décisions concernent également des *divulgations simples*. C'est, par exemple, la célèbre affaire Lacordaire⁴³ : le célèbre prédicateur avait délivré en personne ses sermons dans une église et un exploitant, qui les

42. Paris, 11 janv. 1828, *aff. Vergne*, Rép. méth. 1857, Dalloz, t. 38, prop. litt. et art. n° 319, p. 492.

43. Lyon, 17 juill. 1845, DP 1845. 2.128.

avait fait sténographier, au vu du succès rencontré, les édita. Mais il succomba! Le père n'avait pas « divulgué » (c'est-à-dire autorisé la divulgation *corpore alieno*); par conséquent le droit d'exploitation n'était pas né et n'avait pu être « cédé » à l'exploitant! Deux bonnes raisons, faute d'aucun consentement de l'auteur, de le juger contrefacteur. On saisit toutefois l'ambiguïté imputable au vocable « divulgation » qui couvrait, à l'époque, deux acceptions (simple et plénière) dont les régimes n'étaient pas clairement distingués.

48. Perpétuant cette analyse jusqu'à nos jours : un dépôt de manuscrits privés aux Archives Nationales ne vaut pas divulgation plénière (faute de contrat d'édition) de sorte qu'un historien qui utilise ces textes sans autorisation commet une contrefaçon⁴⁴; l'enseignant qui professe un cours en public ne procède qu'à une *divulgation simple* donnant droit à une copie privée (manuscrite) de la part des auditeurs, mais ne les autorisant nullement à publier ou laisser publier l'œuvre⁴⁵; l'abandon d'une toile dans une salle d'exposition où *elle a été réalisée en public*, n'établit pas même la *divulgation simple, faute d'avoir été signée* (ce qui présume l'inachèvement)⁴⁶ etc.

49. Dans un autre registre qui induit un effet de la propriété incorporelle de l'œuvre sur la propriété corporelle du support, une décision fort médiatisée clôt le XIX^e siècle; c'est l'affaire Whistler⁴⁷ : un peintre avait fait le portrait de

44. Cass. 1^{re} civ. 15 janv. 1969, D. 1969. 476.

45. *Aff.* Séminaires de Lacan, TGI, Paris, 11 déc. 1985 : D. 1987, somm. 155, obs. COLOMBET et cours de Barthes, Paris, 24 nov. 1992 : RIDA, n° 155,1/1993, p. 191, obs. KEREVER.

46. Paris, 31 janv. 1995, Juris-Data n° 02004.

47. Cass. civ. 14 mars 1900, DP 1900. 1.497, rapp. RAU, concl. DESJARDIN et note PLANIOL, S. 1900. 1. 489. Faisant suite *l'aff.* Rosa Bonheur : Paris, 4 juill. 1865, DP 1865. 2.201, S. 1865. 2. 233.

Lady Eden et l'avait à deux reprises exposé dans des salons parisiens ; son mari, commanditaire de l'œuvre, demanda judiciairement la livraison de l'œuvre ; le peintre refusa, alléguant qu'il refusait de la divulguer ; la Cour de cassation lui donna raison. Cette affaire est différente des précédentes, toutes consacrées à des *divulgations simples*, qui excluaient la naissance du droit d'exploitation ; or le commanditaire ne cherchait pas à obtenir livraison pour exercer un droit qui, de toutes façons, ne lui revenait pas : il ne voulait obtenir la propriété du support que *pour jouir personnellement* de la forme, de la même manière que le peintre l'avait permis au public parisien !

50. La Cour allait donc au-delà des décisions précédentes : même quand l'artiste a *révélé* son œuvre au public, il peut refuser de la *livrer* à son commanditaire tant qu'il n'a pas *décidé de la divulguer*. Ce qui était en cause n'était pas la *naissance du droit d'exploitation* (exigeant la conclusion d'un contrat de reproduction de son œuvre) mais un droit discrétionnaire, attaché au statut de créateur, dont l'exercice était réputé impacter la propriété corporelle : la *divulgation simple* combinée au *prêt du support* ne le déposait pas de son droit de propriété corporelle. En revanche, la *livraison* réclamée faisait nécessairement suite à un *transfert de la propriété corporelle*. En autorisant l'auteur à résister à la livraison, la Haute Cour induisait donc un effet de la *propriété de la forme portée* (par le truchement de l'exercice d'un droit *qui devenait purement intentionnel*) sur la *propriété corporelle* du support... Cette solution fut critiquée.

51. Pour autant, cette solution n'eut pas de postérité, puisque dès la rédaction de ce qui devait devenir l'article L.111-3 CPI, dix ans plus tard,

l'alinéa 2 du texte affirma la rigoureuse *indépendance* des propriétés au sein de *l'œuvre artistique*. Du fait que ce texte envisage la possibilité que l'acquéreur puisse *s'opposer à la « divulgation »*, il faut en déduire que la *propriété intellectuelle* ne permet plus d'empêcher le transfert de la *propriété corporelle*! L'auteur n'aura consenti qu'à une *divulgation simple* libérant la jouissance de l'amateur-acquéreur⁴⁸ tout en se réservant une possible *divulgation plénière*. Si, dans ce contexte, le propriétaire de l'œuvre réelle s'opposait à l'exercice, par l'auteur, d'une divulgation *corpore alieno*, ce dernier pourrait venir à bout de sa résistance en établissant qu'il *abuse de son droit de propriété corporelle*.

b. Naissance des attributs moraux

52. C'est au sein du *couple économique* que s'ajustent l'*offre* à la *demande*, mais c'est au sein du *couple culturel* que s'évaluent les *standards qualitatifs* attendus de l'*exploitation* : en effet, le public attend que lui soit délivrée la forme d'expression *conçue par l'auteur* sans aucune modification imputable à l'exploitant et il veut que lui soit révélée l'identité de son créateur... à moins que celle-ci ne soit un frein à la divulgation⁴⁹. Aussi, à l'occasion du *pacte culturel*, les amateurs donnent-ils tacitement mandat à l'auteur de faire respecter ces obligations *en leur nom* ; cette procuration non écrite rejoint son propre intérêt à faire respecter ses *intérêts moraux* ; par quoi on saisit que le droit moral exprime *l'intérêt général* : outre qu'il manifeste l'entente entre les

48. À défaut, l'acquéreur n'aurait *pas le droit de jouir de la forme* portée par le support, ce qui invaliderait la vente! Au surplus, la divulgation est nécessaire à la *présentation* de l'œuvre pour conclure la vente.

49. Il est admis que l'auteur puisse *garder l'anonymat* lorsque, par exemple, son statut de fonctionnaire lui impose une obligation de réserve. La décision lui revient, seul, et ne peut lui être imposée.

amateurs et le créateur, si ces standards ne sont pas respectés, le public se détournera de l'exploitant et son *intérêt économique* aura à en souffrir...

53. Lorsque la divulgation est réalisée *par le créateur lui-même*, ces standards sont *irréfragablement* présumés respectés : en effet, en supposant qu'à l'occasion de la révélation il modifie la forme qu'il avait initialement prévue, celle improvisée en public sera réputée être l'authentique! Et s'il oublie de mentionner son identité (outre que le public pourra la constater), cette omission sera toujours tenue pour un choix *délibéré*⁵⁰ En revanche, lorsque la divulgation est confiée à un exploitant, la présomption n'est plus que *réfragable*, du fait que la diffusion lui échappe complètement. Elle laisse, par conséquent, place à l'exercice des *attributs moraux*. Ceux-ci n'ont lieu d'être exercés que dans le cas où l'exploitant se sera affranchi des *standards qualitatifs* attendus de lui⁵¹ lors d'une *communication au public*. Les deux conditions sont requises : sans communication au public, l'absence d'enjeu exclut la mise en jeu du droit moral ; mais la communication peut avoir été autorisée *en soi*, sans que l'exploitant ait respecté le *modus operandi* auquel il devait se soumettre. C'est alors qu'il sera confronté à l'exercice par l'auteur des divers attributs du droit moral...

2. Opposition de nature juridique des attributs

50. Cette hypothèse correspond à celle de l'*interprète* : il divulgue toujours *en personne* la *forme interprétative* qui est sa création...

51. C'est un simple *travailleur* de la communication : il lui est *strictement interdit* de s'immiscer dans la *sphère créative*; il doit respecter la volonté de l'auteur quant à la *forme* (droit au respect, droit de repentir et de retrait) et quant à son *identité* (droit au nom).

54. Ces deux attributs sont, dès l'article L.111-1 al.2, rapprochés des catégories civilistes qui opposent droits *patrimoniaux* et *extra-patrimoniaux*. Encore ce rapprochement n'est-il qu'implicite puisque l'alinéa énonce : « *ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et III du présent code* ». Ce n'est, par conséquent, qu'*a contrario* que l'on déduit que les attributs d'ordre *intellectuel et moral* sont de nature *extra-patrimoniale* alors que le *droit d'exploitation* (non mentionné) est de nature *patrimoniale* (a). Reste un point obscur : comment des droits réputés appartenir à des catégories contradictoires peuvent-ils s'engendrer réciproquement et de quelle nature est, pour finir, le droit d'auteur? (b).

a. Classification des attributs

55. On notera que le texte ne qualifie pas *directement* les droits mais retient seulement qu'ils sont « *d'ordre patrimonial ou extra-patrimonial* », autrement dit qu'ils sont *comparables* à de tels droits. Le premier attribut qui apparaît lorsque l'auteur fait apparaître le *couple économique* en choisissant un exploitant, draine tous les *flux économiques*. Il est logiquement dit d'ordre *patrimonial* (β); le second, complètement *extérieur à cette activité*, est dit d'ordre *extra-patrimonial* (β).

α) Droit dit *patrimonial*

56. Le droit du créateur à *être rémunéré* pour chaque communication de sa création se traduit en un *droit pécuniaire*. « Pécuniaire », il l'est par définition

même puisqu'il permet de convertir en *somme d'argent* un *pouvoir d'interdire*. Plus exactement, ce pouvoir d'interdire *fonde* la revendication de versement d'une somme d'argent. Or, l'adjectif *pécuniaire* signifie, d'après le vocabulaire Cornu ; « *qui consiste en une somme d'argent [...]; appréciable en argent, dont la valeur peut être exprimée en argent [...]; qui concerne l'argent ou plus largement les affaires* ». Le terme est donc parfaitement employé. Il peut au surplus être qualifié de patrimonial dans la mesure où l'adjectif peut signifier : « *qui est dans le patrimoine (comme ayant une valeur *pécuniaire* et le plus souvent dans le commerce)* » ; nous retombons sur le terme *pécuniaire* : l'effet de l'exercice de ce droit se traduit toujours par une *rentrée d'argent*.

β) Droit dit *extra-patrimonial*

57. Le droit de l'auteur à voir respecter la personnalité qu'il a investie (droit au nom, droit de repentir et de retrait) mais aussi *ceux du public* (au travers du respect de l'œuvre) dont il est (à raison de la *complicité* du couple culturel) le « représentant », se traduit par le *droit moral*. Ce droit est dit *extra-patrimonial* car, selon la définition du Vocabulaire Cornu : « *il ne fait pas partie du patrimoine mais touche à la personne; qui n'a pas le caractère d'un bien, mais relève d'un autre ordre de valeur, d'où le propre d'être hors commerce (sans exclure néanmoins que l'atteinte à un droit extra-patrimonial donne lieu à une indemnisation *pécuniaire*)* ». En mettant l'auteur en capacité de défendre la *personnalité* qu'il a infusée dans sa création, ce droit fait incontestablement appel à un ordre de valeur qui n'est pas de nature *pécuniaire*.

58. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que le juge ne puisse pas traduire les violations dont il est l'objet, en une somme d'argent quand le retour au *statu*

quo ante n'est pas possible; or, il l'est rarement. Il faut se garder de certains excès doctrinaux prétendant que les violations du droit moral ne devraient donner lieu qu'à un euro de dommages-intérêts, puisque ce droit est extra-patrimonia! C'est confondre la *nature du droit* auquel il est porté atteinte et celle du *droit à réparation* en cas de violation. La perte d'un bras représente un dommage *extra-patrimonial* et, Dieu merci, ce raisonnement (absurde) n'est pas appliqué...

b. Nature du droit d'auteur...

59. Il n'en demeure pas moins que le *droit moral* (qui défend des *valeurs assurément extra-patrimoniales*) se trouve être « inclus dans la propriété » à cause du fait que *l'empreinte de personnalité* est déposée dans la *forme interne*. Mais, comment se peut-il qu'un droit *d'essence patrimoniale* soit « fourré » d'un *attribut extrapatrimonial*? Cette *pâtisserie singulière* met à rude épreuve la théorie civiliste... Et il y a mieux : ces deux attributs découlent de l'exercice *corpore alieno* d'un *droit de divulgation* lui-même *réputé moral* (donc *extra-patrimonial*) puisque son exercice décide de la naissance du *couple culturel* lequel engendre le *droit moral*. Cette fois, c'est un droit de nature *extra-patrimoniale* qui engendre un droit de nature *patrimoniale* : comment ces permutations contradictoires sont-elles possibles?

60. D'une manière assez simple : le *droit moral* défend *l'empreinte de personnalité* qui est déposée dans l'œuvre et qui *conditionne* la naissance de la propriété. Mais cette *empreinte* n'a pas pour support la *personne elle-même* (comme dans les droits de la personnalité ordinaires), elle est déposée *dans*

l'œuvre, autrement dit dans la *forme d'expression*, laquelle est incontestablement une *chose incorporelle appropriée* : c'est-à-dire, un *bien* ! Par son *objet strict*, ce droit est bien *extra-patrimonial* ; mais, à cause du fait que l'*objet* de la *propriété incorporelle bifonctionnelle* est l'« œuvre incorporelle », il participe de la patrimonialité de la propriété. Il en résulte que *pendant tout le temps où existe le droit patrimonial*, le droit moral est *inclus* à l'intérieur de celui-ci (en écho à l'emboîtement des formes).

61. Ainsi, tant que l'auteur garde son œuvre au secret, la « propriété incorporelle » est au repos. Si, de son vivant, il exerce *lui-même* le droit de divulgation, le droit d'exploitation et les attributs moraux n'ont *aucune utilité* (il ne « s'autorise pas » à exploiter !). Et, dans l'hypothèse où un tiers diffuserait l'œuvre sans autorisation et lui ferait, au surplus, subir des atteintes, la contrefaçon pour violation du droit de divulgation suffirait à fonder toutes les réparations. En revanche, dès que l'auteur choisit de divulguer *corpore alieno*, le droit d'exploitation et les attributs moraux trouvent toute leur importance ; et quand le droit d'exploitation vient à expiration, les *attributs moraux* conservent leur utilité car la *propriété de l'auteur* n'a pas été abolie par sa mort : elle est *perpétuelle* et les attributs moraux, avec elle.

62. Aussi l'expression de *monisme tempéré* du Professeur Gautier, nous semble-t-elle tout à fait judicieuse. C'est incontestablement un monisme, dans la mesure où le droit moral est le *fil conducteur* de la propriété depuis la création jusqu'à la disparition de l'œuvre ; mais il est *tempéré* car, pendant une période de temps, si l'auteur choisit d'*exploiter sa propriété*, il s'enveloppe d'un droit d'exploitation et fait produire au droit de divulgation plusieurs attributs

moraux *qui ne disparaissent pas avec le droit d'exploitation*, contrairement à la conclusion à laquelle aboutissait le monisme absolu...

II. INDISSOCIABILITÉ FONCTIONNELLE DES DEUX ATTRIBUTS PROPRIÉTAIRES

63. La *propriété intellectuelle* est, comme on le voit, puissamment intégrée autour du droit de divulgation. Exercé *corpore alieno*, celui-ci fait apparaître deux attributs, *indissociables* par le truchement de la volonté individuelle mais non par celle du législateur : ce dernier ne laisse plus alors survivre que le droit moral, lorsqu'il impose la chute de l'œuvre dans le domaine public (A). Or, c'est à ce diptyque *propriétaire* que s'attaque la Commission Européenne (plus que l'Europe) dans le but de passer à un pur système de *monopole légal privé*, caractéristique de l'option néolibérale qu'elle imprime à toute la législation qu'elle a pour fonction de proposer (B).

A. Différences induites dans les modèles en compétition

64. La *propriété intellectuelle* intègre à l'intérieur d'une seule entité juridique (par le truchement du droit de divulgation) les manifestations du *couple culturel* et du *couple économique* lorsque, par la volonté de l'auteur, ils existent simultanément. Celle-ci se manifeste, alors, comme composée de deux attributs dont l'un survit à l'extinction de l'autre (1°). En revanche, tel n'est pas du tout le cycle du *monopole privé légal* : ne prenant en compte que le seul *couple économique*, il délaisse la *dimension culturelle* et l'*acte de*

divulgation qui lui donne naissance pour ne plus être qu'un cadre propice aux *affaires* (2°).

1. Rapport inclusif de la propriété intellectuelle

65. Lorsque le créateur fait surgir dans son esprit une forme qu'il extériorise, il fait naître sur la forme exprimée une *propriété incorporelle* tout à fait distincte de celle du support. Cette propriété a pour unique finalité le *contrôle de l'accès* à cette forme, alors que la corporelle avait pour unique finalité le *contrôle de l'utilisation* de la matière. Aussi, tant qu'il conserve l'œuvre dans un vis-à-vis jaloux avec lui-même, sa propriété incorporelle reste-t-elle simplement potentielle. En revanche, dès qu'il *ouvre ce cercle* en suscitant l'apparition du *couple culturel*, sa propriété se commue en un *droit de divulgation* susceptible de plusieurs modalités d'exercice (a). Malheureusement, certains auteurs ont voulu « épuiser » cette manifestation majeure de la propriété (b).

a. Droit de divulgation

66. Quand l'auteur a fini (ou non) de créer, il peut choisir quelques élus pour les faire pénétrer dans l'intimité qu'il partage avec l'œuvre ; en ce cas, il *élargit* le secret sans le briser. Mais il peut aussi décider de l'ouvrir à des personnes *non choisies*, c'est alors seulement qu'il exerce son droit de divulgation. L'exercice de ce droit est *discrétionnaire*⁵² : même lorsque l'œuvre

52. V. DESBOIS, *Traité, op.cit.* n° 384, n° 396 et 400 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n. 594. COLOMBET, *Précis Dalloz, op.cit.* 8^e éd., n. 135 ; « Mécennat et propriété littéraire et artistique » in *Mélanges Holleaux*, Litec 1990 ; FRANÇON, *Cours 1996/1997, Les cours du droit*, p. 214 ; G. GAVIN, « Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française », *D.* 1960, n° 266 et s. ; P. SIRINELLI, obs. sous *Cass. civ. 1^{re}*, 14 mai 1991, [RIDA](#), n° 151,

est achevée (ce dont il est seul juge) il peut *ne pas divulguer*; auquel cas, il sera toujours le *créateur-proprétaire* de ce qu'il a réalisé mais non encore *stricto sensu* un « auteur » investi des prérogatives de la loi⁵³! Comme nous l'avons vu, le créateur peut choisir d'exercer ce droit *en personne* ou *corpore alieno*, hypothèse à laquelle la tradition réserve, seule, l'appellation de « divulgation » : en effet, lorsque l'auteur divulgue *en personne* les attributs sont privés d'utilité et ce n'est que dans l'hypothèse où il charge un exploitant de divulguer *à sa place* que les attributs patrimoniaux et moraux ont un vrai rôle à jouer...

α) Exercice plénier

67. Cette « divulgation » fait apparaître le *droit d'exploitation* (dit aussi droit patrimonial⁵⁴) et diffracte le *droit moral* (jusqu'à-là *inclus* dans le droit de divulgation⁵⁵) en plusieurs droits distincts : *droit au respect* de l'œuvre et du nom de l'auteur, *droit de repentir et de retrait*. Ces deux attributs ne sont

1/1992, p. 272; Civ. 1^{re}, 5 juin 1984 : « *L'exercice du droit moral par l'auteur de l'œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge* » : Bull. civ. I, n.184; D. 1985, IR 312 obs. COLOMBET; RIDA, n° 124, 2/1985, p. 150; Gaz. Pal. 1984, 2, Pan. 332; Ann. propr. Ind. 1984, 153. Comp. Civ. 1^{re}, 5 juin 1991, D. 1992, somm. 15 obs. COLOMBET; JCP 1991, II, 21760 note POLLAUD-DULIAN; RIDA, n° 151, 1/1992, p. 271, note SIRINELLI. Adde : « *le droit de divulgation est, du vivant de son auteur, un droit absolu qu'il appartient à celui-ci seul d'exercer; ce droit discrétionnaire, qui trouve sa justification dans la nature même de l'œuvre, émanation de sa personnalité, comporte [...] le droit de déterminer le procédé selon lequel l'œuvre sera portée à la connaissance du public et d'en fixer les conditions* » Paris, 19 déc. 1997, aff. Artaud précitée.

53. En tant que créateur, il est bien *auteur* de la forme; mais tant qu'il ne s'est pas décidé à donner un public à sa création, il *n'est pas* investi de la *totalité des prérogatives que lui reconnaît la loi*!

54. Lecture constante de toute la doctrine classique : V. DESBOIS, *op. cit.*, n° 388; A. FRANÇON, Cours de propriété littéraire artistique et industrielle, 1996/97, Les cours du droit, p. 214; Cl. COLOMBET, propriété littéraire et artistique, 8^e éd., n° 136; P. SIRINELLI, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 2^e éd., 2003, Dalloz, Mémento, p. 53). *Contra*, A. LUCAS & alii, *op. cit.* 4^e éd. n° 515 et J.-M. BRUGUIÈRE & M. VIVANT, Droit d'auteur, 2009, n° 442.

55. Il est d'essence morale puisque son exercice est fondateur du *couple culturel*.

pas indépendants mais rigoureusement *indissociables*! Ce sont les *deux faces* de la propriété bi-fonctionnelle *une et non divisible* que l'auteur a, pour lors, choisi de valoriser au moyen d'une divulgation *corpore alieno*. Ces deux faces manifestent le caractère à la fois *patrimonial* et *personnel* de cette propriété très singulière, plutôt qu'ils ne constituent deux *biens incorporels* susceptibles de transactions juridiques indépendantes.

68. Non seulement parce qu'il est *indivisiblement lié* au droit moral (textuellement réputé inaliénable et incessible) mais aussi parce qu'il participe de la *propriété incessible* de l'auteur⁵⁶, le droit d'exploitation *ne peut pas être cédé*. Et pourtant la « cession » est le mode traditionnellement attesté *d'exploitation de la propriété* : comment gérer cette contradiction ? En admettant simplement que la « cession d'un droit d'auteur » (qui est effective) ne porte pas sur le *droit d'exploitation*, mais sur un *droit personnel* créé spécialement à cette fin⁵⁷...

β) Domaine public

69. Quand, enfin, par décision souveraine du législateur, le droit d'exploitation vient à son terme, le droit moral diffracté ainsi que le droit de divulgation non affecté, lui survivent (soustraction faite du *droit de repentir et de retrait* qui est une prérogative qui ne revient qu'au créateur *vivant*). À compter de la chute dans le domaine public, le législateur interdit certes que l'on prenne en compte le *couple économique*, mais au travers des prérogatives

56. La *propriété* qui lui est reconnue pour montrer que la création lui est *propre*, ne peut en aucun cas être transférée! Même après sa mort, l'œuvre *restera éternellement sienne*.

57. V. Ph. GAUDRAT & A. ZOLLINGER : « *la cession en propriété littéraire et artistique : le modèle français du droit d'auteur* (rapport français) », *op.cit.*

dégagées par le couple culturel, dont les manquements s'apprécient dans la chose incorporelle, la propriété est bien *perpétuelle*. La *forme* restant, par-delà la mort de son créateur, son *bien privatif*, il est exclu qu'elle soit *appropriée par un tiers*, ni même *monopolisée* : la libération de l'accès, imposée par la volonté de son propriétaire et soutenue par la propriété, s'impose *erga omnes et perpétuellement*.

70. Quand l'auteur exerce son droit de divulgation *corpore alieno*, il le fait selon le *procédé* de délivrance de la forme et *aux conditions* qu'il a choisies (art. L.121-2 al.1^{er})⁵⁸. Le procédé peut n'exiger l'interposition d'aucun vecteur (*exposition* d'œuvres d'art, spectacle *vivant*) ou, au contraire, requérir l'interposition d'un vecteur technique pour la *retransmission* ou la *fixation* (écriture ou enregistrement). Le créateur ne divulgue que *pour un procédé assorti de conditions* : ce n'est pas, à ce niveau, une question de *profit* mais de *contrôle* de l'essaimage. On comprend toutefois que certains *procédés* donneront plutôt naissance à un *droit de représentation* et d'autres, plutôt à un *droit de reproduction* ; ce n'est qu'à l'occasion de la « cession » du droit patrimonial que sera négociée la rémunération.

71. Le droit de contrôler la divulgation est le *fondement* même de la propriété de l'auteur, laquelle ne connaît son complet épanouissement que dans une *dispersion* aux quatre vents de la *forme intelligible*. La manière dont, à cette occasion, les amateurs accéderont à la forme interne en constitue l'acmé :

58. L'auteur peut donner son accord à des divulgations successives : la plus large incluant la plus étroite ; ce que le professeur Françon appelait la « divulgation par étape » ; ce que le Pr. Lucas appelle ironiquement des « demi-divulgations » (V. LUCAS & alii, *op.cit.* n° 518). Aucun *retour en arrière* n'étant possible : la divulgation n'est jamais *révocable*.

si l'auteur a consenti à ce que son œuvre soit *exposée* cela n'implique pas qu'il ait accepté qu'elle soit *fixée* ou *retransmise*⁵⁹ ; à l'inverse, s'il a consenti à ce qu'elle soit *éditée* (sur papier) ou *enregistrée* (sur phonogramme ou vidéogramme) cela n'implique pas qu'il ait consenti à ce qu'elle soit *publiquement exécutée*. Chaque mode est *distinct* mais *sans retour*⁶⁰.

b. Épuisement du droit de divulgation

72. La divulgation qui, normalement, doit se faire *par étapes*⁶¹, donna lieu à la *mal-nommée* « querelle de l'épuisement » dont le concept est emprunté au *copyright*⁶² via le *droit des brevets*⁶³. L'*épuisement*, dont les tenants prétendent affecter le droit de divulgation est, en réalité, une *extinction* pure et simple de ce droit par son *premier exercice* (simple ou plénier), ce qui est complètement différent⁶⁴. Or nous avons vu que le *droit de divulgation* s'identifie à la *propriété* dès qu'elle se confronte à sa destinée publique. En éteignant, ainsi, la propriété au moment où, par une divulgation plénière, elle va se charger de ses attributs caractéristiques, les tenants de cette théorie proposent en réalité (contre l'avis

59. Le contact *personnel* de l'amateur avec l'œuvre exposée n'a rien à voir avec les choix imposés par un tiers pour les besoins d'une *retransmission* ou d'une *fixation* (photo, audiovisuel).

60. Le *droit de retrait* n'est pas une *rétractation de la divulgation* mais uniquement une interruption du contrat d'édition, sans aucune obligation de détruire les exemplaires dispersés dans le public.

61. Telle que suggérée par le Pr. Françon (encore qu'elle puisse être, d'emblée, autorisée pour tous les procédés sous toutes conditions).

62. Malheureusement, ignorant la « création », il ignore nécessairement le *droit de divulgation* ainsi que le cas particulier de l'*œuvre orale* : il ne connaît qu'un *monopole de distribution* concernant les exemplaires affectés de la limite de la *first sale doctrine*.

63. Devenu l'*épuisement du droit de distribution* en droit des brevets.

64. La *first sale doctrine* transposée au brevet se limite à *suspendre* l'obstacle qu'oppose le *monopole de distribution* à la libre-circulation des marchandises, ce dernier reprenant du service si l'acquéreur du produit s'avise de le louer. Aucune *résurrection* de l'attribut n'étant prévue par les promoteurs de l'épuisement transposé au droit moral, c'est, par conséquent, une *extinction* en bonne due forme qu'induit le concept déformé.

de Françon qui, bien involontairement, alluma la mèche⁶⁵) un *changement complet de système* : ils promeuvent un passage au *copyright*.

73. Puisque la divulgation plénière n'engendre plus spontanément les attributs moraux et patrimoniaux mais, au contraire, ***éteint la propriété***, laissant l'œuvre en butte à la contrefaçon, les tenants de cette théorie durent convertir le *droit d'exploitation* en un *monopole d'exploitation* à naître directement du *fait créatif*⁶⁶; ce qu'ils déduisirent d'un faux syllogisme : « ***si, au sein de l'article L.111-1, l'alinéa 2 suit immédiatement l'alinéa 1, c'est bien la preuve que*** dès la création *la propriété se compose des deux attributs* ». Sauf que, entre l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 2, s'immisce justement l'exercice plénier du droit de divulgation qui fait naître les deux attributs. Or, ils l'ont « épuisé ».

74. Les « attributs moraux », privés de tout fondement, ne sont plus que des règles opportunistes, artificiellement imposées (comme en *copyright* américain). La chute de l'œuvre dans le domaine public met fin au monopole économique de sorte que, *res nullius*, celle-ci peut, moyennant quelques modifications, être *ré-appropriée* par un tiers : quelle raison y a-t-il, en effet, de faire durer le « mécanisme moral » au-delà du « monopole d'exploitation » ? Il n'est pas même exclu que sa *réserve économique* soit prolongée par un *monopole de fait*; tel sera le cas si, par exemple, le dépositaire unique de l'œuvre (la BNF, par exemple) garantit à l'exploitant une exclusivité pendant le temps de son exploitation. Enfin, le droit exclusif, tout entier assimilé à un monopole

65. V. A. FRANÇON, *L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait?* GRUR. Int. 1973, p. 264.

66. A. LUCAS et *alii op.cit.* 4^e éd. n° 518 et 519; nettement plus succincts : J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *Le droit d'auteur*, 2009, n° 434.

légal privé est, contrairement au *droit d'exploitation*, automatiquement transférable à un employeur; or, sous prétexte de *création de fonctionnaires*, la Commission Lucas du CSPLA commença à poser de telles exceptions à l'article L.111-1 al.3 CPI⁶⁷...

75. Ainsi, le droit de divulgation protège la *perpétuité* de la propriété⁶⁸, laquelle à son tour protège le *marché*⁶⁹. En l'épuisant, on élimine ces deux effets, avec les conséquences prévisibles sur la culture⁷⁰. De proche en proche, il *ne reste plus rien* de ce qui fait la spécificité du *droit d'auteur*! Cette doctrine, à force de slogans, influença ponctuellement la Cour de cassation⁷¹; mais, hors le contexte aberrant de la *gestion obligatoire* du droit de reprographie, celle-ci se ravisa⁷².

2. Rapport exclusif du monopole légal

76. Le *copyright* n'est pas un « *droit d'auteur anglo-saxon* » qui ne différerait qu'à la marge de notre propriété littéraire et artistique⁷³; il en diffère *radicalement* par le fait qu'il prend la forme d'un *monopole privé légal* attribué à l'*investisseur-exploitant* pour le rémunérer de son *investissement en travail et en finance*; cette option ne l'amène à reconnaître que le *couple économique* (a).

67. V. RTDcom. 2006-2, n° 31 et s, p. 394.

68. V. *supra*, n° 62.

69. V. *supra*, n° 38.

70. V. *infra*, n° 77.

71. V. Ph. GAUDRAT, reprographie et épuisement : RTDcom. 2014-3, p. 613.

72. Rectifiant le tir : Ph. GAUDRAT, non-épuisement (par remise des supports) : RTDcom. 2019-1, p. 127.

73. *Contra*, M. VIVANT & J.-M. BRUGUIÈRE, droit d'auteur, Dalloz 2009, n° 16.

Cette appréhension fragmentée convient tout à fait aux *réalisations numériques*, lesquelles sont le fruit d'un *travail*, bien plus que d'une *création* (b).

a. Copyright

77. Par le choix mentionné, le *copyright* n'accorde aucune reconnaissance à l'auteur dans sa fonction de *créateur intellectuel*; il ne le prend en considération qu'à la condition qu'il s'investisse dans l'exploitation; autrement dit : sauf à ce qu'il ne se fasse *producteur*. Cette absence de reconnaissance de l'auteur-créateur se traduit par l'inexistence d'un *droit moral*. Le *copyright* n'a, bien sûr, pas le moyen de faire comme si le couple culturel n'existait pas mais, en ne le valorisant pas, il laisse le créateur à *l'extérieur de son épure* et affecte de voir dans les choix de l'amateur un simple *effet du marché*... sauf que, par le truchement du monopole, *il l'interdit!* C'est, par conséquent, en fait, l'exploitant qui impose *son idée de la culture*.

78. Le rejet du *couple créateur-amateurs* en dehors du mécanisme de la réservation induit plusieurs déséquilibres. Pour commencer, le *droit moral* n'a plus aucun ancrage; cela ne veut pas dire qu'il ne puisse pas être *surajouté* ponctuellement à la protection économique un mécanisme « ressemblant » au droit moral (œuvre des arts plastiques, en droit américain). Mais, fondés séparément⁷⁴ et n'étant pas *intégrés à la protection légale*, ces mécanismes rigoureusement opportunistes ne valent pas pour toutes les *créations* (dont le concept n'est, de toutes façons, pas défini de manière à le distinguer

74. Par exemple, le *right of publicity* fondé sur la responsabilité.

franchement du *travail*⁷⁵). En second lieu, les *contrats de création* restant à l'extérieur du mécanisme réservataire, puisque le créateur en est exclu, tous leurs fruits appartiennent, par application du droit commun, à l'investisseur (*works made for hire*). En troisième lieu, la *communication au public*, synthétisée depuis le rapport Baudin de 1793 comme le critère de mise en œuvre de la propriété, est exclue de l'économie du monopole qui n'en a plus rien à faire. Cette législation ignore donc les « limites » de *copie privée* et de *cercle de famille*.

79. La « copie privée » y devient une *exception* parce que la législation de *copyright* ne prend en compte qu'un seul acte : la *fixation*. D'abord, celle que réalise nécessairement le créateur lorsqu'il *réalise* sa création (USCA art.102-a ou art. 9 Loi du Royaume-Uni) ; elle contribue à définir la création protégeable mais *ne confère pas le monopole*. Ensuite, celle que réalise l'exploitant qui, elle, *fait naître le monopole*. Et, enfin, celle que *réalise dans sa sphère privée* le consommateur *pour échapper* aux exigences du *copyright owner* ; la copie privée apparaît donc bien comme une *exception* au monopole, d'autant plus libéralement accordée par le juge (*fair use*) qu'elle permet aux consommateurs d'échapper à l'anomalie d'un *monopole légal*⁷⁶.

80. Ainsi, ne retenant que le seul *couple économique*, le *copyright* est incontestablement *beaucoup plus simple* mais au prix d'une *importante perte de sens*. Le consommateur étant partie prenante au couple économique, les *lobbies de consommateurs* ont toujours joué un rôle très actif dans la

75. *Originality*, pour semer la confusion, est définie comme *sweat of the brow* ou *skill and labour*, c'est-à-dire très exactement comme *huile de coude* ou *travail habile*. Aucune référence n'est faite à *l'empreinte de personnalité* qui introduit un *hiatus qualitatif*.

76. En *copyright*, c'est au juge, protecteur des libertés, qu'il revient d'*accorder l'exception* ; en propriété, c'est le législateur qui définit ses propres *limites et exceptions*.

négociation des réformes du *Copyright Act* pour faire contrepoids aux *lobbies de copyrights owners* (éditeurs, producteurs). Dans ce contexte particulier, leur intervention est un gage de démocratie; alors que chez nous, l'intérêt des amateurs se confondant avec *l'intérêt général* des citoyens, toute intervention d'un *lobby* défendant un intérêt particulier (*lobby* d'éditeur ou de producteur) est perturbateur de l'équilibre qu'il revient au Parlement de ménager dans la sérénité.

81. L'intervention du *lobby des consommateurs* fut même sur le point de faire capoter le *Digital Millenium Act* de 1998 destiné à « adapter le *Copyright Act* au Numérique ». Le Gouvernement ne se tira d'affaire qu'en faisant apparaître son texte comme étant une application du traité OMPI de 1996 auquel il n'était pas permis de résister⁷⁷. La Commission Européenne cherche, à toute force, comme son mentor américain, à faire intervenir dans les processus décisionnels les *lobbies de consommateurs*, mais sans succès⁷⁸. Quant au plan national, ils sont inexistants; sauf en matière de logiciels, car la problématique y est autre : le *couple culturel* n'a aucun titre à intervenir dans le débat...

b. Réalisations numériques

82. Le logiciel, simple *savoir-faire* traduit en fichier et utilisé *automatiquement* grâce à une forme technique (code exécutable) qui n'est

77. V. J.-L. GOUTAL, Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur, *RIDA*, n° 187, 1/2001.

78. Dans chaque « *hearings* » initiés par la Commission Européenne les consommateurs sont représentés et supposés tenir la place du *public*; sauf que le public n'est constitué que d'*amateurs*... d'où l'échec de cette substitution. Au surplus, les consommateurs, défendant des intérêts économiques, sont divisés.

jamais communiquée à un hypothétique *amateur*, ignore complètement la *fonction culturelle*⁷⁹. Le fallacieux *appendice moral* dont il est affublé est privé de tout fondement⁸⁰ car, contrairement aux déclarations légales, le logiciel n'appartient aucunement au genre « *œuvre de l'esprit* »⁸¹; du reste, fait concomitant, les juridictions sont dans l'incapacité d'en caractériser l'*originalité*⁸². C'est la raison pour laquelle sa protection initiale par le US *copyright Act* n'a soulevé aucun problème, ou seulement mineur (question du dépôt des codes sources au *Copyright Office*)⁸³. La seule vraie critique n'a jamais porté que sur la volonté d'assimiler ce *copyright* au *droit d'auteur* aux fins de faire jouer la convention de Berne au profit des logiciels américains⁸⁴. Tant que cette assimilation erronée imposée à l'Europe entière par les États-Unis, à des fins mercantiles, par l'entremise de la Commission Européenne ne sera pas officiellement corrigée, elle produira des effets profondément perturbateurs sur les catégories et sur tout le droit dérivé. Elle fut, d'ailleurs, officieusement neutralisée par la CJUE⁸⁵, mais le divorce entre des textes *mal pensés* et une jurisprudence qui cherche à *les redresser* n'est qu'un pis-aller qui ne peut pas durer.

79. Ce défaut *naturel* de communication est aggravé par un *interdit de décompilation* « sauf à des fins d'interopérabilité »; la communication n'est donc pas seulement *inexistante*, elle est *interdite*. Mais, en vertu d'un double langage, caractéristique du néolibéralisme, la *décompilation* n'apparaît qu'au titre *des exceptions au monopole*... sauf que, pour qu'il y ait une *exception*, il faut d'abord un *interdit* et l'*exception* ne libère rien puisque l'interopérabilité nécessite, pour en juger, la commission de l'infraction...

80. V. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Droit civil du Numérique*, T.1, n° 671 et s.

81. Ce qui montre le bien-fondé du *droit naturel*: quelles que soient les prétentions du législateur, si le *droit positif* affirme qu'à compter du 1^{er} janvier 1992 les chiens seront des chats, il est à craindre que *aussi omnipotent* soit-il dans son monde humain et étatique, il ait quelques difficultés à faire miauler les canidés...

82. V. Ph. GAUDRAT, *Originalité des logiciels : le graal du numérique*, RTDcom. 2020-4, p. 849.

83. V. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *op.cit.* t.1, n° 373.

84. V. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *op.cit.* t.1, n° 246.

85. V. Ph. GAUDRAT, *Originalité des logiciels, op.cit.*

83. On ajoutera, dans la foulée, qu'en dépit du fait qu'un prétendu *droit d'auteur* ait été disposé sur l'*organisation* d'une base de données, à côté d'un *droit sui generis* sur son contenu, aucun *droit moral* n'est prévu pour ce pseudo droit d'auteur⁸⁶ : comment un « droit d'auteur » pourrait-il exister sans son *versant moral*? Ceci est dû au fait que, partant d'une *fausse analogie* avec l'anthologie qui réalise une *vraie création*⁸⁷ en partant de *vraies créations*⁸⁸, les instigateurs de cette législation ont, sans y prêter attention, subrepticement dérapé vers un *pur travail de compilation d'informations*. Or un *pur travail* ne peut pas être *créatif*; quant aux *informations*, même communicables⁸⁹, elles ne font aucune place à la *fonction culturelle* : une architecture de *faits symbolisés*⁹⁰ mais *non créatifs* ne peut en aucun cas constituer une *œuvre de l'esprit*... tout au plus un *work*.

84. La retraite du Pr. Françon, sensiblement concomitante avec l'avènement du logiciel, vit l'épanouissement d'une doctrine montante, aujourd'hui majoritaire, exclusivement issue de la *propriété industrielle* et

86. Dans le texte européen original cela se comprend ; dans la transposition en droit national, en revanche, cela doit s'entendre comme un refus des absurdes dispositions dont fut affublé le logiciel (V. Droit civil du Numérique, T.1, n° 988).

87. Le débat fut serré, en 1957, sur la nature de l'acte de *création dérivée* (V. Droit civil du Numérique, *op.cit.* T.1, n° 883 et s.). Mais ce débat fut balayé, sans autre précaution, par l'interpolation du « ou » à la place du « et » en 1998...

88. L'anthologie part toujours d'*œuvres protégées* et *divulguées*, raison pour laquelle l'autorisation des auteurs choisis est nécessaire quand elles ne sont pas dans le domaine public. Quand elles y sont, ne doit plus être que respecté que le droit moral.

89. Toutes les informations ne sont pas *communicables*; les *informations numériques* (sauf traduction) ne le sont pas. En revanche, celles qui sont l'objet des bases de données et que *révèle l'interface-utilisateur*, le sont; distinction radicale entre information *communicables* et non *communicables* (V. Ph. GAUDRAT, *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTDcom. 2000-4, p. 910 et s; (2^e partie) RTDcom. 2001-1, p. 96 et s.).

90. Les informations sont des *faits* enregistrés sous une *forme symbolique* qui ont d'autant plus de valeur qu'ils sont *dépourvus de subjectivité*; au point que les informations *les plus fiables* sont obtenues par une *machine sans affects* (températures, coordonnées etc.).

du *droit commercial* : elle n'appréhende, conformément à ses origines, que la *fonction économique* et n'est, par conséquent, pas préparée pour saisir l'aveuglement néolibéral qui s'empare de l'Europe...

B. Déséquilibre introduit par l'Europe néolibérale

85. Les traités européens n'instituaient, à l'origine, qu'un « marché commun » : ils auraient, par conséquent, dû proscrire tous les *monopoles privés*⁹¹ et ne laisser, au pire, survivre que les *monopoles publics* lesquels, du moins, produisant effet à l'égard de tous sans discrimination⁹², *n'introduisaient pas de distorsions* quoiqu'ils fussent contraires à la concurrence. Sauf que, ne voulant pas bousculer complètement un ordre établi depuis un siècle et demi, ils postulèrent⁹³ qu'ils permettraient de contrôler l'*exercice* des droits mais non leur *existence*. Ces textes majeurs, qui allaient fonder un *ordre économique* (et plus) pour les siècles à venir, s'interdisaient de remettre en cause les droits disparates consentis par les États accordant des *monopoles privés légaux*.

86. L'article 30 CEE, en effet, interdisait les *restrictions quantitatives* à l'importation et toute mesure d'effet équivalent, mais l'article 36 disposait que « les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne faisaient pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons « de protection de la propriété industrielle et

91. Qui *interdisaient* ponctuellement le marché.

92. À condition d'être étendus à la Communauté entière.

93. Reprenant par-là une formule du Conseil Français de la Concurrence, institué au sortir de la 2^e guerre mondiale.

commerciale »⁹⁴. Rien de semblable n'étant disposé pour la *propriété littéraire et artistique*, les rédacteurs avaient donc bien conscience de ce que seule la « propriété industrielle » était susceptible, par son *monopole privé*, de faire échec à la concurrence ; la propriété littéraire, à l'inverse, ne menaçait *jamais* la concurrence. Pourtant, le texte interdisait que les institutions européennes fissent entrave à ces restrictions décidées par les États.

87. Faisant usage de cette faculté, le Royaume Uni, dès son entrée dans le Marché Commun, s'opposa à la directive en gestation pour l'harmonisation de la *concurrence déloyale* dans la CEE. Pour construire une *économie de marché* harmonisée et pérenne il fallait pourtant que les législations eussent reçu un *objectif commun* afin que, chacune, en respectant la logique de son droit national, mît en œuvre les mêmes buts. Il avait été choisi, en cette occasion, d'aligner les droits nationaux sur la formule renforcée du droit allemand ; d'où la maîtrise d'œuvre confiée au Pr. Ulmer.

88. Mais il se trouvait que le Royaume-Uni ignorait *l'unfair competition* : la concurrence, sur son territoire, était soit *licite* (fair), soit *interdite* par l'un des *monopoles privés* qu'il tenait de sa féodalité structurelle⁹⁵ non remise en cause par une révolution (Copyright, Patents, Designs). En faisant échouer ladite directive et en poussant, à la place d'une concurrence déloyale harmonisée, ces *monopoles privés* contraires à *l'économie de marché* (mais non aux Traités),

94. La Communauté Économique s'interdisait d'intervenir dans la politique juridique des États-membres ; selon la formule en vigueur, la Cour de Justice n'avait reçu pouvoir que d'intervenir sur l'*exercice* mais non sur l'*existence* des droits.

95. Le titre de Lord donne droit à siéger dans une chambre dédiée du Parlement à *vie* et la propriété foncière est encore caractéristique d'une société à ordres : il n'est pas possible d'acheter en pleine propriété (selon notre conception) à Londres : le foncier appartient soit à un Lord, soit à la Couronne ; on ne peut y acquérir qu'un bail emphytéotique de longue durée.

le Royaume-Uni amplifiait, dès son intégration, le germe du *néolibéralisme*⁹⁶ qui devait être fatal à l'Europe. À l'époque, cette accélération de l'histoire, parce que non contraire aux traités, passa inaperçue. Ce fut pourtant le *point de départ* d'un dérapage qui, toujours accentué par diverses péripéties, devait conduire à une *dénaturation complète* du projet européen, laquelle pousse aujourd'hui les peuples à se dresser de plus en plus ouvertement contre lui. Nous allons brièvement remonter le fil de cette histoire récente (1°) et les espoirs que l'on peut formuler pour le futur (2°).

1. Histoire récente

89. L'histoire récente combine, à la fois, un *glissement institutionnel* (sur le plan communautaire) (a) et des *dérapages conceptuels* (sur le plan national) (b).

96. Le *libéralisme historique*, issu de la Révolution française, *exclut tous les monopoles* et ne reconnaît que les *propriétés de droit naturel*, lesquelles, n'altérant pas la libre-concurrence (considérée comme un *droit fondamental*) sont regardées comme des droits de l'Homme. La seule limite assignée à cette libre-concurrence est la *concurrence déloyale*, autrement dit la *faute* dans le jeu concurrentiel. Ces propriétés n'ont, elles-mêmes, lieu d'être limitées que par un autre droit de l'Homme (liberté d'expression etc.). Sur cette distinction, V. Ph. GAUDRAT : « le *bien intellectuel* : entre propriété et monopole » in *Mélanges Corneliu Birsan*, Bucarest, à *paraître*. Mais le « néolibéralisme » (comme son nom *ne l'indique pas*) est une *réaction* au libéralisme historique; celle-ci commença, en France, avec la restauration orléaniste et Renouard qui voulait donner la première place aux *monopoles privés* (par imitation des pays anglo-saxons). Ce comportement *contre-révolutionnaire* induit un glissement du rôle de l'État : l'État français (État-providence) est accepté car il coordonne et *redistribue* la richesse entre des citoyens présumés *bons pères de famille*. L'État anglo-saxon, Thatcherien et néolibéral est *autoritaire* (et donc contesté) car il doit imposer à des citoyens, assimilés à des *consommateurs*, comptables de leur avoir, la captation, au profit de quelques-uns, de la *chose commune*. Par réaction, on voit simultanément se développer, dans le monde anglo-saxon, des solutions cherchant à libérer le public de ces *abus de monopole* : ce sont les « *commons* ». Ils partent tous de l'expérience du *copyleft*, lequel retourne le *copyright* sur un logiciel contre lui-même; ils limitent ainsi les abus qui résultent d'un *monopole joint au secret*. Malheureusement, ce que l'on ne semble pas voir c'est que ces *commons* s'opposent en même temps à la propriété, laquelle, par le truchement de ses *propres limites et exceptions*, intégrait déjà l'*espace de liberté* que réclame le public. Oubliant (sinon reniant) cet équilibre traditionnel, on ajoute cette couche d'*exception aux monopoles*, aux *limites naturelles que connaissait déjà la propriété* (V. Dictionnaire des Communs) de sorte qu'il n'en reste plus grand-chose.

a. Glissement institutionnel

90. Un mécanisme de *pure harmonisation législative*, qui plaçait en dehors du *pot commun* les grands *équilibres juridiques* dont faisait partie la *propriété* (et donc sa variante *intellectuelle*) allait de pair avec le projet initial de simple *coopération économique* entre États. La propriété faisait partie d'une compétence réservée des États. Cette nature de la CEE n'était, certes, guère favorable à la propriété littéraire et artistique car elle prédisposait l'institution à ne gérer que la *fonction économique* tout en laissant de côté la *fonction culturelle*; mais, sauf modification du *statu quo*, celui-ci laissait globalement *hors du champ* du Traité de Rome, la propriété littéraire et artistique.

91. Sauf que, ce *statu quo* fut, un jour, modifié sur *injonction américaine*, amenant *de facto* la Commission Européenne (puisqu'il est elle qui propose les législations) à intervenir dans le champ de la propriété littéraire et artistique. Ce fait majeur remonte à la directive (CE) 87/54 relative aux « produits semi-conducteurs » du 16 décembre 1986. La Commission assura son adoption en réponse au diktat américain du *Chips Act* : les États-Unis avaient refusé la protection des *masques* nécessaires à la fabrication des topographies par *copyright* (laquelle eut été possible⁹⁷) pour éviter que la Convention de Berne, dont ils avaient forcé l'application dans le cas des logiciels, ne permît à des États tiers, membres de l'Union, de demander la réciprocité automatique des protections⁹⁸. À la place, ils optèrent pour une *loi spéciale* et imposèrent à

97. Leur production ne met en évidence aucune création, mais ce fait est *contingent* : le *copyright*, en tant que monopole, permet la réservation d'un *simple travail*.

98. Ce qui ne les empêcha pas d'introduire les dispositions relatives aux masques dans le *Copyright Act*.

tous les États du monde qui voulaient voir leurs topographies protégées aux USA d'adopter une loi au contenu similaire dans un délai de deux ans; le Secrétariat d'État au Commerce se réservait d'apprécier la conformité de la loi-candidate au modèle américain.

92. La Commission Européenne, dans le but de ménager les intérêts des États-membres, fit adopter par le Parlement une directive conforme à la loi-étalon. Elle avait fait le pari que le texte serait directement évalué par le Secrétariat d'État du fait qu'elle avait transgressé le principe de *l'harmonisation* en imposant la *solution* à la place du simple *objectif* afin que la réponse fût tout à fait uniforme; bref, elle avait franchi le pas de la *directive réglementaire*, fortement critiquée par les spécialistes du Droit européen⁹⁹. Sauf que, comme on pouvait s'y attendre, le Secrétariat d'État considéra que sa violation du Traité de Rome ne le concernait pas : il n'accepta d'évaluer que les *lois nationales* de transformation¹⁰⁰.

93. Il en résulta que la Commission avait, officiellement et *avec l'aval des États membres*, adopté une directive qui dictait les grandes lignes du régime de protection d'un objet de *propriété industrielle*. Il fut donc acté par l'institution que les États-membres lui avaient *transféré* la compétence pour légiférer en matière de *propriété industrielle*. *Stricto sensu*, ce transfert de compétence ne concernait que les *monopoles*; mais, comme ceux-ci relevaient de l'*exception nationale* à laquelle l'ordre communautaire s'était expressément interdit de

99. V. J. BOULOUIS, Droit institutionnel des communautés européennes, Montchrestien, 2^e éd., 1990, p. 197.

100. V. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, droit civil du Numérique, T.1, n° 770.

toucher, toute distinction avec la *propriété* devenait illusoire. La doctrine étant indifférente à la distinction, l'empiètement se généralisa.

94. Il fut conclu par l'institution que ce transfert valait pour la propriété « dite intellectuelle » tout entière, laquelle n'était, en l'état, nullement unifiée ; mais elle s'employa à la *fusionner* méthodiquement. En 1991, elle fit adopter, sous le prétexte d'une *urgence technologique* (qui faisait écho aux topographies), la directive consacrée aux logiciels (91/250/CEE) ; en 1996, elle fit adopter la directive 96/9 sur les bases de données qui combinait un *monopole* (droit *sui generis*) à une *propriété intellectuelle* si mal conçue qu'elle était inutilisable (droit d'auteur)¹⁰¹ ; et, le 22 mai 2001, elle poussa une directive transversale sur la « société de l'information » qui tirait les conséquences des directives précédentes pour fusionner la *propriété* avec les *monopoles* sous prétexte de tout autre chose mais toujours sous supervision américaine...

95. À compter de cette dérive institutionnelle, il devenait inévitable d'admettre que la Commission s'était approprié la compétence pour gérer le droit d'auteur classique et pour le diviser (si tel était son bon plaisir) afin d'en faire un monopole (*éventuellement* gratifié de petits appendices moraux si la fantaisie lui en venait) : ce qu'elle ne manqua pas de faire. On voit se dessiner l'*inexorable enchaînement* conduisant à l'abandon de l'*ordre libéral* hérité de la Révolution Française en échange d'un *ordre néolibéral*, né dans les années 30 du xx^e siècle aux États-Unis de l'école de Chicago, dissimulé derrière la complexité du système décisionnel, la prolixité du droit dérivé et

101. V. *supra*, n° 82 et s. ; *adde*, Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, Droit civil du Numérique, T.1, n° 792 et s.

l'ambiguïté des textes fondateurs. Il prône, entre autres, la privatisation de la chose publique¹⁰², la non-distinction public-privé¹⁰³.

b. Dérapages conceptuels

96. En 1985, à l'occasion de la loi Lang¹⁰⁴, fut introduit de manière inconsidérée, en droit français de la propriété littéraire et artistique, un *pur monopole* : celui du *producteur de phonogramme*. Ce faux pas fut imposé par la ratification de la convention de Rome¹⁰⁵ laquelle associait en un même « deal » le nécessaire *droit de l'interprète à l'inutile monopole légal* du producteur, caractéristique du *copyright*. En effet, *cessionnaire* (généralement *exclusif*), ce dernier disposait déjà de l'autorisation, voire du monopole *contractuel*, requis

102. Ce trait, qui entraîne la disparition des *services publics*, grand facteur *d'égalité*, tiendrait à ce que, d'après Friedman et son École, la *gestion privée* de la ressource commune serait intrinsèquement supérieure à la *gestion publique*; ce n'est évidemment qu'un argument de propagande en faveur d'un capitalisme décomplexé qui connut son époque de gloire à l'époque de Reagan-Thatcher; les pays de l'ex-bloc communiste, passant subitement d'une économie strictement planifiée à une économie de marché, privatisèrent scrupuleusement en bradant les propriétés publiques à des oligarques : on voit le résultat. C'est malheureusement devenu une doctrine de la Commission, qui démantèle les *monopoles publics* servant de base aux *services publics*, pourtant si *nécessaires* à la collectivité, parce que, à l'époque où Thatcher dirigeait le Royaume-Uni, le socialiste J. Delors ne sut pas faire obstacle à cette pensée féodale. On voit aujourd'hui le résultat avec la privatisation du marché de l'énergie et celui qui vient, de l'eau...

103. Aussi bien la distinction fondamentale sur laquelle repose l'ordre juridique français (mais non l'anglo-saxon) entre *droit public* et *droit privé*, que des allers-retours entre *fonction publique* (où l'on acquiert l'entregent) et *secteur privé* (ou l'on acquiert l'argent); on prendra pour exemples MM. Barroso ou Lamy qui passèrent de la Commission européenne à la banque américaine Goldman Sachs et à l'OMC ou MM. Schröder et Fillon qui, à l'échelon national, passèrent de la vie politique à des entreprises russes etc.

104. Loi portée par un ministre socialiste en même temps qu'à la Commission le président Delors patronnait les dérives de l'institution. Il n'est pas exclu que ces demi-trahisons, ressenties plus qu'analysées, se paient aujourd'hui dans les urnes : ce parti, censé protéger des dérives du capitalisme (que les Français n'apprécient qu'avec modération) laissa s'instaurer, tant au plan national que communautaire, la plus accomplie de toutes : le néolibéralisme!...

105. Qui *entra en vigueur* en 1987 sous présidence de F. Mitterrand.

pour exploiter¹⁰⁶. Qui plus est, le *droit de l'interprète* était, en droit interne, en voie de reconnaissance autonome : la ratification de cette Convention n'était nullement nécessaire. Signe que la campagne des producteurs américains pour prendre pied en droit français avait fait son office, le législateur français étendit le monopole des *producteurs de phonogrammes* aux *producteurs de vidéogrammes* ! La Commission Européenne, voyant que l'inclusion de ces monopoles *privés et légaux* avait été conduite par l'État qui, logiquement, avait le plus de raison d'y résister, emboîta le pas.

97. En 1985, fut également introduit de manière indépendante comme un effet du *lobbying international* (représenté, en France, par des juristes de deuxième choix) un *droit d'auteur sur le logiciel*¹⁰⁷. Celui-ci chercha son *impossible chemin* en qualité de droit *sui generis* ou *droit supposé voisin* du droit d'auteur, pendant six ans¹⁰⁸ ; puis la Commission qui avait entre-temps mûri son projet abattit ses cartes, en 1991 : forte de l'acquis institutionnel de la directive topographie, elle imposa, dans sa nouvelle directive, la protection du logiciel par un *copyright*¹⁰⁹ (bien sûr, dépourvu de dimension morale) « qui devait néanmoins être *impérativement* considéré comme un *droit d'auteur au sens de la Convention de Berne* ». Et ce, pour seulement assurer la protection

106. V. Ph. GAUDRAT et M. VIVANT, in *Propriété intellectuelle et mondialisation, sous la dir. de M. VIVANT, Marchandisation*, p. 31.

107. C'était en fait le résultat d'une confusion, très commune à l'époque, entre *droit d'auteur* et *copyright* : les Américains ayant ajouté un *Software Act* à leur *Copyright Act* (en 1980), il était, par conséquent, dans l'ordre des choses que nous intégrions le logiciel dans le droit d'auteur ; tel était du moins le discours du *lobby* informatique dans le dessein de faire jouer efficacement la Convention de Berne au profit des Américains.

108. V. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Droit civil du Numérique, op.cit.* T. 1, n° 282 et s.

109. Il ne comportait aucun droit moral (ce qui était heureux) mais comportait un *monopole de reproduction* (« droit d'autoriser et d'interdire ») *provisoire* et *permanente*, dans la plus pure tradition.

des *logiciels américains* en Europe, non celle des *logiciels européens* aux États-Unis comme l'avait prétendu le *lobby informatique* pour faciliter la reddition étatique, notamment française¹¹⁰. Cette manipulation téléguidée contrevenait à tous les principes¹¹¹.

98. Pendant ce temps, avançait le rouleau compresseur législatif aux États-Unis qui accoucha finalement du Digital Millenium Copyright Act, en 1998, tentant de mettre un terme aux défis du numérique (ignorés du droit d'auteur). Et, pour imposer une suite européenne à cette législation, les États-Unis firent adopter les traités OMPI de 1996. C'est alors que la Commission Européenne s'engagea dans l'adoption de la directive du 22 mai 2001 sur la « société de l'information ». À compter de ce moment, le droit d'auteur, pris en étau entre les *droits voisins économiques* (des *producteurs* de phonogrammes et de vidéogrammes mais aussi des producteurs de *bases de données*) et le *copyright* sur le logiciel, soumis au laminage de la directive sur « la société de l'information », se trouva en bien sombre posture; d'autant plus que les Anglais avaient, entre-temps, imposé leur langue, pour soi-disant faciliter les négociations avec les pays de l'Est, auxquels s'était ouverte la Communauté sous la pression de l'Administration Clinton. Or il est évident que tous les *concepts fondateurs* d'un Droit sont inclus dans les *mots de la langue* qui le

110. V. A. BERTRAND, « La protection des progiciels! Doivent-ils être étrangers pour bénéficier de la protection du droit d'auteur? » : Expertises, nov. 1983, p. 239.

111. V. Ph. GAUDRAT, Europe des logiciels : au menu, P.L.A. du chef à la mode bruxelloise, RDIT — 1989/2, p. 64 à 76; 1989/3, p. 58 à 63. Non seulement cette directive reprenait le format des *directives réglementaires* imposée avec l'aide des États-Unis pour les topographies de semi-conducteurs, mais elle contrevenait à la distinction entre monopole et propriété, sur laquelle repose le droit français depuis la Révolution (et de *manière symétrique*, du reste, le droit américain) ainsi que, par voie de conséquence, la division entre *propriété littéraire et artistique* et *propriété industrielle*.

véhicule. Tout peut être traduit... sauf les *concepts* et *tournures idiomatiques*; or la propriété intellectuelle est un domaine où ils sont légion¹¹².

99. À partir de la directive de 2001, la Commission tint, sans vergogne, le langage du *monopole* « en *droit d'auteur* ». Elle répète à longueur de textes que les créations doivent être « *protégées avec un haut niveau d'exigence*, pour que les exploitants *puissent rémunérer les créateurs* ». En d'autres termes : il faut sanctionner toujours plus sévèrement, par la contrefaçon, les *violations du monopole* dont elle gratifie l'« *industrie culturelle* »¹¹³ afin que les exploitants fassent toujours plus de profits pour qu'ils *puissent rémunérer les créateurs* (comme s'il y avait un rapport!...). N'apparaît plus, dans les directives, qu'un « *droit à une rémunération appropriée* » des créateurs (considérés comme des *travailleurs* de la culture) à la place de la *propriété historique* qui leur assurait la plus *juste des rémunérations* mais disparaît complètement des textes.

100. Pour finir, la « philosophie » que nourrit la Commission Européenne, pour le jour où elle *décidera d'harmoniser le droit moral* à l'échelle européenne, nous est révélée par de précieux commentaires qui fit suite au *Livre Vert relatif au droit d'auteur* : « *le droit moral de l'auteur tel qu'il sera harmonisé à l'échelle communautaire, ne sera pas entièrement centré sur la personne de l'auteur puisqu'il devra servir aussi les intérêts des consommateurs* »¹¹⁴. C'est, en gros, un excellent résumé de tout ce que l'on

112. Par exemple, les termes de *work*, *originality*, *creation*, *fixation*, *property* etc. dont les sens s'opposent à ceux d'*œuvre*, *originalité*, *création*, *droit moral*, *propriété* en dépit d'une apparence entièrement trompeuse. Le terme de *droit de divulgation* est intraduisible (le *right of disclosure*, n'a rien à voir) et même celui de *contrefaçon* revêt des sens opposés : dans un cas, il désigne les *violations de la propriété* (qui n'atteint pas à la concurrence); dans l'autre, il désigne les *violations du monopole* (qui interdit le marché)!

113. Comprendre : les seuls *producteurs* en tous genres.

114. V. communication sur le suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'information, 15 nov. 1996 : Com. 1996, 568/3, p. 27.

aurait souhaité *ne pas voir écrit* : si la Commission condescend un jour à *harmoniser* le droit moral celui-ci devra, d'abord, se *détacher de la personne de l'auteur* car, ensuite, sa finalité sera d'être *au service du consommateur*! Mais comment pourrait-il se détacher de l'auteur, puisque sa fonction est de protéger *l'empreinte de personnalité* qu'il dépose dans la forme intelligible de la création? Le consommateur remplaçant complètement l'amateur, ce mécanisme juridique indigent sera entièrement issu de la *fonction économique*¹¹⁵ : autrement dit, ce sera une *contrefaçon de droit moral*... *Le livre blanc sur la Propriété Intellectuelles*¹¹⁶, récemment publié sous la direction du professeur Binctin par la section française de *l'International Law Association*, va au-devant de chacune des attentes de la Commission¹¹⁷.

2. Raisons d'espérer

101. Heureusement, dans ce contexte déprimant, la Cour de Justice dont les procédures sont encore parfois tenues en Français¹¹⁸ tente, sur les textes *dysfonctionnels* proposés par la Commission (en Anglais) et votés par le Parlement, d'introduire un raisonnement qui ait encore un lien avec la (vraie) propriété littéraire et artistique. Tel fut le cas d'une série d'arrêts, incluant

115. Le *droit au respect* de la création dérivera vers une *tromperie sur la marchandise*, le *droit au respect du nom* dérivera vers une *usurpation de nom commercial ou de marque*; le *droit de repentir et de retrait* n'aura plus aucun fondement; quant au *droit de divulgation* il fera double emploi avec le monopole de *mise sur le marché*...

116. Terme employé à contre-sens puisque, toutes branches confondues, ladite propriété, supposée unitaire, n'est appréhendée que comme une seule manifestation d'un *monopole légal*...

117. Ce projet semble être la validation, par quelques collègues *copyrightophiles*, de la partie du travail commandé en 2016 par l'association Capitant aux fins de codifier le *droit européen des affaires*, à laquelle l'auteur résume la « propriété intellectuelle ».

118. Exemple, *aff. Brompton* qui reconnaît la nature *intelligible* de l'œuvre : au point 34, il invite la juridiction de renvoi « à déterminer si, à travers ce choix de la *forme du produit*, son auteur a exprimé sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et a modelé le produit de sorte qu'il reflète sa personnalité ».

l'arrêt Painer¹¹⁹, qui réintroduisit une notion fondamentale du droit d'auteur : celle qui distingue la *création* (caractérisée par une *empreinte de personnalité*) du *travail* (dont les acteurs sont interchangeables, sous réserve de compétence équivalente); idée qui conduit directement au *droit moral* que cherche à éradiquer la Commission.

102. Cette opposition des deux institutions majeures de l'Union Européenne¹²⁰ – le Parlement supposé représenter 27 États-membres ne peut fatalement avoir qu'un rôle moindre — ainsi que la sortie du Royaume-Uni de l'Union, depuis le 1^{er} janvier 2021, donne de *raisonnables raisons* d'espérer un changement de cap de la Commission Européenne sous la pression *sourde et incontrôlable* des peuples : il n'est pas certain que dans le face-à-face *indirect* qui se construit *politiquement* aux divers niveaux nationaux entre l'*Union Européenne* et *des peuples* qui montrent des signes de plus en plus évidents de *défiance*¹²¹ voire, maintenant, de *résistance*, les *technocrates* de la Commission, protégés par une bulle institutionnelle qui les rend plus indépendants des États membres que des États-Unis, aient le dernier mot...

103. CONCLUSION : la Commission a voulu transgresser la limite que les traités fondateurs assignaient à son action par l'innovation de la *directive réglementaire*. Il faut maintenant qu'elle aille jusqu'au bout de son choix et qu'elle intègre la

119. CJUE, 3^e ch. 1^{er} déc. 2011, C-145/10; depuis, trois arrêts ont réaffirmé « l'empreinte de la personnalité » à travers la formule « une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs » : ce sont les arrêts *Renckhoff* du 7 août 2018, C161/17, *Cofemel* du 12 sept. 2019 C-683/17, JCP E, 2019. 1590, obs. A. PORTRON et *Brompton* du 11 juin 2020 C-833/18, JCP E, 2020. 1385, obs. A. PORTRON et JCP E 2021. 1067, note A. PORTRON. Depuis, TUE et CJUE citent la décision *Brompton* comme arrêt de principe sur l'originalité.

120. Pour une nouvelle illustration, V. Ph. GAUDRAT, CJUE, 3 juin 2021 : le monopole légal privé recadré, RTDcom, à paraître.

121. La « constitution européenne » fut rejetée en grande partie parce qu'elle mélangeait des questions de droit fondamental avec du droit économique et qu'elle transmettait tout le contentieux de droit économique.

dimension *véritablement culturelle* de la propriété intellectuelle. Il n'est plus temps de tergiverser : elle doit changer *complètement* de pied; c'est moins l'Union *tout entière* qui doit se réformer, que la Commission qui doit revoir la direction qu'elle imprime à l'Union depuis les années quatre-vingt : la mauvaise nouvelle est qu'il va falloir *changer la culture* d'une institution (ce qui est toujours très difficile); mais la bonne nouvelle, c'est que le coût institutionnel de cette réforme *sera nul!*

104. Le *droit moral* est certes une conséquence de la propriété intellectuelle telle que née en France et telle que véhiculée par la langue française, mais ce n'est, bien sûr, pas pour cette raison qu'il doit être remis au cœur de la propriété intellectuelle européenne par la Commission; c'est uniquement parce que c'est le *seul système universaliste* qui donne *toute sa place à la Culture*, à *toutes les cultures européennes* sur un *pied d'égalité*, ainsi que le souhaitent sincèrement *tous les peuples européens* (à la place de la seule culture anglo-saxonne). Maintenant que le Royaume-Uni n'est plus membre de l'Union, il faut que la Commission s'affranchisse de cette *pensée unique* qui étouffe le monde (*a minima* occidental). Plus on persiste dans la voie contraire, plus les peuples européens se *radicaliseront* contre un capitalisme étriqué qui promet des *monopoles privés* lesquels préparent un retour des conditions favorables à une Révolution ou à de nouvelles guerres entre des nations se recroquevillant sur elles-mêmes sous la houlette de partis d'extrême-droite; ce qui est à l'opposé du grand et beau projet européen.

105. Ce que cherche à faire oublier tout ce *droit positif*, artificiel et arbitraire, c'est le *droit naturel* que *découvrit* la Révolution française¹²²; autrement dit, ces

122. Les *Déclarations* souscrivent à l'idée qu'ils *préexistent* de tout temps et n'attendent que la plume qui les rendra manifestes, ce qui est le propre de la *découverte*.

règles universelles qui s'imposent d'elles-mêmes tant leur *justice* et leur *justesse* sont évidente. Elles constituent le socle des Droits de l'Homme dits aussi, pour cette raison, *droits fondamentaux*. Le droit positif peut s'y conformer¹²³ (il le devrait!) ou les désavouer¹²⁴ (il devrait s'en abstenir). En l'état, l'Union Européenne n'est qu'une *dictature du consommateur* : elle ne promet que des *valeurs économiques* : libre-circulation des biens, des personnes et des capitaux. Il faut par-dessus tout veiller à ce que l'Europe politique ne se fasse pas dans l'unique but de rendre cette dictature *indépassable*¹²⁵. Malheureusement on banalise, depuis peu, les Droits de l'Homme en substituant à l'expression historique la traduction de l'Anglais *human rights*. Mais, par définition, *tous les droits sont exclusivement humains*¹²⁶. La formule historique, transcendant le genre¹²⁷, voulait ignorer les manipulations auxquelles ils sont exposés du fait que, précisément, ils sont *fondamentaux* : quand le Droit prend l'Homme *dépouillé de toute appartenance* (de genre, d'ethnie ou de religion) pour sujet d'étude et de droits¹²⁸, il se rapproche de l'universalisme auquel voulait atteindre Aristote quand il compilait les constitutions de toutes les cités grecques pour en abstraire un *droit idéal*...

123. Comme la loi du 11 mars 1957.

124. Comme toute la *propriété industrielle* ou le *copyright* et donc le droit communautaire de la *propriété intellectuelle*.

125. Vers quoi glissait la soi-disant « constitution européenne », sagement rejetée par les peuples.

126. Tous *les droits* sont issus d'un cerveau humain pour la satisfaction d'un besoin humain ; raison pour laquelle ils ignorent les animaux, pourtant colocataires de la même Planète...

127. Il va de soi que les Droits de l'Homme (avec une majuscule) ne sont pas les droits du seul « *macho* », *vir* à la place d'*Homo*...

128. Il y a peu de Droits de l'Homme : droit à la vie, droit d'avoir un *minimum* de biens, droit à s'exprimer librement, droit à être équitablement jugé, droit à avoir la religion de son choix... Les *droits de l'homme musulmans* ne sont déjà plus des droits de l'homme puisque, dans leur titre même, ils indiquent une appartenance. Il faut une grande rigueur dans leur définition pour ne pas faire passer un *droit au service d'une catégorie humaine* pour un *droit universel*.

**THE LEGAL CONSTRUCTION OF THE AUTHOR AT THE
SERVICE OF THE WORK?**

(LATE 19TH – EARLY 20ST CENTURY)



OLGA EVSEEVA

Doctoral researcher

Paris 2 University (Panthéon-Assas)

The years 1880–1920 were a period of democratisation and commercialisation of culture. The early 20th century was the starting point for what would later be called “mass culture” and the “cultural industries”. With the advent of capitalism, new cultural industries emerged, where creators served Mammon and public access to culture and the diversity of works available to suit all tastes grew, all while new international markets were opening up in the cultural arena. These were all key features of this period.

In this context, the creation of cultural value became an increasingly complex and industrialised affair. In an increasingly competitive environment,

works no longer had any value in themselves. Instead, their value was derived from their economic and cultural utility. Their usefulness was defined by the activity surrounding a work. This was why, in order to both have value and be competitive, works had to be part and parcel of an activity that endowed them with value, while also ensuring their financing, visibility, quality and competitiveness. It was this activity that determined value. Works had value because of this activity. The value of a work was determined by its commercialisation. To be converted into something of value, works were allocated to the activity of a person with sufficient resources and status to commercialise them effectively.

Over this period, the exploitation of creative works gained progressively in importance and required ever more resources. In many cases the *very creation* of a work was from the start initiated, led and commissioned by those who would go on to commercialise the work. Commercial users bore all the risks and costs relating to the production and distribution of the work. This was in sharp contrast to creative practice during the previous period, when a work was first created and then commercialised.

Given these circumstances, the relations of production of cultural value also changed. Creative artists working in an isolated manner became much scarcer than previously. The number of people involved in the creative process increased considerably and many works were created in collaboration, in a team and/or within a company. Companies had a particular interest in taking part in creating value for works. As well as the value created, their performance and competitiveness were boosted.

While the creation of cultural value generated profits for producers and/or commercial users, it also required substantial investment. And there was no guaranteed return on investment because the risks involved were significantly higher. One risk was counterfeit, increasingly prevalent as cooperation and competitiveness grew internationally. It became necessary to ensure the legal certainty of commercialisation for all whose activities involved using cultural products. How else to ensure free and quiet use and protect those commercialising works against copyright infringement? Their legal position needed to be strengthened through the mechanism of ownership of rights. The difficulty was that under copyright law in the mid-19th century, the creator, the author of the work, was the rightholder.

In the mid-19th century, copyright law in many countries focused more on the figure of the effective creator of the work, not just as its author but also as its owner or rightholder. The emphasis was on initial ownership by creators and this was also the norm for works created by employees. At the time, neither the commissioning contract nor the contract for hire attracted much attention.¹ In the mid-19th century, the figure of the producer or commercial user was all but unheard of. Cases where the author and/or owner of a work was assumed to be someone other than its creator were rare. Recognising the

1. Fisk speaks of “the independence guaranteed by intellectual property ownership that courts had guarded for creative employees in the nineteenth century”, Fisk, C. L. *Working knowledge: employee innovation and the rise of corporate intellectual property, 1800-1930*, University of North Carolina Press, 2009, p. 9. See also Oren Bracha, *The ideology of authorship revisited: Authors, markets, and liberal values in early American copyright*. Yale LJ, 2008, vol. 118, p. 186 et seq: “direct challenges to the ownership of creators by employers or persons who commissioned their work hardly arrived to the courts”, p. 251.

creator as author and rightholder was the rule and exceptions were few and far between.²

However, despite the importance of creators as authors and owners, conceptualisation of authorship in the mid-19th century was underdeveloped and remained limited to its pecuniary aspects. Moral rights, particularly the right to claim authorship, were not sharply defined in practice. Copyright in a work and ownership of the material object were not yet clearly differentiated. There was also no clear distinction between “author” and “rightholder” as the mechanism for transferring rights was still at a primitive stage of development.

Copyright law at the end of the 19th century was therefore inadequate to meet the new economic and technological challenges. Ownership of rights needed to be vested in commercial users. But vesting rights in commercial users was to shake the very concept of authorship.

This re-structuring of the concept of authorship was common to many countries in the years 1880–1920. For example, western European countries, Great Britain and the United States of America, as well as Russia (with some reservations), were all affected by the same challenges of advancing capitalism and the cultural and social mutations that came with it. While the trend was more marked in “industrialised” nations than in countries that were still “agricultural”, all felt the need to revisit the legal principles underlying authors’

2. Collective works were an exception, as were cases where the State or other legal entities were recognised as authors (owners) of works. Even with collective works, creators retained some rights over their work. See Blanc, É., *Traité de la contrefaçon en tous genres, et de sa poursuite en justice*, 1855, p. 35.

rights. The main topics for discussion were the same all over, especially as there was as yet no clear differentiation between *droit d'auteur* [authors' rights] and copyright (this distinction came about later). In Berne Union member states, discussions were backed up and guided by the initial steps taken by the Berne Convention and *Le Droit d'Auteur*³ (a monthly publication of the international bureau of the Berne Union).⁴ France and Germany exercised particular influence and were extremely active, often setting the agenda for discussions and even having the final word in debates. Furthermore, the development of authors' rights in France and Germany led the way for other countries.⁵ The Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) was also a highly important transnational actor. Founded in 1878, it was involved in preparing international conferences and in drafting legal instruments to improve protection of authors' rights.

Many countries standardised their regulations and strengthened the legal position of the person exploiting a work. Those who put a work to profitable use – not necessarily the effective creators – thus became the author (rightholder). (Exploitation of a work as a condition of authorship (rightholder) – I). But to be designated as the author (rightholder) of a work required more resources

3. *Le Droit d'Auteur* was a journal with global reach that offered a permanent centre for information, documentation and studies on authors' rights. The journal published conventions and treaties concluded between states, as well as national legislation. It also provided an overview of recent case-law, commented on news items involving authors' rights and published general studies on specific issues. It was a veritable locus for international collaboration in the domain. The review is available online at <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34465651m/date>.

4. At the time, the Berne Union had considerable influence on the development of authors' rights in many countries. The Berne Convention of 1886 setting up the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works (hereinafter the 1886 Berne Convention) increasingly served "as a template and a guide" *Le Droit d'Auteur*, no. 10, 1911, p. 130.

5. For example, Germany had a direct and considerable influence on the development of copyright law in Russia.

and higher social status than others. Authorship (ownership of rights) was vested not just in those who *needed* to use the work to add value to it but also and especially to those who *could* exploit it most efficiently and effectively. Thus the author (rightholder) was the person who exploited a work and authorship (ownership of rights) was vested in him only to the extent that he exploited the work. The author (rightholder) was just a means to exploiting the work. (The concept of author (rightholder) as a means to exploiting works – II).

This article investigates how the promoter, the person who “exploited” a work, came to be seen as the author (rightholder) in the years 1880–1920. The emergence of this phenomenon was not linear, nor was it dictated or imposed from on high. It emerged due to the challenges of the time. This article discusses the various facets of this phenomenon that emerged towards in the late 19th century. More specifically, it looks at how ownership of rights deriving directly from authorship evolved to the benefit of the party exploiting a work instead of its author. The article does not, however, discuss the issue of rightholders other than the initial author (rightholder), such as societies of authors. Although ownership of rights in these cases also meant strengthening the position of the promoter, the issue there was more to secure the transfer of works from one promoter to another. The analysis below looks only at the main reasons why the promoter of a work was *selected* from among all those involved in the creation of value.

I. EXPLOITATION OF A WORK AS A CONDITION OF AUTHORSHIP (RIGHTHOLDER)

Exploitation entailed a range of activities that involved converting a work into an asset, i.e. commercialising it. Commercialisation entailed an association between a work and the person commercialising it, and this association became progressively stronger as value was added. In terms of social practice, the person commercialising a work in many cases began to be associated with it *by others*, often as its author, while social perception of the link between creator and work gradually faded (Exploitation with the commercial user becoming associated with a work - **A**). Associating a work with the commercial user was decisive in that person being recognised as the author (rightholder) of a work. The commercial user associated with a work became seen as its author (rightholder) (The commercial user associated with a work as its author (rightholder) - **B**).

A. Exploitation with the commercial user becoming associated with a work

Faced with the challenges of the time, creators were not often in a position to exploit a work due to lack of resources and status (Creators' inability to exploit a work - **1**). Consequently, they were not associated with it (Disassociation of creators from works created by them - **2**).

1. Creators' inability to exploit a work

With the challenges of the time and the changes in how value was created, commercial users took increasing control over the exploitation of a work. These included cases where works were created under hire, within a company and/or on commission, with creators paid by the line or mere functionaries involved in the creation of a collective or anonymous work. This rebalancing of relations between creator and commercial user in the production of value dramatically reduced the scope of creative activity. In these scenarios, it was not so much the creation of a work as such that was important but the activity *around* the work or *in relation to* it (its financing, the organisation of its creation and commercialisation, its visibility, contribution to its success with the public, etc.). The role of creative activity thus became much less important than the activity of transforming a work into an object for commercialisation. What was important was its usefulness and the utility of its commercialisation, effective or potential. Thus, creative activity *became just one of several activities* in the exploitation of a work. Creators of works did not commercialise them on their own and in some cases they were not even involved in that process. This did not mean that creative activity was wholly dissociated from the exploitation of a work. But from now on, creative activity was no longer a determining factor in the exploitation of a work, it was no longer obvious or taken for granted, a *sine qua non*. Exploitation could involve any type of activity and this limited the scope of creative activity. Activities in relation to the exploitation of a work could be of a completely different nature.

Consequently, in these scenarios, the person best placed to create added value was not the person who created the work but the person who commercialised

it, who exploited it. Works acquired value through the activity of commercial users. They were also created on their initiative and using their resources. The boundaries between creative activity and the activity surrounding a work also became blurred. After all, was it not true that organising and initiating creative activity and managing that process or any other similar activity could at times have a creative element? Not only the scope of creative activity was limited, in many domains the *very nature of creative activity changed*. With growing industrialisation, as machinery replaced purely manual labour and also to meet growing market demand and ensure a quick return on investment, the activity of creators within companies narrowed. It was reduced down to repetitive tasks and over-specialisation, where creators had no overall view of the “product as a whole”.⁶ In these cases, the creator was seen as “specialised labour, capable of executing the tasks assigned” – and easily replaced.⁷ In those circumstances, in many cases, creative activity was perceived as just a job. Creators themselves agreed to be hired as employees because of the need to earn a living.

Hand in hand with this development, as capitalism gained more ground, the status of the commercial user gradually gained in importance. Cooperation between companies further strengthened their position. Cooperation in this case meant concentration and the “formation of increasingly powerful industrial groups”⁸ and also “a proliferation of smaller firms using modern

6. Pezone, R. F. *L'Art dans tout : les arts décoratifs en France et l'utopie d'un Art nouveau*. CNRS Éditions via OpenEdition, 2016, p. 34. See also *Commission d'enquête sur la situation des ouvriers et des industries d'art : instituée par décret en date du 24 décembre 1881 (Rapport de M. Antonin Proust)*, Paris, Impr. de A. Quantin, 1884. This survey of producers provides valuable information on how creative activity was perceived in the applied arts.

7. Pezone, *op. cit.*, p. 37.

8. Corporate concentration was “common to all industrialised countries at the end of the 19th century, but it was more intense in Germany and the United States, where there were cartels and trusts”, Brasseul, Jacques, *Petite histoire des faits économiques et sociaux. Des origines à nos*

technology and working alongside the industrial giants.”⁹ However, because social and economic status determined a person’s access to more opportunity, it was crucial and decisive to the capacity to exploit, to add value to a work. By contrast, in many cases, the creator had extremely low social status. While in the 19th century creators still had quite high status in relation to commercial users, from the end of the century on, creators could come from any social class. It is therefore hardly surprising that the creator often had neither the resources nor the status to add value to their work, to the point where they were often not even associated with it.

As commercial users took over in terms of *social perception*, the creator was no longer associated with a work as its “author”. Because commercial users added value to a work and presented it to the public, they were often the ones associated with it. In fact, they were often even seen as the true author.

2. Dissociation of creator from a work in public perception

As the scope of creative activity changed, creators as participants in the effective creation of most works were often disregarded. In many areas they were not perceived or recognised as authors. They were not spoken about and even encountered a certain amount of social *indifference* regarding their status as creators. Creators became invisible and they weren’t missed. One could be tempted to think that this economic and social disregard for the author-creator only affected some categories of works. But given that many

jours, Paris, Armand Colin, 2013, p. 164-193, available online <https://www.cairn.info/petite-histoire-des-faits-economiques-et-sociaux--9782200285081-page-164.htm>.

9. *Ibid.*

different types of works were not associated with their creators by the public and the scale of the economic and technological challenges involved in the creative process, it would be erroneous to claim such cases were peripheral. Moreover, with economic and social progress, cases where creators were not *socially* recognised as authors became increasingly the norm rather than the exception.

Photographic studios, the applied arts and even record companies¹⁰ provide the most eloquent examples of situations where creators under hire were not recognised as authors of works. In the eyes of the public, their output was associated with the company's name, not with the employees who produced the work. For instance, in the industrial arts, the artist “was not viewed as an original creator” but rather “considered a mere practitioner”.¹¹ Visit any of the museums of decorative or applied arts which started to open from the second half of the 19th century and this disregard for creators is also evident. The objects exhibited that were created by employees *before the 1930s* often bore the company name and were only known by that name.

The limited scope of creative activity when it came to the exploitation of a work and the low social status of many creators in all these scenarios meant that creators had neither the status nor the resources to achieve recognition as the true author of a work. That they did not claim recognition as “authors” is unsurprising. Naturally, there were cases where creators remained associated

10. In some countries at the time, such as Germany, phonograms were not considered technical recordings but the product of individual creative activity and were therefore protected by copyright.

11. Pezone, *op. cit.*, p. 36.

with their work, in spite of the fact that the commercial user controlled its exploitation. At the time, journalists were one such exception. Although hired employees, they had a by-line and saw themselves as “authors”. Their perception of themselves as “authors” had a visible impact on the legislative provisions laid down at the time.¹² Even though creators were not always overlooked, including in the case of works exploited by the commercial user, in many cases they were. Self-perception as an “author” and social recognition of creators were far from the norm. Recognition remained piecemeal and depended on the circumstances of each case.

Creators did not get recognition and in many cases this was intentional; they did not want to be associated with a work as its author. In these scenarios, creators relinquished their work in favour of another person¹³ or simply chose to remain anonymous (for example because they were not interested in the status of author). According to a contemporary account, “the number

12. One commentator on a Netherlands copyright bill remarked: “unless agreed otherwise, the person in whose service (in dienst van een ander) the works were created is regarded as the author of such works... This provision has been criticised as being out of step with the rest of the act, which is based on protecting the actual author, and which could be applied to their detriment to journalists working for a newspaper ... Journalists are demanding that all work with their by-lines should be exempt from this section”, “La révision de la législation hollandaise sur le droit d’auteur”, *Le Droit d’Auteur* 1912, no. 7, p. 99. For a discussion of the same arguments in relation to the passage of the copyright bill in Great Britain, see also *Le Droit d’Auteur* 1912, no. 1, p. 10, col. 1. And in Germany: “für Schriftwerke würde es meistens, namentlich bei Zeitungen, der Auffassung des Verkehrs widersprechen, wenn man das Urheberrecht an den Beiträgen der Mitarbeiter uneingeschränkt dem Verleger zuschreiben wollte”; See *Reichstagsverhandlungen 10. Leg. Per. II. Sess. 1900/1901, Nr. 214 der Drucksachen (Kommissionsbericht)*, available online https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k10_bsb00002800_00444.html (hereinafter - Bericht LUG Nr. 214), pp. 1273-1274.

13. This was common practice at the time: “there are many cases where a work is published under a name other than that of the author, where authorship is claimed from the outset by a person other than the author”, *Pandectes françaises : nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence, Propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, 1894, no. 196, p. 28.

of anonymous and pseudonymous works has grown considerably due to the current turbulent situation ... not only in literature, where authorship was often kept a secret among first-time authors and playwrights, or in the periodical press, where anonymity was the rule, at least in many countries – but also in the figurative arts and especially in the arts applied to industry, where signing a work is the exception”.¹⁴

The fact that the creator was no longer associated with the work made it even more pressing to amend the concept of author as rightholder.

B. The commercial user associated with a work as its author (rightholder)

As previously seen, commercial users were the ones associated with works, because they exploited them. In line with this social practice, the concept of author (rightholder) began to shift, focusing on the commercialisation of a work and the person involved in that aspect. Legislators, the courts and scholars were all involved in this change in ownership of rights. The commercial user of the work became its author (rightholder). Authorship (ownership of rights) became contingent on commercialisation (Commercialisation as a determinant of the concept of author as rightholder - 1). Creating added value for a work often depended on effective commercialisation. In these scenarios, the purpose of vesting authorship (ownership of rights) in the commercial user was to enable more effective commercialisation of the work (Commercial use as vindication of the concept of author (rightholder) - 2).

14. *Le Droit d'Auteur*, 1917, no. 8, p. 88.

1. Commercialisation as a determinant of the concept of author as rightholder

Because in practice it was often the commercial user who added value to a work, the concept of author as rightholder started to evolve. Many different categories of people involved in the commercialisation of a work rather than in its creation proper began to be recognised as authors (rightholders). In addition to the creator, the concept of author (rightholder) in the latter half of the 19th century now incorporated the employer, the commissioning party, the publisher, the State, learned societies and academies.¹⁵ Legislators, the courts and scholars in many countries adapted by clarifying or rewriting existing legal mechanisms and introducing new ones. Copyright legislation now included provisions on contracts for hire or of service, while the regime of authorship (ownership of rights) in respect of legal entities was expanded and clarified (including in cases where works were created for public bodies and/or the State).¹⁶ Depending on the country, this trend also involved amending the regime of authorship (ownership of rights) in relation to collaborative or collective works (collections, periodicals and newspapers, compilations, etc.), as well as posthumous, anonymous and pseudonymous works, among other

15. Vaunois gives a concise overview of the situation in France: Vaunois A., Darras M. and Geoffroy H., *La Propriété littéraire et artistique*, J.-Cl. Civ. Annexes, Paris, 1927, Div. E, Ch. II “Titulaires du droit d’auteur”.

16. Some countries had very explicit legislative provisions on the topic: Section 5 of the UK Copyright Act of 16 December 1911 established the principle of initial ownership for commercial users; see also Sections 7 and 8 of the Dutch Copyright Act of 23 September 1912; Section 62 of the US Act of 4 March 1909 to amend and consolidate the acts respecting copyright states that “the word ‘author’ shall include an employer in the case of works made for hire”.

scenarios.^{17 18} Pouillet, for instance, noted the following interesting practice: “some individuals specialise in placing themselves between producers and writers, hawking plays from theatre to theatre and using their contacts to secure representation rights. Most of the time, they claim a portion of the authors’ rights and even demand to be included in the billing, becoming true co-workers in the legal sense of the word, as if they were writers and had actually collaborated in the work.”¹⁹

The tendency to vest authorship (ownership of rights) in commercial users was apparent in many countries. The only difference was in how the principle was applied. Practices differed more in terms of the routes selected within a particular country by legislators, scholars and the courts than according to the country and level of conceptualisation. Commercial users were either designated as authors, i.e. initial ownership of the rights was vested in them, or the rights were implicitly assigned to them (*cessio legis*). Thus the tendency for a broad interpretation of the very concept of author co-existed happily alongside the tendency to uphold the status of author as creator. In Germany for example, legislators saw both employer and commissioning

17. Another relatively specific scenario was outlined in Article 3 of the Berne Convention of 1886: “The stipulations of the present Convention shall apply equally to the publishers of literary and artistic works published in one of the countries of the Union, but of which the authors belong to a country which is not a party to the Union.” For an analysis of this provision, see “De la protection accordée dans l’Union aux auteurs étrangers”, *Le Droit d’Auteur*, 1896, no. 3, p. 36 et seq. According to the author, foreign authors could not themselves assert their entitlement to the conventional regime: “they benefit only indirectly, through the protection afforded their publisher [because] in this regime, it is the publisher who has full legal protection” see p. 37, col. 1.

18. For a general overview of a number of legislative systems at the time, see Röhrlisberger, Ernst, *Die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst und die Zusatzabkommen*, Bern, Verlag von A. Francke, 1906, pp. 84-85.

19. Pouillet E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3rd edition, Paris, Marchal et Billard, 1908, no. 108, pp. 145-146.

party as rightholders through implicit assignment by the creator. Legal entities were only recognised as authors under certain conditions and based on publication.²⁰ Nonetheless, the status of author-creator was not always rigorously defined by scholars and the concept of author was understood in a broad sense and in all cases as including the commercial user of the work.²¹ It was the same in France,²² where the courts were more reserved, referring to commercial users as the “rightholders” or “owners” of a work, while based on the same case-law, some scholars referred to the commercial user as the real author. French doctrine provides an eloquent picture of how the effective creator ceased to be the primary figure in the concept of author. Indeed, the concept of author was often interpreted by the courts as referring to the person presenting a work “as imagined and executed by him”,²³ the party that was “widely known” as the author of a work,²⁴ “the person that brings the work to light, who takes responsibility for the work, who puts his name to it”²⁵ that

20. Article 3 of the German Copyright Act of 19 June 1901: “in the case of a work whose author is not named on the title page, in the dedication, in the preface or on the last page, legal entities subject to public law that publish a work as publishers are deemed the authors, unless otherwise agreed”, *Le Droit d'Auteur*, 1901, no 8, p. 85 et seq. Although the provision was unclear on the status of the creator as author before publication of a work, the explanatory statement was very explicit: “Solange das Werk noch nicht veröffentlicht sei, stehe das Urheberrecht gemäß §. 2 an sich dem Verfasser zu”, *Bericht LUG Nr. 214* (see note 12), pp. 1273-1274. See also Maurer, Emil, *Das Subjekt des Urheber-Rechtes nach den Gesetzen vom 11. Januar 1876, 19. Juni 1901 und 9. Januar 1907*, Kaufbeuren, Buchdruckerei von J. B. Dorn, 1911.

21. See for example Kohler, who in certain scenarios views the commercial user as an author, using the concept of “*Stellvertretung*” (meaning substitution or replacement): Kohler, J., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, F. Enke, 1907, p. 228. For an overview of scholars’ opinions on this topic, see Maurer, op. cit.

22. Unlike many countries, France adopted no new authors’ rights laws at the time, which was why doctrine and case-law became particularly developed there.

23. “the title of author can be attributed not only to the author himself but also to he who has acquired the right to present the work as imagined and executed by him”, *Pandectes françaises*, op. cit., no. 194, pp. 27-28.

24. Vaunois, op. cit., no. 1, p. 2.

25. “that person is the lawful author, the one who brings the work to light, who takes responsibility for it and puts his name to it”, Pouillet, op. cit., no. 121, p. 157.

“organises its execution”²⁶ directs it, puts his name to it and ²⁷ finances it,²⁸ “commissions and supervises work for which he takes responsibility”²⁹ or who contributed to placing it in the public domain in any way.³⁰ Authorship was therefore no longer determined by the creative act itself but by factors wholly external to that act.

How was it possible to re-assign rights and recognise commercial users as authors (rightholders)? Was the creator not the author (rightholder) of the work? The explanation lies in the uncertain nature of the regulations over the period 1880–1920 when it came to identifying *who* could be an author (rightholder) of a work, in other words – to use the terminology of the time – who “owned” it. The concept of author (rightholder) was not clearly defined. There were no basic principles to provide guidance. Previously, ownership of a work was vested in its creator, who was deemed the author by dint of the fact that he had created the work. This wording was included in some national laws adopted at the start of the 20th century. But did the fact that the rights belonged to the creator in principle preclude any other person from asserting ownership of the rights? Did ownership of rights have to be

26. “Employers are deemed the sole authors of works executed under their direction on their premises by employees or workers... Examples include a photographer who hires operators, an architect assisted by draughtsmen, or an industrialist directing their workers, within the limitations of the employment assigned to them”, Vaunois, *op. cit.*, no. 15, p. 5.

27. “the person directing the work shall be deemed the author of the composition”, Demange, “La propriété artistique dans les arts du dessin” PhD thesis in law, Nancy, 1898, p. 99.

28. “The agreements based on which a work is executed are so varied that the Court of Cassation has left it to the ordinary courts to ascertain whether a draughtsman is self-employed or working for a third party and to determine who should be considered the author”, Vaunois, *op. cit.*, no. 7, p. 3.

29. “the person who commissions and supervises a work for which he takes responsibility... is deemed the author”, Demange, *op. cit.*, p. 97.

30. For example, a person who “cooperated in its adaptation for the stage”, Pouillet, *op. cit.*, no. 107bis, p. 143.

vested in the creator of the work? Did that mean that rights could not be vested in anyone else, that no-one else could be designated as the author? Did it mean that authors' rights could only be vested in the creator? National laws often did not define the author (rightholder) and when they did, the definition was generally not restrictive. None of the international conferences on the 1886 Berne Convention addressed the subject.³¹ ALAI congresses during the period 1880–1920 also did not dwell on the precise concept of the author (rightholder). There was also no discussion of this issue in *Le Droit d'Auteur*. However, it would appear that a broad interpretation was accepted at international level, with the precise definition left to the discretion of the Berne Union Member States.³² Scholars agreed that anyone could in principle be deemed an author (rightholder) unless expressly prohibited law.³³ Hence, in practice all sorts of people claimed authorship.³⁴ Case law was patchy on the subject. Some specialists of the period have noted that authorship (ownership of rights) was a question of fact³⁵ – i.e. it was determined on a

31. “Die Definition dieses Ausdrucks [Urheber] hat auf den Berner Konferenzen zu keinen Auseinandersetzungen Anlass gegeben”, Röhrlisberger, *op. cit.*, p. 84.

32. “the Convention did not define what should be understood by the term ‘author’ under the Berne Convention; this was left to domestic lawmakers” Potu, E., *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Berlin le 13 novembre 1908*, *Annales du droit commercial*, vol. 27, 1913, no. 137, p. 270.

33. “It is universally accepted that a learned society such as the Académie Française has ownership of the works it produces and publishes. For this to be otherwise would require a new provision in law”, Pouillet, *op. cit.*, no. 128, p. 163.

34. “Claims to authorship, either as an employee or as the holder of a subsidiary right, are frequent, especially in the theatre world (director, ballet master, an actor creating a role, a singer creating an interpretation, etc.). Things are often similar in the film industry, where arguments surface between directors, operators, performers, etc. As it is the facts of each particular case that are generally decisive, congresses addressing the question have not as yet laid down any general rules, and case law only settles things on a case-by-case basis”, Vaunois, *op. cit.*, no. 44, p. 9.

35. “Ascertaining whether an author is working for himself or for a third party or, better, determining who is the lawful owner of the work is a question of fact left to the sole discretion of the courts”, *Pandectes françaises*, *op. cit.*, no. 217, p. 30.

case-by-case basis – and therefore the highest national courts (for example the Court of Cassation in France) were not able to standardise jurisprudence on this subject.³⁶

Authorship (ownership of rights) originated in the person of the creator. But where did the concept begin and end? No-one could say, no-one knew, the question never even arose. Even if there were discussions over who *could be* an author, these discussions were mostly limited to technical interpretation of the law. Could a commercial user be classified as an author (rightholder) under the Berne Convention of 1886? Was this *constitutional*?³⁷ Note also that scholars at the time tended to note and report – rather than challenge or analyse – what was happening in this arena. A spirit of inquiry and exploration prevailed over a more critical approach. In most cases, the *concept* of author was referred to in passing, with no further investigation. Should the previous situation, where the creator was the author of a work, *be continued*? Or should things be changed to meet the challenges of the late 19th-early 20th century? To what extent *was it necessary* to vest authorship (ownership of rights) in the commercial user to meet the challenges of the time, even though the creator was the author and owner of the work? Who owned authors' rights? None of these questions, so important to contemporary lawyers, even surfaced during the period 1880–1920.

36. For example, speaking about copyright and the employment contract in the United States, Fisk shows that the courts handed down differing rulings in this area. See Fisk, *op. cit.*, p. 153.

37. The issue gave rise to much debate in the United States during legislative work on the matter. See Bracha, *op. cit.*, p. 263.

There was no need to pose such questions or to further clarify the concept of author, because this seemed obvious.³⁸ The position of those commercialising a work needed to be strengthened. Authorship (ownership of rights) needed to be vested in the commercial user to ensure that commercialisation was effective. This was why authorship (ownership of rights) was vested in the commercial user.

2. Commercial use as vindication of authorship (ownership of rights)

As we have seen, legislators, courts and scholars were favourable to the vesting of authorship (ownership of rights) in commercial users. Given the importance of commercialisation in the exploitation of a work, it should come as no surprise that in many discussions of authorship (ownership of rights) in the years 1880–1920 the focus was on *commercialisation*. The reasons advanced for favouring the commercial user are illuminating. For example, contracts for hire or service that vested authorship (ownership of rights) in a commercial user or legal entity were seen as necessary to avoid “splitting” the rights in a work between several persons.³⁹ Otherwise, for legal certainty, the rights would have to be assigned to commercial users each time, making things “unnecessarily complicated” and cumbersome, especially with works

38. See the following argument during parliamentary debates on the German Act on Copyright and Related Rights of 9 January 1907 (*Le Droit d'Auteur*, 1907, no. 2, p. 17 et seq.): “Die Definition sei unnötig und unrichtig; es sei Sache der konkreten Untersuchung, zu bestimmen, wer wirklicher „Urheber“ sei; kein Ausdruck stimme vollkommen”, *Reichstagsverhandlungen 11. Leg. Per. II. Sess. 1905/1906, Nr. 448 der Drucksachen (Kommissionsbericht)*, available online https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k11_bsb00002834_00360.html, see p. 4679, col. 2; see also a commentary on the same law in *Le Droit d'Auteur*, 1906, no. 2, p. 15, col. 2: “No more than the previous law, the new bill does not define the term author, which is beyond doubt and will probably remain so...”

39. Longueville, C., *Des droits de l'auteur sur son œuvre dans les arts du dessin et de leur protection*, Rennes, 1909, p. 41.

created by several contributors. Disputes could also arise, making it difficult for commercial users to assert ownership. *And that could seriously hamper the commercial exploitation of the work.*⁴⁰

Commercial exploitation of a work was also the reason for vesting authorship (ownership of rights) in other, more specific scenarios involving a change in the conception of authorship (ownership of rights). For instance, Article 3 of the Berne Convention of 1886 protected publishers of commercialised works directly in cases where works were authored by someone from a country that was not a party to the Union.⁴¹ But this perceived necessity to protect works did not entail increased protection or more guarantees for creators. Even later, at the Paris Conference of 1896, Article 3 of the Convention was amended at Germany's instigation to protect

40. "In the conferences of interest groups that led to the Copyright Act of 1909, the representatives of several publishing industries pressed their need for an easy mechanism of obtaining both initial ownership and the right of renewal. Assignment, they argued, was too burdensome and sometimes infeasible, especially when works prepared by numerous contributors were involved", Bracha, *op. cit.*, pp. 254-255, including the footnote on legislative work in the United States: *Legislative History Of the 1909 Copyright Act*, Fulton Brylawski, E. and Goldman A. (eds.), 1976, Vol. 1, p. 56; "Die Bestimmung entspreche auch dem praktischen Bedürfnis. Sie beuge Prozessen vor, wenn es etwa zwischen dem Angestellten und dem Betriebsunternehmer zu Streitigkeiten darüber komme, wem das Urheberrecht an dem Schriftwerk oder an der Abbildung, die in der bezeichneten Weise gefertigt seien, zustehe... eine unnöthige Erschwerung sei es, wenn der Unternehmer, um sich das Urheberrecht an den einzelnen Schriftwerken, Abbildungen oder Zeichnungen zu wahren, genöthigt sei, sich das Urheberrecht in jedem einzelnen Falle abtreten zu lassen", *Bericht LUG Nr. 214 (op. cit., see note 12)*, p. 1274, col. 1; "Die juristische Person muß mithin, wenn zwischen ihr und dem Verfasser Streit entsteht, den unter Umständen schwierigen Nachweis erbringen, daß das Recht des Urhebers auf sie übertragen worden ist", *Reichstagsverhandlungen 10. Leg. Per. II. Sess. 1900/1901, Nr. 97 der Drucksachen (Begründung)*, available online https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k10_bsb00002799_00444.html (*hereinafter Begründung*, LUG Nr. 97), see p. 393, col. 2; "Habe das Werk mehrere Mitarbeiter, so würde es die Verwerthung des Werkes, den Verlag, den Vertrieb wesentlich erschweren, wenn Nicht die juristische Person, die es herausgibt, die Rechte des Urhebers hat", *Bericht LUG Nr. 214*, p. 1273, col. 2.

41. See note 17 above.

the person of the creator of a work. The focus again here was not on protecting creators and their interests but securing legal certainty for publishers.⁴² The same Convention included presumption of authorship, again to ensure legal certainty.⁴³ Unless otherwise proven, the person whose name was indicated on the work, the person associated with it, was presumed to be its author. This principle was laid down, again on Germany's initiative, to make it easier to identify the author (rightholder) "so that he might assert his rights".⁴⁴ Lastly, publishers in some countries were deemed the authors of pseudonymous and anonymous works for the purpose of exercising authors' rights.⁴⁵ In some cases, the protection period for a work was calculated from the *death of the publisher* rather than that of the creator.⁴⁶ In all the above-mentioned scenarios, the point of recognising as author (rightholder) someone other than the creator of a work was obviously to ensure that that person had the right of disposal over the work and legal certainty as to its commercial exploitation.

Perhaps vesting authorship (ownership of rights) in the commercial user did not generate much debate because the point of doing this was to ensure commercialisation of the work, which all agreed was important. No-one

42. See *Actes de la Conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896*, Berne, 1897, in particular the memorandum of the German delegation regarding Article 3 of the Convention, pp. 195-198.

43. "In order that the authors of works protected by the present Convention shall, in the absence of proof to the contrary, be considered as such, and be consequently admitted to institute proceedings against pirates before the courts of the various countries of the Union, it will be sufficient that their name be indicated on the work in the accustomed manner", Art. 11 of the Berne Convention of 1886.

44. *Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884*, Berne, 1884, p. 36.

45. "De la protection des œuvres anonymes et pseudonymes", *Le Droit d'Auteur*, 1917, no. 8, pp. 88-90, no. 9, pp. 100-103, no. 10, pp. 111-114, see p. 101.

46. *Ibid.*

raised any doubts as to the *advisability* of vesting authorship (ownership of rights) in the commercial user. In Belgium, there was unanimous approval for vesting authorship in publishers of anonymous works.⁴⁷ Germany also accepted the tacit assignment of authors' rights to producers of phonograms.⁴⁸ Significantly, "according to Government representatives, works commissioned by lithographic and photographic studios" were also deemed tacitly assigned.⁴⁹ In the United States, in discussions on a provision vesting authorship in the employer, "depriving employees of ownership in works they created was never an issue".⁵⁰ It was the same internationally: Article 3 of the Berne Convention of 1886, which protected publishers directly instead of creators, did not generate any debate. Moreover, no objections were raised when a French delegate opined that "the word *publisher* should be understood in the broadest sense".⁵¹ Examples abound; the observation remains the same. Authorship (ownership of rights) as vested in the commercial user was introduced in many national legislations discreetly, without anyone noticing, almost surreptitiously. This was not seen as potentially problematic. These

47. Article 7 of the Belgian copyright law of 22 March 1886 states that the publisher was deemed the author of anonymous and pseudonymous works with regard to third parties. When this law was being drafted, legislators discussed whether a publisher should have rights in a work or be deemed the author its author. Ultimately, it was the interpretation that the publisher was the author that was accepted. V. Benoidt, M., Descamps, L., *Commentaire législatif de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur*, Brussels, 1886, pp. 72-73.

48. According to this legal commentary on copyright protection of phonograms: "acceptance by performers or adapters of a commission from a producer generally implies some kind of agreement regarding the transfer of copyright... Copyright is therefore deemed tacitly assigned (*konkludente Rechtsübertragung*). The chairman of the Committee noted unanimity on this subject", "La nouvelle loi allemande du 22 mai 1910 concernant la mise à exécution de la Convention de Berne révisée", *Le Droit d'Auteur*, 1910, no. 10, pp. 130-136, see pp. 131-132.

49. *Ibid.*

50. See Bracha, op. cit., pp. 259-260, note 307 referring to: *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, Fulton Brylawski, E. Goldman A. (eds.), 1976, Vol. 1, pp. 56-57.

51. *Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884*, Berne, 1884, Proceedings, p. 44

exceptions to the rule that authorship (ownership of rights) was vested in the creator of a work – which were in fact derogations from mid-19th century laws and customs – were accepted unwittingly. To the extent, in fact, that they in fact became the rule. There seems to have been little or no awareness of what was the rule and what was the exception in the years 1880–1920. Of course, many national legislations enshrined the concept of authorship (ownership of rights) as vested in the commercial user and in doing so they were in no way at odds with the principles of the Berne Convention of 1886, which itself accepted the definition of commercial user as author. There was a consensus that authorship (ownership of rights) should be vested in commercial users. In fact, there seemed little doubt on the subject,⁵² it was seen as perfectly evident and natural, even fair.⁵³

Any debate invariably focused on the commercial exploitation, the commercialisation, of a work.⁵⁴ Lawyers in many countries accepted the principle that authorship (ownership of rights) could be vested in legal entities. But surely the very nature of a legal entity precluded this? Criticism of the idea of vesting authorship in legal entities was rare. Any doubts on the subject, few though they were, related mostly to technical interpretation of the law or to considerations focusing on the commercialisation of a work. For example, the main argument against accepting that a legal entity could be an author was that this could give rise to uncertainty when it came to

52. See also Pouillet: “Who has ownership of the model created by an artist? ... Undoubtedly, it is the producer”, *op. cit.*, no. 124, p. 160.

53. Demange, discussing the issue, found this “very fair”, *op. cit.*, pp. 98-99.

54. For example, Huard, argued that vesting copyright in a person other than the creator could “be misleading to the public”, Huard, G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Marchal et Billard, Paris, 1903, no. 207, pp. 297-298.

determining the protection period.⁵⁵ One of the main reasons why authorship (ownership of rights) was being discussed at the turn of the 20th century was to *remove uncertainty concerning the protection period*, to make this more obvious and accurate. Given the impact of the protection period on the question of authorship (ownership of rights), it should come as no surprise that some scholars included consideration of the legal entity as an author when discussing the protection period.⁵⁶ It was also included in the legislation of some countries at that time.⁵⁷

Vesting authorship (ownership of rights) in commercial users generated no debate because of the practical need to ensure free and quiet use of the work. It was, quite simply, expedient to vest authorship (ownership of rights) in the commercial user associated with a work to facilitate exploitation of the work. The concept of author was only useful insofar as the person asserting authorship (ownership of rights) exploited the work by *adding value to it*. The author was thus conceived as a means of adding value to a work, determined according to requirements and as necessary.

55. On the vesting of authorship in legal entities, Vaunois notes: “The issue was not seriously challenged in practice except to determine the protection period in such a case”, *op. cit.*, no. 49, p. 9. For a critical view, see in particular Huard, *op. cit.*, p. 80 et seq.

56. Huard, *op. cit.*, p. 80 et seq.

57. See for example Article 20 of the Polish law of 29 March 1926, *Le Droit d’Auteur*, 1926, no. 12, p. 133 et seq.; See also Italian decree-law of 7 Nov. 1925 (Article 26, final subparagraph), *Le Droit d’Auteur*, 1926, no 1, p. 2 et seq.

II. THE AUTHOR (RIGHTHOLDER) AS A MEANS OF ADDING VALUE TO A WORK

Authorship (ownership of rights) depended on the extent to which value was added to the work. In practical terms, it became a means of adding value to a work. This relativised the concept of author (Author (rightholder) relativity - **A**).

The figure of the author (rightholder) was neither autonomous nor intrinsic, it did not exist independently. Authorship (ownership of rights) was determined as and when a work was commercialised and only existed in relation to commercialisation. And it was vested in the person associated with the work. Commercialisation of a work was a condition of authorship (ownership of rights). When someone other than the creator added value to a work, authorship (ownership of rights) was determined in relation to the work: without the commercialised work, there was no author. The creator served the work, even depended on it. Authorship (ownership of rights) was just one attribute of the work (Authorship (ownership of rights) as an attribute of the work - **B**).

A. Author (rightholder) relativity

As shown above, it was the person associated with a work, the person under whose name it was presented, the person who commercialised it who became the author (rightholder). However, vesting authorship (ownership of rights) in commercial users (employers, publishers, commissioning parties,

etc.) did not mean that their status or the nature of their activity were of decisive importance per se, nor that legislators made the decision. The reality was much more complex. Vesting authorship (ownership of rights) in the commercial user did not mean that the concept of author (rightholder) became wholly unrelated to the creator. Some creators managed to retain authorship (ownership of rights), despite the increasing encroachment of commercial users. One example was literature, where the creator instigated the work and determined the terms of its commercialisation.

During this period, a person became an author not because of their status or their activities, but because of the commercialisation of the work, an operation that could be performed by different people in different scenarios. A person therefore became the author (rightholder) of a work because of the function exercised in relation to the work (Authorship (ownership of rights) as a functional concept - 1). Authorship (ownership of rights) was therefore vested in a specific person in a specific scenario. It was determined differently from one case to another, according to the circumstances and, in particular, according to who was commercialising the work. Authorship (ownership of rights) was therefore different in each case (Determination of authorship (ownership of rights) on a case-by-case basis - 2).

1. Authorship (ownership of rights) as a functional concept

A person became an author (rightholder) not because of their activity as such (creation, commercialisation, etc.) or status (creator or commercial user), but *because their activity was decisive to the value of a work*. A person's

contribution to a work, including to its success, was the main factor in being recognised as its author (rightholder).⁵⁸ Therefore, it was not activity that determined authorship, but rather the effects of that activity on the creation of *value*. In some cases, this could be the creative activity itself, in others it could be the commercialisation of the work or any other activity adding value to the work. Creators were considered authors (rightholders) because of the value they added to the work (including because of status, reputation, etc.), not because of any creative activity as such, as had been the case in the mid-19th century. This did not preclude creative activity from playing a decisive role in the creation of value.

In the social and economic instability of the early 20th century, people's status and impact on the exploitation of a work were undergoing constant change. The type of activity and the person exercising that activity, key to the exploitation of a work, *differed from one case to the next*. The author (rightholder) was the person who added value to a work in any given scenario and who that person was could be different each time. To determine who the author (rightholder) was, people *were ranked*, their resources and status measured, and their contribution to the exploitation of a work assessed. This explains why in some cases the commercial user became the author (rightholder) from the creation of the work, while in others, the same commercial user merely claimed royalties based on a contract with the creator. The *figure* of the author (rightholder) did not exist independently but rather was defined in relation to a network of relationships

58. For example: "to be considered the co-author, it is sufficient to have been involved in some way in making the work; [...] the initial idea, the plot, ancillary elements, execution, style, edits and corrections made to the work as a whole or to details thereof can greatly influence the value and ultimate fate of a work; a word changed, a minor revision, can be sufficient to ensure that a work is successful," *Pandectes françaises, op. cit.*, no. 318, p. 43.

between all those involved in creating value. Authorship was determined in relation to those involved and to the value created. It was determined by analysing all the rights and interests at play. Consequently, the very *concept* of author (rightholder) was multifaceted and depended heavily on context. Hard to pin down, it was a hold-all, multi-purpose concept with multiple meanings, shifting and uncertain – a purely social construct. It was now a “*functional concept*” in the sense that a person became an author (rightholder) as a result of *their function* in relation to a work in any given situation.

From now on, “authorship (ownership of rights)” was *acquired*, it denoted a ranking *in relation to a specific work*. One became an author (rightholder) as value was created, during the value creation process. At the same time, a person was an author (rightholder) to the extent that they were seen as such *by others*. One was deemed an author (rightholder) because one was recognised as such, because one presented oneself as such or asserted oneself as such. In other words, one was deemed an author (rightholder) precisely because one was seen as an author (rightholder). This was why, when speaking about this issue, scholars in the years 1880–1920 did not refer to a person as *being* an author but of as being “reputed”⁵⁹ “deemed”⁶⁰ or “considered”⁶¹ the author, as the person who “presented themselves”⁶² as the author. They

59. “an employer is deemed the author of products from his workshop», Demange, *op. cit.*, p. 99. “The employer is deemed the sole author of the works”, Vaunois, *op. cit.*, no. 15, p. 5.

60. “a person who commissions and supervises a work for which they take responsibility...[is] deemed the author” [*sic!*], Demange, *op. cit.*, p. 97.

61. “are considered authors”, *Pandectes françaises*, *op. cit.*, no. 194, pp. 27-28; Longueville also speaks of “persons considered authors, Longueville, *op. cit.*, p. 39.

62. “We will speak here only of the person who is the lawful owner, by which I mean the person who presents himself to the public and who has the right to present himself as the creator of the work”, Vaunois, *op. cit.*, no. 3, p. 2.

spoke of the “true author”⁶³ the “apparent author”⁶⁴ the “lawful author”⁶⁵ – sometimes in opposition to “the real, the actual author”.⁶⁶ Thus, during this period, the author (rightholder) was not the person who *was* the author but the person who was *seen as* the author. But the converse is also true: the person who was considered the author (rightholder) *was* the author. This was why *being associated with a work was the most obvious and important factor* and thus became enshrined in legislation and why this criterion was often applied in practice by the courts. As a legal scholar wrote at the time: “obviously, the author ... has the right of ownership... But how should the author be identified? Generally speaking, it can be said that authorship is determined by the person who signs the work; this *entails a legitimate presumption* that, unless proved to the contrary, should be held by the courts and the public as sufficient... It may well be that Mr. Victor Roger, for example, did not work entirely alone on some of the scores bearing his signature but yet it is he alone who in the eyes of the public has the property rights thereto.”⁶⁷ The above reference to the “legitimate presumption” of “authorship” was no coincidence. All the above points to the conclusion that authorship (ownership of rights) was presumed. Much more than a process, *the presumption of authorship was a material condition, in fact the very essence, of the concept of author at that time.*⁶⁸

63. “A person can disengage from a work by selling another the right to publish the work. In this case, the purchaser will be seen by all as the true author”, Longueville, *op. cit.*, p. 40.

64. “attributing the right of reproduction to the apparent author, to the person signing the artistic work”, Demange, *op. cit.*, p. 99.

65. “the lawful author”, Pouillet, *op. cit.*, no. 121, p. 157.

66. “it may be that the apparent author, whom one could call the lawful author, is no longer the actual, the real, author”, Longueville, *op. cit.*, p. 40.

67. Copper, É., *L'Art et la loi*, Paris, 1903, no. 65, p. 131.

68. Not to be confused with the narrow meaning of “presumption of authorship”, which focuses only on the process as distinct from the material conditions. See note 43 above.

Although “being associated with and presenting oneself as author (rightholder)” was important, it was not necessarily the only determining factor. In fact, most works at the time involved several participants. This could lead to disputes, with several people claiming authorship (ownership of rights). This was why authorship (ownership of rights) remained vested in one person until and unless another claimed authorship and demonstrated a much more significant contribution to the work. Signing the work did not necessarily constitute authorship (ownership of rights). On the contrary, it was merely a means of proving authorship. To determine the *true author* of a work, the question of whether someone put their signature to a work was just one of many factors taken into consideration. Authorship (ownership of rights) was therefore by nature a presumption that could be challenged at any time by other persons asserting or claiming authorship.

As we have seen, it was the person who added value to a work – who exploited it – who in all cases was deemed the author (rightholder). But this person, this author (rightholder), could differ from one case to the next. This was why each case needed to be looked at in terms of its own specific circumstances. Not just a functional concept, authorship was also determined on a case-by-case basis.

2. Determination of authorship (ownership of rights) on a case-by-case basis

When it came to determining authorship (ownership of rights), legislators, the courts and scholars in many countries faithfully and scrupulously registered,

recorded and reflected common social practices. They followed rather than led the way. However, social practices, including the relations surrounding the exploitation of a work, were constantly changing. The *nature of relations* between parties, *their position in relation to each other, and the distribution of their roles in creating value* not only became gradually more complicated as economic and socio-cultural development intensified, they were also different from one situation to the next. The contribution of any one person to the creation of cultural value was not always obvious. Because of this, authorship (ownership of rights) was determined on a case-by-case basis.⁶⁹ It was the *product of circumstances and social practices*, which could differ not only from one sector to another but also within each sector. Authorship (ownership of rights) was determined according to the circumstances. This resulted in an *absence of imperative provisions* in regulations on authorship (ownership of rights). Legislative provisions adopted in the years 1880–1920 vested authorship (ownership of rights) in the commercial user “unless otherwise stipulated”.⁷⁰ More generally, all specialists of the period agree that authorship (ownership of rights) could be negotiated and waived.⁷¹ As Pouillet stated:

69. “An author can hire himself out to another person. The role of secretary or assignor, unknown to the public, exists in reality but the law does not regulate it”, Vaunois, *op. cit.*, no. 3, p. 2; “one needs to look at the circumstances”, Longueville, *op. cit.*, p. 42; “What shall be deemed sufficient in order to be acknowledged as a contributor? It is impossible to formulate a general response to these questions, everything depends on the infinite variety of circumstances and of each case. It is up to the courts to apply the principle”, *Pandectes françaises, op. cit.*, no. 318, p. 43.

70. Standard wording in legislative provisions at the time that enshrined the vesting of authorship (ownership of rights) in the commercial user. For example, see note 20 above.

71. “the court articulated a clear statement rule, explaining that ‘producers’ who employed ‘authors in particular literary enterprises’ could easily, when they felt it in their interests, contract for employer ownership of the copyright, and that a contract transferring the copyright would be enforceable”, Fisk, *op. cit.*, p. 143. Furthermore, in relation to commentary on a decision at the time, the same author notes that not just ownership but also authorship of a work could be vested in the commercial user: “If a contract assigns all rights in a work to the employer, the employee-creator does not have even a right of attribution”, *ibid.*, p. 158; “transfer of authorship is perfectly lawful”, *Pandectes françaises, op. cit.*, no. 202, p. 29; “There is nothing unlawful in this from a legal standpoint...”, Demange, *op. cit.*, p. 70.

“there are and always have been obscure literary labourers, doing piece work and more interested in money than glory. Such workers hire out their services and have no claim over a work designed and written by them on commission. They have no property rights in the work. These rights belong to the commissioning party. Although not an arrangement to be commended, this is not unlawful.”⁷²

Hence, the contract always prevailed in the event of a dispute. In practice, authorship was determined according to the specific circumstances of each case. Authorship (ownership of rights) was not generally explicitly provided for in contracts.⁷³ Consequently, in the event of a dispute, a plethora of different factors were analysed (“*a range of indicia*” as one scholar put it at the time). Firstly, the vesting of authorship (ownership of rights) differed in *practice* from one domain to another. Next, party *intent* had to be considered.⁷⁴ Some works were presented as the sole output of the person presenting them, with no mention of any other contributors, who were completely invisible. *The*

72. Pouillet, *op. cit.*, no. 121, p. 157.

73. This was the case in employment contracts, which at the time accounted for most of the contracts concluded between parties in relation to the creation of a work. See Fisk, *op. cit.*, pp. 152-153; For one Russian author, transfer of ownership of rights came down to how the contract was interpreted: Шендорф Ф. С. Субъект авторского права, Журнал Министерства Юстиции, СПб., 1913, no. 3 (март) (Chendorf F. S., *Soub'ekt avtorskogo prava*, Journal Ministerstva Ioustitsii, Spb, 1913, no. 3 (March)), pp. 162-190, see p. 165. See also another Russian author on the same topic: Канторович, Я. А., Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения, Пг, 1916 (Kantorovitch Ya. A. *Avtorskoye pravo na literaturnyye, mouzykalnyye, khoudojestvennyye i fotograficheskiye proizvedeniya*, Pg, 1916), p. 335.

74. “Whether a specific court ended up allocating ownership to the author or moved toward ownership by the employer the issue was decided on the basis of implied intent”, Bracha, *op. cit.*, p. 253; “The facts and the contract will be investigated to determine whether the artist intended to waive both material ownership and artistic ownership or to retain both the first and part of the second. Intent is determined in view of the price relative to the value of drawings, taking into account the artist’s reputation, the nature of ordinary relations and the general meaning of other types of agreements between artist and author or artist and publisher”, Demange, *op. cit.*, p. 97.

fact that the creator of the work did not put their signature to it could therefore be construed as a waiver of all claims in relation to the work.⁷⁵ According to some scholars, this was particularly the case with “inferior works”.⁷⁶ The criterion of not signing a work even made its way into some legislations in the years 1880–1920.⁷⁷ However, on its own, lack of “intent” to waive authorship was not sufficient to be considered an author (rightholder). In some scenarios, the creator signed the work, thus clearly demonstrating their intent. But despite this, it was the commercial user who was associated with the final product and who reserved authorship (ownership of rights). *Social perception* of someone claiming authorship was therefore also important. But even this factor was not always decisive.⁷⁸ Authorship (ownership of rights) also depended on the options available to each party in each individual case – in particular their resources and status.⁷⁹ It was also important to determine

75. According to Copper, for example, this could lead to a “presumption” that the artist “intended to waive the indirect advantages resulting from the creation itself as well as the material advantages attached to possession of the work in favour of the publisher”, *op. cit.*, no. 66, pp. 136-137.

76. See note 82 below.

77. These include scenarios where legal entities became the author (rightholder) from the date of publication and where the work did not bear the name of its creator. See Art. 3 of the German Copyright Act (see note 20). The reasoning behind the adoption of this article was quite explicit: “Nach Lage der Sache darf aber, wenn der Verfasser sein Werk durch eine juristische Person ohne Nennung seines Namens herausgeben läßt, angenommen werden, daß die Absicht aller Beteiligten dahin geht, das Urheberrecht für die juristische Person zu begründen”, *Begründung LUG Nr. 97* (see note 40), p. 393. Compare with Art. 8 of the Dutch Copyright Act (see note 16).

78. Sometimes, the person associated with a work and the person in whom authorship (ownership of rights) was vested were not one and the same. One telling example of this at the time was cinematographic works. There were also scenarios where the creator remained the author in the eyes of the public while not necessarily owning the rights (e.g. journalists under an employment contact).

79. “The celebrity or academic reputation of the litigants invited the courts to consider whether reputation should influence attribution of authorship or ownership of literary property. The reputation of either the writer or the employer may have influenced the courts to see proprietary rights to these valuable theatrical literary properties as belonging to whichever party to the litigation (employer or employee) struck the court as most likely to have been the most important talent behind the production”, Fisk, *op. cit.*, p. 139.

party intent, taking into account the *type of contract* – contract for hire or service, publishing contract or other. In the case of work contracts (contracts for hire or service), generally, both scholars and the courts readily accepted the employer as author (rightholder)⁸⁰ but this did not mean that the employer was acknowledged as being the author (rightholder) *per se*.⁸¹ By contrast with employment contracts, the idea that copyright in the case of a commissioning contract could be transferred to the commercial user was not so enthusiastically espoused. The issue was perceived as more sensitive and the solution often varied from one category of work to another.⁸² One French scholar, Lepaulle, made a clear distinction between scenarios where “*the author surrenders all rights in the contract and authorises the other party to sign the work in his place*”, [sic!] and those where “*an artist undertakes to assign material ownership in the work to his contracting partner but retains the moral rights in the work and, unless otherwise provided, the right of reproduction*”.⁸³ Furthermore, even though the commissioning contract was relatively widespread in practice, it was not always easy to classify it as such.⁸⁴ For this reason, the courts were

80. “courts evolved an approach to employment agreements that increasingly recognized the employer’s implied contractual right to own and control the knowledge and creative output of employees”, Fisk, *op. cit.*, p. 138.

81. At the time, the “work-made-for-hire” doctrine had not yet been developed in countries with the copyright model: “no courts actually held that the fact of employment *ipso facto* entitled the employer to the copyright. The work-for-hire principle most definitely was not legal doctrine at that point – it was dicta”, *Ibid.*, p. 152.

82. “Generally, a commissioning party or publisher can contact a number of artists for the purpose of obtaining unsigned drawings... This is obviously the case of work of an inferior nature, posters, drawings for prospectuses, restaurant menus and similar commissions... In this scenario, the author in the eyes of the public and of the law is the publisher as the party that presents and recommends the work to the public and puts their name to it”, Copper, *op. cit.*, no. 66, p. 136.

83. Lepaulle, *Les Droits de l’auteur sur son œuvre*, Paris, Dalloz, 1927, p. 59.

84. “While it is certain that in the case of a commission the author has no claim other than in relation to the price paid for his labour, it is difficult to decide in general what constitutes a commission; the variety in practice can give rise to doubts”, *Pandectes françaises, op. cit.*, no. 205, p. 29. Thus, in practice, a commission could “relate to a sale or to a contract for hire

cautious, weighing up the circumstances of each case. They examined *the exact nature of relations* between parties. The commissioning party therefore did not systematically become the author (rightholder).⁸⁵

Given the multiple factors involved in determining authorship (ownership of rights), it is hardly surprising that authorship (ownership of rights) was not explicitly vested in the commercial user (i.e. the employer or commissioning party) in all legislation adopted in the years 1880–1920. The German legislator for example was silent on this issue. According to an explanatory statement, relations between parties could vary *in terms of category of works* (works of art or of applied art, photographic or architectural works, etc.) as well as *in terms of practices*. However, for the legislator it went “without saying” (“*selbstverständlich ist*”) that even if not expressly stipulated by contract, authors’ rights must be *considered transferred to the commercial user* if this could be presumed to be what the parties *intended – according to the individual circumstances of the case*. “It is generally accepted that an author’s rights are transferred to a promoter, whether the author has provided services

or service”, Lepaulle, *op. cit.*, p. 60. More generally, Vaunois states that court rulings in this area were “cautious and reserved; they are mostly negative prescriptions rather than positive assertions”, *Le Droit d’Auteur*, 1924, no. 2, p. 22, col. 1.

85. For an example in France, see also the contemporary scholar Stéphanie Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d’auteur français*, Paris, Litec, 1999, no. 416, p. 175. See also *Le Droit d’Auteur*, 1924, no. 2, pp. 20–22. And in the Netherlands: “during the revision of the copyright law resulting in the 1912 Act, the Dutch government rejected a proposal to consider both employers and commissioning parties as ‘authors’, stating that while an employer has a right to the fruits of his employee’s labour and should therefore be considered author unless agreed otherwise, vesting copyright ownership in the commissioning party merely because he pays for the work would be contrary to the basic principle that copyright vests in the person who made the work”, J.M.B. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine. Authorship, Copyright Ownership and the Exploitation of Creative Works in the Netherlands, Germany and the United States*, Deventer/Boston: Kluwer International 1994, p. 85.

as an employee or contractor. But such a *presumption* could not be included in the law because of the diversity of individual scenarios.⁸⁶

As authorship (ownership of rights) was determined on a case-by-case basis, creators always had opportunities to react and come forward if they wished. It was no accident that the legislation adopted during this period sometimes vested authorship (ownership of rights) in a person other than the creator in cases where the creator did not sign the work.⁸⁷ But despite these opportunities, when creators were not involved in the commercial exploitation of a work, they were not seen as the authors (rightholders). This could have been because of their weak bargaining power. As we can see, the issue of authorship (ownership) of rights was also *a question of the balance of power*. The balance of power always determined how the roles of various parties participating in the creation of value were distributed. This was why in practice, it was generally the person with enough resources and with sufficiently high social and economic status (recognition, money, symbolic capital) who reserved the right to exploit a work through contracts with the actual creator. Resources and status conferred a stronger negotiating position, enabling the stronger party to impose terms – to put its signature to a work and exploit it in their name, to be associated with it, to present itself as the author of the work etc. – and in that way assert authorship over it. These were the conditions underlying how relations between parties were legally structured and it was these conditions that would be examined by the courts

86. *Le Droit d'Auteur*, 1906, no. 2, p. 15; see the original in: *Reichstagsverhandlungen 11. Leg. Per. II. Sess. 1905/1906, Nr. 30 der Drucksachen (Begründung)*, available online https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt_k11_bsb00002830_00598.html. See pp. 1534-1535 (“Der Entwurf sieht von einer Regelung der Frage ab”).

87. See note 77 above.

in the event of litigation. Therefore, the role of legislators and of the courts was to legitimise the practice whereby the person with the most control over the exploitation of a work was deemed the author (rightholder), according to the circumstances of each case. In this way, they maintained and upheld the status quo where the stronger party was associated with a work and the one who asserted authorship (ownership of rights) over it. In these scenarios, the creator was not seen as the author (rightholder) precisely because authorship (ownership of rights) was not vested in the person per se but was rather a means of adding value to a work.

Thus, when the creator of the work was not involved in its commercial exploitation, authorship (ownership of rights) was not autonomous and instead became an attribute of the work.

B. Authorship (ownership of rights) as an attribute of a work

Authorship (ownership of rights) was vested in a person other than the creator because of the necessity to ensure that the person exploiting the work had legal certainty as to its commercialisation. In this scenario, what was important were the rights in a work rather than the *status* of author. Authorship was no longer about status and more about ownership. In fact, authorship now meant ownership. In this line of reasoning, the author did not become the rightholder. On the contrary, the owner of the rights became the “author” (Ownership of rights as a determinant of authorship - 1). The point of vesting authorship (ownership of rights) in a person other than the creator was to add value to the work. This was why a creator uninvolved in commercialising a

work had neither the resources nor any interest in being designated its author (rightholder). But depriving creators of economic control over their work in this way by vesting authorship in another person could not be said to be in their interests (Authorship (ownership of rights) as a means of adding value to the detriment of creators - 2).

1. Ownership of rights as a determinant of authorship

In order to commercialise and add value to a work, commercial users were more interested in asserting ownership of rights than authorship. This was because owning the rights gave them the right of disposal over a work such that they could create value from it and were often even associated with it as the actual author.⁸⁸ This was what conferred rights and specifically what determined their market position, their performance and their competitiveness. Even when commercial users called themselves authors, it was not the status of author as such that interested them. That gave them no additional benefit in the creation of value. During the years 1880–1920 commercial users did not yet have moral rights. These were in principle vested in the creator. Moreover, at the time, moral rights had not as yet been fully incorporated into copyright law. They were not yet seen as the “prerogative” of the author in the strict sense of the word and consequently were not inseparably linked to the status of author. The fact that the *creator* was able to *retain the status of author* did not entail *any risk for the commercial user*. Compared to the mid-19th century,

88. For example, in Germany at the time, the status of the author as creator was repeatedly asserted. Under German law, employers and commissioning parties were not considered “authors” in the strict sense of the word – although they often were by the public because in practice it was they who were associated with the work.

discussions on the status of the creator of a work became more structured, more conceptualised, and the necessity of acknowledging the creator as the author of a work was not only accepted but also clearly expressed and even emphasised. The protection of the person of the creator and his intangible link to the work went hand in hand with the development of the concept of moral rights.⁸⁹ However, even though the legal mechanism to protect the interests of creators in their relations with commercial users continued to develop conceptually during this period, creators were not always in a position to assert their rights. They often did not have a strong enough bargaining position to assert either authorship or their personal connection to the work. Note that at the time, assignment of moral rights was non-problematic.⁹⁰ This was why the status of creator as author did not inconvenience commercial users in any way – or threaten their economic interests. Commercial users holding the rights in a work were regarded as the owners and as having no further obligation in respect of the creators. At the time, there was no mechanism or any other economic safeguards to ensure creators were remunerated in line with the commercialisation of their work. Rights were transferred to the commercial user and creators had no pecuniary claim over their work. They did not even have standing in infringement proceedings.⁹¹ They could no longer challenge

89. On this, see Laurent Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? : la formation du droit d'auteur du XVII^e siècle à la loi de 1957*, doctoral thesis. Robert Schuman University (Strasbourg III), 1999.

90. Even in France: see for example, Edouard Silz, *La notion juridique de droit moral de l'auteur : son fondement-ses limites*, RTD civ. 1933, pp. 331-424. See pp. 408-411.

91. "Naturally, the real author, but whose signature is not put to the work, has no standing in infringement proceedings", Copper, *op. cit.*, no. 65, p. 131. He continued: "the public and the law will see the author as the publisher, the party who presents and commends the work to the public. Only that party is entitled to instigate infringement proceedings", *Idem*, no. 66, p. 136. Although more nuanced, Pouillet held roughly the same position: Pouillet, *op. cit.*, no. 621, p. 646; no. 623, pp. 647-648; p. 257, note 1.

the scope, duration or exclusivity of commercialisation.⁹² The fact that ownership of rights rather than authorship was vested in commercial users was also sufficient in terms of potential disputes with other rightholders. Once the work had been created, usually just one commercial user⁹³ claimed authorship or ownership of rights. The concept of ownership of rights shared between several persons was not well developed at the time (at least in scenarios where it was the commercial user rather than the effective creator who added value to the work). This was why vesting the rights in commercial users made them the “owners” of works. They had all the rights and in practice this prevented disputes. The very idea of disputing “ownership” was unknown in the years 1880–1920.⁹⁴ In view of the above, whether rights (*cessio legis*) or authorship were assigned was irrelevant when it came to the commercial user. Either way, they had legal certainty as to its commercial exploitation. Many countries at the time were vesting ownership of rights (authorship) in commercial users, despite advances in the status of the author as creator. Even where the concept of author as creator was accepted by a country, this did not affect the rights of commercial users in other jurisdictions and consequently would not affect their peaceable use of a work elsewhere. There was no uncertainty for them here. In any case, to avoid any risk, all they had to do was add a rider to contracts with the actual creator of the work.⁹⁵ In short, even in cases where

92. Remember that “exclusivity” was an imprecise concept at the time.

93. The concept of shared ownership only started to emerge in the 1930s.

94. Many disputes on this issue emerged only in the 1930s, following intense technological development.

95. Except in the case of publishers of anonymous and pseudonymous works where the publisher was considered the author (rightholder). Even though there was little difference between author or rightholder for publishers, their legal position was determined by their contract with the creator of the work, who at times could be in a strong bargaining position to defend their own interests.

there was a difference in theory between “author” and “rightholder” this had no practical impact on the commercial user.

The above analysis explains why the issue of author status did not arise in litigation on the economic rights of commercial users. The courts were more inclined to focus on specific aspects of the commercialisation of a work and on the prerogatives of the putative rightholder. The point was more to determine who was *entitled* to exploit a work in some way rather than to identify the author. Consequently, there are no cases where the courts vested authorship in a person other than the creator. Either the concept of “author” was not used or the concept of “rightholder” or “owner” of the work was used instead of “author”.⁹⁶ This did not prevent scholars from using the term “author” in reference to a work. This was the case in France in particular. And it seems the situation was similar in other countries. The status of author itself did not therefore raise any questions in practice when it came to exploiting the work. Authorship was irrelevant to commercial users; their interest was in securing ownership of rights. Creators did not seek recognition as authors because they were often in a weak bargaining position. Any potential claims in respect of their moral rights (rare unless they were involved in adding value to the work, but possible in theory) related to the economic rights of the commercial user.

96. See for example, the following far-reaching French ruling, which is quite illuminating: “by law, artistic work commissioned by a publisher in view of publication becomes, from the outset, the exclusive and personal property of the publisher”, *Trib. Nantes*, 27 March 1905, D. P. 1907.2.297. Even here, the ruling refers to the publisher as the “owner”. And yet it acknowledges that “duration of copyright shall depend on his lifetime”, (*ibid.*, note Ch. Claro).

However, even when a commercial user added value to the work, the concept of author was still commonly referenced in commentary at the time. This could indicate that the concept was understood in a completely different way to that of creator. Let's take a look at the context in which this concept was used. In scenarios where it was commercial promoters that exploited works, the "authors" – if they made an appearance at all – only really surfaced *during commercialisation and to the extent necessary* to determine who owned the rights. It was therefore commercialisation that determined authorship. The author thus became *secondary to the exploitation of the work*. Because commercial users were mainly interested in securing the rights, it was *ownership of rights that justified recourse to the concept of author*. This was how the matter was often seen by scholars at the time, at least in countries where it was understood in a broad sense.⁹⁷ Moreover, when the commercial user added value, *ownership of rights determined authorship*. In other words, unless the concept of author denoted the creator, it was treated as synonymous with "rightholder". How else to explain the confusion between "author" and "rightholder" in the years 1880–1920? The confusion became even more entrenched at a time when the conceptualisation of authorship was underdeveloped and there were few or no regulations regarding moral rights. How else to explain that the word "author" in the language of the time was often associated with the "owner" of the work and not just the actual creator? How else to explain that in most

97. The stance of French theorists, for example, is telling: "to enjoy the prerogatives attached to the creation of an artistic work, one must be the author or one of his legal successors. It is therefore very important to determine what the word author means", Longueville, C., *op. cit.*, p. 39. See also Pouillet on the same topic, who stresses the importance of identifying the author because "literary and artistic property rights derive, in principle, from authorship", *op. cit.*, no. 120, p. 156. Similarly, Vaunois (*op. cit.*) referred to the author in a chapter entitled "Holders of authors' rights" and Copper (*op. cit.*) discussed the author in a section entitled "Persons with artistic rights by law".

countries specialists did not clearly differentiate between “authorship”, “initial ownership”, “derived ownership” and “ownership” of a work? The concept of author referred to the author-creator, the initial rightholder, but also to the person to whom the rights were assigned, whether implicitly or explicitly (publishers of anonymous works in some countries, for example). Regardless, it is not always easy to determine from the work of scholars, courts and legislators whether economic rights were assigned or whether the commercial user was directly recognised as the author over and above the creator. In fact, it was not possible to make such a conscious distinction as specialists saw no such clear distinction. This was because the matter was irrelevant in practice. This was why the terms “author” and “rightholder” were sometimes used in a manner that might seem inappropriate and arbitrary to contemporary legal scholars. From this we can conclude that ownership of rights epitomised the concept of author at the time. Compared to the mid-19th century, ownership of rights gained in importance over authorship and in fact the former became contingent on the latter. Thus, the concept of “author” used in reference to commercial users during the years 1880–1920 should not in any way be construed as a *status*. “Author” meant the same thing as “rightholder” – at least in cases where the effective creator was not involved in commercialising the work. It would be incorrect to refer to the commercial user as having authorship *status*. In other words, there was no strict hierarchy between the concepts of “author” and “rightholder” (as applied to the creator of a work). The two concepts had equal value and were interchangeable. This meant that a commercial user could “bypass” the author to become the “owner” of the work and take over the rights to it. It also explains why in practice the courts dispensed with the concept of “author” when it came to determining the rightholder.

Although scholars spoke about the author, they actually meant the rightholder. How did this confusion come about? Why did they refer to the “author”? Perhaps they were endeavouring to legitimise ownership by commercial users of works that they had not actually created, in contrast to what had been the case previously. In the mid-19th century, the creator of the work was deemed the owner because he had authored the work. But in the years 1880–1920, creator and rightholder were no longer necessarily synonymous. The commercial user could be denied authorship in favour of the creator, based on the argument that only the creator could *create* the work and was therefore its author. But at the time, authorship was based on the exploitation of a work rather than on creation. Calling the creator the author had no practical consequences when it was the commercial user who exploited the work. Ownership of rights had to be vested in someone other than the creator. Consequently, as a general rule, all rights in such scenarios were vested in the commercial user. But what was the justification for this? Given that previously the “author” was the rightholder, why not regard the commercial user as the author (especially as the creator in these scenarios was often not in a position to assert either authorship or their moral rights)? Thus, the commercial user became the “actual author” of the work, to the extent even that sometimes commercial users were referred to as having “created” the work to vindicate vesting authorship in them. In these scenarios, “creative” activity was interpreted broadly, including not only the effective creation of the work itself but also other factors in relation to its commercialisation. Legislators⁹⁸,

98. For example, legislators in the Netherlands referred to the “*intellectual concept* of the author”. According to this concept, when the idea and manner of expression were set out in a plan that was so detailed that it required only material execution, the person who drew up the plan was deemed the author of the work. See Seignette, J. *Challenges to the Creator Doctrine*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1994, p. 64 (in reference to the

judges⁹⁹ and scholars¹⁰⁰ during the period at times spoke of the “author” who “created” a work, by which they actually meant the person who came up with the idea, who initiated, organised and directed the creation of the work, without being directly involved in its execution, while the actual creator was viewed as a functionary with no creative involvement. However, this approach was not common. Even when the language used referred to the “creation” of a work, even when there was confusion as to which activities related to creation and which to commercialisation of a work as vindication for vesting authorship in the commercial user, no one seems to have seriously contended that the commercial user “created” the work. Especially as ownership of rights was vested according to the commercialisation, not the creation, of a work. Using the term author was therefore more a sort of *legal technique, a means to justify* vesting authorship in commercial users, undermining the actual creator and their personal link to the work.

2. Authorship (ownership of rights) as a means of adding value to the detriment of creators?

In the years 1880–1920, when authorship (ownership of rights) was vested in the commercial user, it was as an *attribute of the work* rather than *of the person*. The point of authorship (ownership of rights) was not so much to *ensure the person was acknowledged* as such or to ensure that they profited

legislative work). Article 6 of the Dutch Copyright Act (see note 16): “where a work has been made according to the design by and under the direction and supervision of another person, that person is considered to be the author of the work.”

99. For United States case-law, see in particular Bracha, *op. cit.*, pp. 261-262.

100. “the work is produced by a purely legal entity (e.g. a trading company) rather than a natural person, and that entity claims sole authorship, encompassing all those who took part in the work”, Vaunois, *op. cit.*, no. 1, p. 2.

from their work as to *add value to the work*. Authorship (ownership of rights) was therefore only vested in the person to the extent necessary to add value to the work itself. Hence, authorship was *part of the process of creating value* – at least when authorship was vested in a person other than the creator. In other words, it was a *condition of the creation of value* rather than a *consequence* of that creation. Authorship (ownership of rights) was therefore not *proof of the status* of the person who *created value*. On the contrary, authorship was vested in the person *who added value*. It did not vindicate a *status already earned* but *identified the function exercised*. It did not *assert the entitlement* of a person and his right to just reward, it *confirmed* the position of those involved in the process of adding value to a work. *Singling out* one person over and above others in this way had two effects. Firstly, authorship (ownership of rights) could be used to reinforce a person's position by attributing a work to him and by acknowledging his *power and freedom to act* in a particular manner in relation to a work. Secondly, vesting authorship (ownership of rights) in someone meant *making him responsible* in some way for *demonstrating the utility of the work*. It was in a way *paid forward* to that person, who in return had to increase the value of the work in order to remain considered the author (rightholder) of the work. The point of authorship (ownership of rights) was therefore to ensure that a work was exploited. There were two major consequences for the creator in terms of authors' rights and status. Firstly, a creator who did not add value or commercialise a work had no rights over it. This was because at the time, rights produced no direct benefits. *The benefits depended on the value of the work*. Consequently, rightholders only retained their rights to the extent that they added value to the work. Thus, at the time, authorship (ownership of rights) was not just an intentional act or a requirement but above all a

constraint: one *had to* be an author (rightholder) to be able to create value and hence have rights in a work. And yet to commercialise a work and *have rights* over it, the person asserting ownership of rights needed both social and economic status and resources, obviously not the case for the creator. Creators did not always have the resources or the social and economic status to add value to the work and therefore it was not always in their interests to be the rightholders. Conversely, creators who did not add value or commercialise a work did not actually need to be recognised as authors. What would be the point of vesting authorship in creators given the public often did not even associate them with the work? They also did not have any bargaining position to assert their position. This meant that not only did the creator of the work not benefit from the work but also their status as author was not valued. In short, in scenarios where the commercial user had a large measure of control over the commercialisation of a work in the early 20th century, the creator of the work *was not*, but also *could not* and above all *had no interest* in being the author (rightholder).

The creator at the time was not systematically well protected in practice. Although the status of the creator as author in the last thirty years of the 19th century was acknowledged and emphasised in many countries, creator protection varied, depending on involvement in the process of adding value to the work. This explains the *apparent inconsistency* between what legislation said about the author-creator in theory and how authorship was defined in practice. But actually there was no inconsistency. Securing authors' rights was simply *conditional*, contingent on their contribution to the creation of value. Author-creators who commercialised their work had particular protection. They were indisputably

acknowledged and honoured as *rightholders* based on their *status as authors*. With the gradual recognition and protection of authors through the development of moral rights over the years 1880–1920, the legal position of rightholders became even stronger in practice. However, when commercial users exploited a work, there were no practical consequences to their legal recognition as authors. Moreover, there were no disputes concerning either authorship or rights. Creators did not always have a participating interest and most importantly, they did not have the resources to assert their rights. Thus, although author-creators in these cases occupied a particular place in the reasoning behind regulations introduced at the time, they were far from being effectively protected in practice. When it was enshrined in law, the status of author-creator was merely symbolic and irrelevant, so much so that the commercial user was not only the rightholder but was also considered the actual author. At the time, authors' rights and copyright law were not yet sufficiently developed to protect creators based on their creation of a work and hence their status as author. No consideration was given to the perspective of the creators of a work and no steps were taken to protect them.

The *main objective* of copyright protection was not to *protect the actual creators of works* but rather to ensure that works were commercialised. That was why the commercial user was given priority. Not only were creators no longer the main focus, purpose and central figure of authors' rights and copyright law, *they were outside its scope. Their interests were wholly disregarded.* Because ownership of rights was vested in the commercial user, creators no longer owned their work and their physical connection to it was severed. There was no legal mechanism to secure wider protection for the weaker party, no mechanism for them to assert their personal link to the work. And yet, few at the time took the side of the

creator of the work over the commercial user who owned the work, at least in cases where the latter had significant control over the process of adding value, the exploitation of a work. On the contrary, legislators avoided legislating in this area. They adopted social practices, upholding the existing balance of power. It was considered fair and desirable to protect commercial users as authors (rightholders). They were facilitated, always and almost without reservation, because they were the ones adding value to the work. Was it acceptable that the creator, the author of a work, was not the rightholder? Was it acceptable that the creator should have their authorship *stripped* from them? Was it not contrary to the spirit of authors' rights to assign authorship to commercial users *with no reward* for creators? What should have been done to *further protect* the interests of creators given the strong position of commercial users, who retained all the profits? None of these questions were posed – indeed they could not be because specialists at the time did not reason in these terms. Following the changes in how cultural value was created in the final third of the 19th century, relations surrounding the production of value were reorganised. However, conceptualisation of copyright in the mid-19th century remained very underdeveloped. The consequence of this was that specialists in the years 1880–1920 *made no association between authors' rights and the interests of creators*. Copyright law became a means to ensuring the exploitation of a work instead of a means to uphold the interests of creators. The focus was on serving the work rather than the creator of the work. Rights were no longer *necessarily vested* in creators. For legal scholars at the time, the fact that creators no longer had any rights was perfectly natural. Creators were not perceived as “dependent” in terms of status and position; they were not seen as the “weaker party” who needed better “protection” from commercial users attempting to appropriate their rights and even their authorship status. No one thought of developing a

mechanism for transferring rights instead of amending the definition of author. For lawyers, *the person who added value to a work was the one entitled to the rights*. There was no talk of creators being “devalued”, “defrauded” or “deprived” of their rights when commercial users owned the rights. There was no conception that creators deserved some kind of *reward or recompense*. For who could be deprived of rights that were not their due? How could creators be “devalued” if they were not considered important? How could they “have any value” in cases where they did not exploit, did not add value to the work? In fact, *the principle of the author as creator did not exist at the turn of the 20th century*.

Was vesting ownership of rights (authorship) in someone else *contrary to the interests of creators*? In a scenario where commercial users had a large degree of control over the exploitation of a work, were the interests of the creator of the work sacrificed in order to create value? *If a creator did not add value to a work and was not its author (rightholder), did the fact that copyright law disregarded their interests mean that they did not benefit at all?* Did it mean that creators’ interests were wholly disregarded, *even though it was they who created the work?* Although copyright law disregarded the interests of creators who did not exploit their own work, there was no conclusive evidence that they were completely overlooked in practice. On the contrary, they were taken into consideration. Why should the exploitation of a work not be wholly aligned with creators’ interests? Why should they not also benefit? Take the case of creators working as employees. Firstly, the argument went, they could not have created the work without the resources of the commercial user. Secondly, they had a guaranteed wage, regardless of whether the work was successful – commercialisation was always somewhat *risky*. Their economic and social status was also *stable*. Given the economic and

social turbulence at the turn of the century, their employment contracts provided them with a secure position. It was in creators' interests that the commercial user, the person who added value to the work, was the rightholder. Adding value to a work boosted the commercial user's performance and competitiveness and this in turn had an impact (albeit indirectly) on the economic and social status of creators. According to this argument, *adding value to a work was perfectly in line with creators' interests* and they fully benefited from the work, albeit not directly in relation to royalties. But does that mean that the absence of creators in copyright law was merely *apparent*? Did the limited scope of creative activity in the vesting of ownership and even authorship not "devalue" creators? In short, does the fact that creator reward and status was not an issue of interest in copyright law in the years 1880–1920 not amount to saying that the entire system – the paradigm – of copyright law was organised and structured in exactly such a way as to ensure that the reward came from elsewhere, outside the mechanism of copyright and authors' rights

(English translation by Miriam WATCHORN)

MORAL RIGHT... AND ITS EUROPEAN DESTINY

PHILIPPE GAUDRAT



[Professor emeritus of the University of Poitiers](#)

1. Hated by some¹, sanctified by others², the “moral right” is usually misunderstood. It is true that the pairing of the adjective “moral” with the noun “right”, between pleonasm (when one focuses on the rule) and oxymoron (when one insists on its sanction), confuses more than it clarifies. In the doctrine of the second half of the nineteenth century, the expression (sometimes in the plural) appeared, without any particular linguistic explanation, as the designation of a series of prerogatives accorded to the owner of a creation of the mind. According to the meaning given to the adjective by the *Petit*

1. J. RAYNARD, Comment, Cass. civ. 1st, March 10th 1993, *JCP*, 1993, II, 22161; B. ACCOYER, *JOAN*, Session of 16 June 1998, p. 4 and 5.

2. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005 ; A. FRANÇON, (answering J. RAYNARD), *D.*, 94, jurisprudence, p. 78.

*Larousse*³, does it not describe the nature of the creation and the incorporeity of the property of which it is the object? In order to penetrate the mystery, there seems to be some advantage in asking for the etymology.

2. *Moralis, e* means “in relation to *mos, moris*”. But “*mos*” initially refers to the will that one unilaterally projects onto others⁴. When the concept is bilateral, it is precisely the way one expects others to behave that constitutes “*mores*” (or *customs*). Reflected, it refers to the will that the subject applies to himself: the morality that he imposes on himself. So-called “moral” right corresponds to this structure, but not to this nature. It consists in a power of coercion (because it is a right) that the creator can exercise against the obliged intermediaries of communication, in the name of a higher collective interest (including his own), different from the individual economic interest that he can exercise through the patrimonial side of his property. The mechanism is not limited to a *self-discipline* of the communication agents resulting from a *collective belief*: the power of the author is sanctioned by the penalty of counterfeiting. But by protecting the cultural interest shared by the author and the public, without which the function of the operator would have no reason to exist, it guarantees, by means of a private instrument (property), a *collective value of general interest*; this justifies its precedence over economic rights (which in turn serves a *purely private* interest).

3. Moral: “in relation to the spirit, to thought, as opposed to the material and physical”.

4. For example: *ex alicujus more, alieno more vivere*: to live at the pleasure of another; *obediens mori atque imperiis patris*: to obey the will and orders of the father; *morem alicui gerere*: to carry out the wishes of another, to yield to the desires of another (quotations from the *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, F. GAFFIOT).

3. The first article of the law of 11 March 1957 (article L.111-1 Intellectual Property Code—hereafter “IPC”) contains a concise statement of the *droit d’auteur* doctrine from which the moral right derives. It provides: “*The author of a creation of the mind possesses, by the mere fact of its creation, an exclusive immaterial right of ownership enforceable against all; this right comprises intellectual and moral properties, as well as economic properties, which are defined in Books I and III of this Code*”. The attributes of *intellectual and moral order*, known in short as “moral right”, and the attributes of *patrimonial order*, known in short as “patrimonial rights”, are the two “components” of the author’s immaterial property, by means of which the form of communication to the public is captured, in the same way as *usus, fructus and abusus* allow the material to be captured in the material property of the general law. However, it is necessary to specify an important point: the *right of divulgation* must have been exercised in order for the two properties to be available! This (essential) aspect obliges us to mention immediately the “*inextricable problems linked to the concept of divulgation*”⁵...

4. The *act of divulgation* is a *phenomenon of free and unregulated diffusion* (of a message, information, description or work) from a *single source* to an inorganic mass of *persons in a position to know about it*⁶. The capacity to experience it (which implies recipients *with a capacity to know*) is crucial: to things (animate or not) the same outpouring would not be considered a *divulgation*! This “act” is treated differently by different legal systems: in the

5. V. PATARIN, Comment, Cass. civ. 1st, June 4th, 1971: *JCP G*, 1972, II, 17164.

6. The prefix “di” contains, in Latin as in French, the idea of an *explosion*, and “vulgatio” (based on “vulgus”) refers to the idea of an *inorganic mass* as the recipient of the process. The recipient is *collective and unknowable*...

droit d'auteur's law, it is the *subject of a subjective right*, the exercise of which is *reserved exclusively* to the author. But in patent law, *the act of divulgation* (even involuntary) has the opposite effect: it prohibits *access to the monopoly* reserved by the deposit. This inversion of meaning makes it impossible to borrow from one system to explain the other⁷.

5. The author's right of divulgation is both the first chronological manifestation of his ownership and the last chance to retain the work before it irretrievably escapes him. Between these two dates lies the entire program of his (real) intellectual property. Until then, his property is only incorporeal, because its object is the (incorporeal) form of expression (as proclaimed in article L.111-1 al.1); it is not yet intellectual, because it has not yet spread to the minds of amateurs through divulgation⁸... It should be added that it is between the exercise of this right and the loss of any control (by the dissolution of the creation in unknown minds) that the "attributes of the author" (exploitation right and moral right) appear when the author entrusts the communication to a communication operator: in other words, when he decides to exploit his property. In fact, if we consider the range of possibilities open to the author, he can, on the basis of his discretionary right, refuse any divulgation, even after the completion of his work, which only he can judge.

7. *Contra*, A. LUCAS *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4th ed., No. 516.

8. Property is classified according to the predominant character of its object: corporeal, incorporeal, or intellectual. Form, free from matter, becomes in-corporeal (while remaining inert). But could it be said that, in continuity, form becomes intellectual through its diffusion? Not exactly: it does not cease to be incorporeal, but rather, as a new fact: the intellect of the amateurs takes hold of the external form in order to conceive (passively) the internal form conceived (actively) by the author. This third stage, which seals the cultural pact, characterizes this unique good: born in one mind, it completes its course in another mind; by its two extremes, it deserves to be called the creation of the mind! No other good can be compared to it. This singularity deserves to be signaled by the adjective intellectual...

6. But he can also choose to *divulge his work personally*, revealing it only to a more or less open group of amateurs⁹; this option does not prohibit appealing to public generosity. It is understood, however, that the income the author will derive from this *personal exercise of the right of divulgation* will be limited to those who are physically present. He will only receive a *substantial income* if he decides to divulge *corpore alieno* by hiring a *communication operator*. Only then, by *losing all control* over the modalities of diffusion in exchange for a *multiplication* of his profits, does his property *change configuration*: it diffracts into a *right of exploitation* and a *moral right*. It is only this shift that is traditionally considered as *the exercise of the right of divulgation*, or “divulgation” for short. But the personal exercise is already an exercise! For our part, we prefer to oppose *simple* or *personal divulgation* (without consequences)¹⁰ to *full* or *corpore alieno divulgation*¹¹.

7. This is the reason why (there is no need to write it) the full exercise of the right of divulgation *necessarily takes place* between paragraphs 1 and 2 of article L.111-1 of the IPC: according to the first paragraph, the property arises from the *sole fact of the creation* on the form of expression¹²; according to

9. But... isn't he performing his creation? No, strictly speaking, he only divulges his improvisation or the interpretation of the creation that he has memorized. He would only be led to assign his right of representation (after having exercised his right of divulgation) if he authorized a third party to communicate (or to have communicated) his creation to a public... This difficulty had led us to distinguish, within the right of divulgation, in the fascicle *JCl*, No.1211, which we had dedicated to the right of divulgation, an attribute of divulgation (in case of diffusion by the author) and an attribute of patrimonialization (in case of diffusion by a third party); this fascicle was finally entrusted to the daughter of the director of the collection, because it contradicted his conception (*V. infra*, §§ 72 sq).

10. Called “public divulgation” by the article L.111-2 IPC; it is considered “indifferent”.

11. Only valued by the article L. 121-2 IPC and intended to make appear the attributes.

12. A. PORTRON, *Le fait de la création en droit d'auteur français : étude de l'article L. 111-2 du code de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2021; The author, in his remarkable study, only highlights the mechanism of the emergence of intangible property and stops at the threshold

the second paragraph, the attributes into which this property is broken down *once (only) the full divulgation is exercised* are specified. What would be the point of worrying about the way in which the work is “*communicated to the public*” as long as the author has not *made a sovereign decision* divulge it; what would be the point of worrying about “moral right” as long as the work has not been *communicated* to the public? One could, of course, condemn the fact that an operator does not respect either the work or the author’s name *outside the context of its exploitation*, but what *legal interest* would these questions have if the work were not disseminated to the public? And finally, against whom would he exercise this moral right if he had not involved a third party in the diffusion? In short, in the absence of some stake and a debtor, there is neither an economic right nor a moral right *as long as divulgation has not taken place*; one could certainly have recourse to *possible rights*: the *attributes* would only be *possible before divulgation*. However, since divulgation is *absolutely necessary* for them to become *actual*, it seems to us more definitive to make them *arise* from divulgation, understood as the *full exercise of the right!*

8. Both history and comparative law show that, without property, the construction of an *authentic* and *synthetic* moral right does not take place¹³. It is its *most important component*, to the extent that a temporary episode of

of divulgation. On the other hand, O. SALOMON—in *his Essai d’une théorie du voisinage des droits exclusifs au sein de la propriété littéraire et artistique*, Poitiers, 2021, to be published—develops most of his argumentation on the basis of a divulged interpretation. Even if the Court of Cassation did not dare to confirm the recognition of the performer’s right of divulgation (even if implicit), it remains that there is an essential difference in the modalities of exercising this right: the live performance requires only a simple divulgation (which fades before the labour law), whereas the birth of the related right requires a *corpore alieno* exercise of the right of divulgation!

13. The *exceptional attributes* in American law, which apply only to *certain creations*, are merely opportunistic and temporary extensions of the *legal monopoly* that is *copyright*.

monism could lead one to think that property *was reduced entirely to it!* In the end, it turned out that the *confusion* lasts only *until* the full divulgation; then property is diffracted in its two attributes¹⁴, leaving only the *chronological*, then essential precedence that article L.111-1. al.2. places between them. It would therefore be a very bad idea to think that it is necessary to *isolate* the moral right in order to study it better: it is *the soul of this property*¹⁵ and is never more itself than it is imagined to be *in its environment!* Thus, although it is undoubtedly different *in its nature* from the patrimonial right (a fact underlined by the non-equivocal concept of *dualism*) (I), it cannot be *functionally dissociated* from it: these two rights form the *two faces* of a *bifunctional* “intellectual” property, at the same time *one* and *inseparable* (II).

I. OPPOSITION OF THE NATURE OF THE TWO ATTRIBUTES OF PROPERTY

9. Literary and artistic property seems to be based on a *trio of persons* performing *three functions*: the creator, the operator and the public. A simplistic presentation invites us to dissociate this trio into *two individual contractual relationships*: that between the author and the operator, on the one hand, and that between the operator and each member of the public, on the other. But we quickly realize that this presentation in terms of *two individual and interlinked contractual relationships* is disappointing: it only allows us to

14. This is reflected in the structure of the Code: Chapters 1 and 2 of Title 1, devoted to the subject matter of the right, explain how *intangible* property is created in form. Chapters 1 and 2 of Title 2, on the other hand, deal with the attributes arising from *full divulgation*.

15. In the sense that the *rope* is considered to be the *core* of a steel cable. Moral right is the first to be established by law; they were *historically* established long before patrimonial rights (*the right of paternity* claimed by Horace or *the right of publication* invoked by Cicero).

perceive the legal nature of the contracts concluded; on the other hand, it does not in any case allow us to specify the *global framework* in which these contracts are inscribed; it is precisely to this global framework that the *moral right* belong as an *element of the exploited property*...

10. In fact, the *contractual relationship* between the author and the operator consists of a *work for hire* doubled by the *very specific assignment* of the *droit d'auteur*¹⁶; it does not make it possible to invoke the *moral right* because it only concerns the *pecuniary interests* shared by the contracting parties. As for the contract concluded by the *operator* with the *public*, it cannot concern the moral right either, because this time it is *alien* to the creator. This design, therefore, makes the impasse on the *moral right*; what fatally gives the impression that it is *accessory*, even *superfluous*...

11. This situation is due to the fact that, if the *creator* and the *operator* each performs *only one function*, the *public* is the most *complex* and (*still*) *least studied* entity: it is composed of a *group of people* dispersed over a more or less *vast*¹⁷ territory, forming a more or less *heterogeneous*¹⁸ group that simultaneously performs *two functions*: an *economic* function (the simplest) and a *cultural* function (the richest). The result of this new analysis is that the

16. Cf. Ph. GAUDRAT and A. ZOLLINGER, "La cession en propriété littéraire et artistique : le modèle français du droit d'auteur (rapport français)" in H. BOUCARD, J. LETE, R-N. SCHÜTZ, E. SAVAUX (eds.), *Les recodifications du droit de la vente en Europe*, and with the scientific collaboration of R. PAZOS, PUJ Poitiers, coll. Actes & Colloques, 2021, p. 745.

17. This ranges from a *company's* audience (to avoid the "family circle") to the global audience of the *Internet*.

18. A *cultural homogeneity* necessarily pre-exists between the creator and his public *through language*, so that a public of *literary works* exists. It is only in the case of *musical* and *plastic* works that the *universalism* of the public appears to be real... even if it remains relative because of *implicit cultural expectations* that reconstitute invisible boundaries (perspective, tempered or moderate music).

true scheme on which *literary and artistic property* is based is more *complex* than the initial approach suggests; it is based not on *three* but on *four* functions, which are combined in *two pairs* (A). These two pairs are translated, within the *complex legal relationship* that the *author* establishes with the *operator*, by the *two constitutive attributes* of *intellectual property* resulting from a full divulgation; these two attributes inherit an opposite *legal nature* from the *antagonistic functions* from which they result (B).

A. Origin of the Two Pairs Out of the Two Functions

12. We must begin by focusing on the **two functions** (1) in order to understand the *two pairs* that implement them (2).

1. Presentation of the Functions

13. The *economic function* is carried out only by the *operator*; it determines the *economic value* of the *cultural product* (a). The *cultural function*, which induces all the dynamics of diffusion, rests only on the creator, who is the only *motor* of it (b).

a. Economic Function

14. The economic function is concerned with the adaptation of *supply* to *demand* between a *supplier* (the operator) and a *consumer* (the purchaser of the *cultural good*) and derives from this the *rarity* that objectively determines the value of the good exchanged. However, it is necessary to consider the way

in which *this rarity is determined*, taking into account the specificities of the product or, more precisely, of what is taken into account within the product...

α) Assessment of Rarity

15. The *cultural product* (possibly) consists of two parts; if it comes from an activity of *reproduction*, it consists of a dedicated *material support* and a *form, incorporeal*; but if it comes from an activity of *performance*, it consists *only of the form* conveyed by a versatile support. Now *rarity* is constituted according to different modalities for *corporeal things* and for *incorporeal things*.

α-1) Generating Rarity

16. Corporeal things are endowed with an *objective rarity*, which results from the fact that they must be *produced* (always from a *raw material*) by an industrialist who has a *limited* production capacity; this determines their rarity. On the other hand, *incorporeal things*, because they *lack corporeality*, do not have this objective limitation. Of course, the use of a *specific medium* (a reproduced copy) introduces, by chance, an *objective rarity* that can be attributed to this medium; but all hypotheses of the diffusion of form through *polyvalent media* discard this objective rarity (ambient air, loudspeakers, screens...). In this way, their *rarity* tends to zero, their prices also tend to zero, unless one has *legal protection*: this is the dialectic of *rival* and *non-rival*¹⁹ goods developed (somewhat simplistically) by economists.

19. With the terminological difference that, for a lawyer, a “legal good” is a thing that is the *object of property*, whereas for an economist, an “economic good” is anything that has acquired an economic *value* through the action of the market (and through the implicit game of its

α-2) Varieties of Rarity

17. This first observation gives rise to *two concepts* of rarity, which are extended in two ways of considering *legal protection*: the first, according to which it is necessary to *artificially create* a quantitative rarity in order to be sure of collecting the value resulting from it; the second, according to which it is sufficient to *legally guarantee* the difference between the public's appetite and the operator's ability to satisfy it. In the first case, the conditions of *objective quantitative* rarity are created, from which there is no escape. In the second case, one trusts in the *nature of things*: the operator will necessarily have a *limited supply capacity* (the theater will have a limited capacity, the radio will serve a limited number of households) and, above all, the public will have *a greater or lesser appetite* for the form (according to its attractiveness); from this difference, which measures a *qualitative rarity*, a value will emerge, provided that the form *is not allowed to evaporate*: the control of the *external form*, which ownership allows, will ensure this.

β) Ways of Capturing Rarity

18. These two ways of conceiving rarity are extended by two types of *legal protection*: either *private legal monopoly* (β-1) or *property* (β-2).

appropriation): for the *market* to function, it needs *property*; indeed, for the tension between supply and demand to manifest itself, it is necessary to know *what belongs to whom*.

β-1) Private Legal Monopoly

19. A “monopoly” is the *de facto situation* that arises in a market when an operator, having eliminated his competitors, is the only one able to sell or even buy a good (monopsony). This situation, *which has normally been rejected* by the law²⁰ since the French Revolution (a great opponent of monopolies), can also be *organized by the law*, as an uncontrolled remnant of the Ancien Régime. In this case, the monopoly is *legal*. It is either *public*, when the beneficiary is a *public person*, or *private*, when the beneficiary of this exorbitant advantage is a *private person*.

20. Every legal monopoly *creates and assigns* to an arbitrarily chosen beneficiary the value derived from the *quantitative rarity* it creates. In order to achieve this result, the legislator erects *a wall of prohibition* around the *issue* in order to *artificially* create an *objective rarity*, and he grants the right to access it (or to allow access to it) only to the person he designates as the *beneficiary of the monopoly*; this right is generally expressed by an *official title*. This is the transposition of a *medieval toll*. The beneficiary is therefore in a position *to charge whatever he wants* to third parties who wish to access this object: prices are automatically at their highest, since the *market* (i.e., the *free adaptation* of supply to demand) *is prohibited*, which makes the clientele captive.

21. Some authors call this phenomenon “market ownership”, because the monopolist behaves as if he *owned the market*. Except that the market

20. A *de facto* monopoly is not prohibited per se under French law but abuse of a dominant position or cartels are.

cannot be an *object of ownership*! By confusing the *exclusivity* of monopoly with that of property (which has nothing to do with it), they inappropriately suggest a confusion between *private monopoly* and *property*. But not only does property not hinder the market, it is even *necessary* for it: if supply is to be adapted to demand, it is essential to be able to trace the traded good back to its owner...

22. The beneficiary of the monopoly may be *anyone*. There is nothing to distinguish him from any third party who wishes to have access to the issue of the monopoly, since he is such only *because the legislator so chooses*, without taking into account the link between the beneficiary and the issue²¹. Within the field that attracts our attention, it can be the *creator* or the *operator*. But since the French revolutionaries recognized the creator as the *owner* of his creation because he has a *unique and inalienable link* with it (the creation is “his”²²), it is above all the operators who have coveted and obtained it.

23. Such a mechanism can, of course, *only be provided by the legislator*, and even then only for a market located in a territory under its *legislative jurisdiction*²³. On the other hand, this mechanism can be used indifferently *to reserve all kinds of things: corporeal*²⁴ as well as *incorporeal* objects, whether they

21. We remember the king who, at his pleasure, granted his mistress a monopoly on a resource (invention or discovery)... Paradoxically, the democratic legislator who grants a monopoly behaves no differently!

22. For this reason, it is legally guaranteed a *right of “property”*...

23. Hence the strictly *territorial* nature of the procedure, since the power of the legislator extends only to a *given territory*. This leads to a different solution in international conventions: cf. Ph. GAUDRAT, « Propriétés intellectuelles & tradition française : rappels historiques », *Cahiers poitevins de l'histoire du droit*, 11th Journal, E. Gojosso (ed.), PUF, Poitiers, 2020, p. 273.

24. The old monopoly on taxing salt (essential for preserving food) is one example; the monopoly on tobacco is another.

are creative²⁵ or not²⁶. It therefore includes the *reproduced* cultural product as well as the *performed* one²⁷. One might add that it can also be applied to things that are the result of *work* as well as of *creation*²⁸.

β-2) Property

24. *Intellectual property*, on the other hand, only takes *qualitative rarity* into account. This results only from the differences in the attractiveness of the creation to the public. If he reveals in person and chooses to collect from the physically present public a payment for his public performance, the situation does not allow for any evanescence of form; the value collected will be proportional to the attraction effectively exerted by his creation. When he divulges *corpore alieno*, the control that the operator retains over the *external form* ensures that the value generated by the public's attachment returns to

25. In French law, this will be the case of the invention, protected by the monopoly conferred by the deposit; but, in American law, it will be the case of the works, initially deposited with the Copyright Office.

26. In French law, this will be the case with trademarks; the law distinguishes between the *distinctive sign* (which can be creative, except when it is *simply chosen*) and the *trademark*, which consists in the *monopoly* conferred by a deposit. Thus, all industrial property consists only in the *possession of paper titles* conferring monopolies, starting from a deposit.

27. In the case where the cultural product consists of a phonogram, the producer's monopoly is superimposed on the ownership of the work and the performance, taking the technical form as the object at stake: *cf.* the excellent PhD dissertation of O. SALOMON, *Essai d'une théorie du voisinage des droits exclusifs au sein de la propriété littéraire et artistique*, Poitiers, 2021. The technical form (the signal) is still an element of the performance, separate from the content.

28. On the distinction between the concepts of work and creation, *cf.* in this Journal: Ph. GAUDRAT, "Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur", *RIDA*, No. 190, 4/2001, p.70 *sq.* As well as, incorporating the history and separate consideration of civil and intellectual property law, *cf.* Ph. GAUDRAT, "Distinction entre travail et création : demande de restitution de tirages photographiques", *RTDcom.*, 2022-1, p. 55; and for related rights: O. SALOMON, *Interprétation artistique et propriété intellectuelle : essai d'une théorie du voisinage des droits exclusifs au sein de la propriété littéraire et artistique*, Thèse Poitiers, 2021, No. 115 *sq.*

the operator-author pair. We see that this value is only *guaranteed by the law*, without being created by it.

b. Cultural Function

25. The *cultural function* no longer concerns (at least directly) the development of *economic value*, but exclusively the *social destiny* of the creation, based on the *attractiveness* that its *originality* guarantees. It is true that, if its destiny is brilliant, it will have an impact on income, but, as we have said, income is not *always sought* and, above all, it is not *from this point of view* that the cultural function perceives *the future of a creation*: it is solely from the point of view of its *intellectual penetration into the social body* (α). This penetration depends solely on the creator's ability to meet the expectations of *amateurs*, which leads us to say a word about this terminology (β).

α) Social Function

26. This *selective and constructive* function is part of the *catharsis* of which Aristotle spoke: the *purification of the passions* to which he alluded was, of course, aimed at the *individual passions*, which were *purified* by the identification of the spectator with the action being performed: whoever attended the performance of a tragedy, identified himself with the main character and saw the disastrous consequences of the acts performed, was freed from the temptation to indulge in them! But also, and above all, this purification was aimed at the *collective passions* expressed by *the seeds of discord*

that threatened the city: they were destroyed by the momentary communion of spirits around the creation...

27. This *essential* social function of unifying and renewing society balances the individual (and, to put it bluntly, selfish) function of consumption (one always consumes *for oneself*), which, if its tendencies are not balanced, inevitably leads to the *disintegration* of society²⁹. The feeling of *belonging to a group, and more generally to a nation*, is essentially developed through *collective identification* with the works of its great creators (Victor Hugo, Rodin, Goethe, Schiller, Dante, Petronius, Homer...). This aspect was also an essential part of Le Chapelier's report³⁰. Culture plays an *irreplaceable* role in social cohesion, which politics can only *encourage* without ever *replacing* it³¹. A political party, whatever its discourse, cannot decide to "make a nation"; the sense of unity is played out outside it, through *cultural bonds* or cohesion induced by external aggression³². We can

29. Obviously, the *overconsumption* that began after the Second World War, when the production capacity of American industry grew tenfold as a result of the war, will lead us straight into the abyss. It goes hand in hand with the development of *neo-liberalism* and the environmentalists' emphasis on the *Anthropocene*. The Marshall Plan was granted, of course, to allow Europe to rebuild itself, but in the second degree to allow it to consume *American manufactured goods*, otherwise where would the surpluses have gone? The domestic market, untouched by the destruction, was not enough.

30. In this passage, he spoke of the vanity of the ruling Houses in trying to appropriate the culture of a nation. The latter is a *collective creation*, the property of the nation, not of the Crown. Since the Revolution, this has been the choice of the French nation, preferably constituted as a republic that transcends *race* and *religion*.

31. Europe is playing a double game: it is so afraid of "nationalisms" that it only proposes *economic values*, which only leads to its *consumerist fragmentation*. It would have been better if *all Europeans* had appropriated Goethe, Dante, Hugo or Homer and appreciated the *universalism* of their thought or, on the contrary, the *local color* of other, more circumstantial creators. This would have been a real *liberal project*, one that would have aroused real enthusiasm and encouraged people to project themselves, not simply a *free trade in goods, people and capital*. But instead of the lethargy induced by the economy, the cultural effervescence that stirred up ideas and emotions posed a political risk.

32. During the French Revolution, a period remarkably divided between monarchists and republicans, clerics and anti-clerics, corporatists and anti-corporatists, etc., the unity of the republic was due to the need to fight against the whole of Europe and at the same time against

measure the blindness of politicians who attach no importance to culture, while deploring the loss of *social cohesion* and the *growth of communitarianism*. From Augustus³³ to Louis XIV, culture has always been the political leaven of unity. And history, the *national narrative*, is part of it, provided it is *written collectively*: politicians cannot rewrite it individually...

B) Terminology

28. We have called the *fundamental role* of the public (i.e., the whole *social body*)³⁴ within the cultural function “*amateur*” because it immediately emphasizes *the affects* that govern the function: the amateur *likes or dislikes*. He has no other mission. This meaning is, of course, far from the one usually given to the word, which refers only to a *non-professional* engaged in a *dilettantish* activity. However, the difference diminishes if we place the *affective* dimension conveyed by the word in its proper place: the love of this activity should lead the “*amateur*” to indulge in it, *without turning it into a professional activity* from which he or she *would make a profit*: we find again, in the second degree, the opposition between a profit *imposed by necessity* (profession) and a satisfaction *that comes from pure pleasure* (amateurism).

internal subversion. Today, Ukraine, a sister country of Russia (whose main dynasty has its roots in Kiev), has, since the Russian invasion, discovered an excellent reason to form a *real nation*. The role of the *external enemy* in the birth of national feeling is too well known to need emphasizing. What is less well known is that *culture* is its *peaceful* equivalent...

33. Cf. *Augustus*, a book published on the occasion of the exhibition at the Grand Palais from 18 October 2013 to 9 February 2014.

34. The public is confused with the members of the national community, *i.e.* the *citizens*. In this way it is charged with a *political* connotation in the noble sense of the term (which concerns the life of the “*polis*”).

29. If the amateur *likes the creation*, he seals a *tacit cultural pact* with the creator, *free of charge*. Otherwise, he simply abandons the creation. This pact is reflected in the fact that he integrates the *creative form* into his mind once and for all: *the intelligible form*³⁵, which is the only thing that creation consists of, takes its place in the enormous library of his *unconscious*. The discriminating act that decides whether to adopt or reject the creation takes place in a moment of reason before this pact; from that moment on, the creation will participate in the formation of *all one's tastes and all one's choices*, because it will become part of *one's personal culture*. It is this intimate mutation that the *cultural function* speaks of: all people who claim to belong to the same culture have a *common frame of reference* that determines their common reactions through the *same sensitivity*: language is the key.

2. Disconnecting the Functions

30. It is clear that each *function* develops within a *pair*; the creator (always) and the operator (sometimes) ask the public, each using their own tool (*originality* for the creator, *quality of service* for the operator), for one of the behaviors they can expect from it: sometimes that of an *amateur* (for the creator), sometimes that of a *consumer* (for the operator). Thus, the *cultural function* is performed by the *cultural pair* (creator-amateur) and the *economic function* by the *economic pair* ("operator-consumer"). The *economic pair* appears only intermittently, in the hypothesis that the creator decides to

35. Cf. Ph. GAUDRAT, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, p. 207 ; « Entre art et technique : les dynamiques du droit : Formes et propriétés intellectuelles » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, p. 62.

use an operator, whereas the *cultural pair* appears in *all divulgations, without exception* (including personal ones).

31. These two pairs are indissolubly linked within the *cultural product*: without the *original* contribution of the creator, the operator would simply have *nothing* “intellectual” to offer the consumer: he would have to resort to selling him only *blank media* or to offering him only the *simple products of an interchangeable work*, without much mobilizing power! This fact fully justifies the *remuneration* that the creator is entitled to share with the operator, as well as the *ownership rights* that he enjoys over his creation, rooted in the originality of his creation.

a. Complicity vs. Rivalry

32. Unlike the economic pair, which is indelibly marked by a *conflict of interests*³⁶, the cultural pair, on the contrary, is marked by a *relationship of complicity and complementarity*: the creator submits his creations to the appreciation of a *partner* and not of a *rival* who seeks to deprive him of something; amateurs *accept* or *reject* the creation, but if they accept it, they *do not take anything* from him, since he has already offered them the form of expression (through divulgation). Of course, if the creation is rejected, it is a disappointment for the creator who has put his personality into it, but this rejection is the price he has to pay for all the times he has accepted it, just as death gives its value to life... From this point of view, we see the difference

36. The operator wants to get the *highest* possible price for his cultural product. The consumer wants it at the *lowest* possible price.

with a consumer who receives the cultural product from the operator at a price *lower than what the market demands*, or even for free (as in P2P): he has *deprived* the operator of a part of the value of the exchange.

b. Hierarchy of Functions

33. Finally, it should be added that the *cultural function necessarily dominates the economic one*, since the reaction of the amateurs *influences* that of the consumers, but not vice versa; this is reflected in the fact that the economic pair functions *within* the cultural pair, since the creator and the amateurs constitute the α and the ω of exploitation: the massive adhesion of the public automatically leads to profits for the operator (a part of which is returned to the creator); but it is never *the operator's performance*, in particular the price charged, that alone *makes the work a success!* The high price of a ticket (e.g., an opera ticket) may discourage an amateur who wants to have access to the creation at the moment of performing an act of consumption; on the other hand, a reduced price cannot attract people who are not interested in the creation. The price can only be the main factor in the choice between *interchangeable offers*, that is, between *the products of a work* and not between two *real creations!* This is what ultimately leads to the pre-eminence of the *cultural industry*, which completely trivializes creation...

B. Origin of the Two Attributes From the Two Pairs

34. When the two pairs appear simultaneously (after a full divulgation), they *necessarily* converge on the person of the creator, since, as the center

of the *cultural pair*, he *causes*, by his decision to choose an operator, the appearance of the *economic pair* and the correlative appearance of the *right of exploitation*. It is on this occasion that the patrimonial and moral attributes that characterize the *intellectual property* of a work *divulged corpore alieno* (1°) appear. These two attributes derive from the previously analyzed functions of opposite *legal nature* (2°).

1. Appearance of the Attributes

35. The *exploitation right* arises from a full divulgation (a) and the constitutive attributes of the *moral right* unfold from the right of divulgation, concomitantly with the right of exploitation (b).

a. Emergence of the Exploitation Rights

36. The *independent* emergence of the attribute that underpins all the contractual activity developed between the creator and the operator is a logical imperative. The creator may well have wished to start by *divulging himself*, in which case it would be useless³⁷; but from the moment he authorizes an operator to divulge on his behalf, he must be able to exclude *all the operators he has not chosen*, and this can only be on the basis of *a right that is distinct* from the right of divulgation, since he has already exercised it! This peculiarity explains the compatibility of property with the market (α). Historically, the

37. He does not “authorize” himself personally to *represent* or *reproduce* the work, nor does he act against himself on the grounds that he has not respected the form or his identity!

delayed recognition of these rights, in an order contrary to the chronology of their exercise, caused a temporary problem that was eventually resolved (B).

α) Consistency Between Property and Liberalism

37. If the creator intends to *obtain a substantial income from the communication* of his work by a communication operator, he intends to authorize *only the operator* he has chosen and not all the others! This is precisely why the law clearly distinguishes *the right of divulgation* from *the exploitation right*. It makes the exercise *erga omnes* of the right of divulgation *corpore alieno* (which it reserves to the creator alone) the birth of the *exploitation rights*; the creator then “transfers” to the chosen operator only a personal right supported by one of the two universal attributes of the *exploitation right* (*right of representation* or *right of reproduction*). The law makes a very clear distinction between the exercise of these different rights.

38. Thanks to this distinction, the property right *does not suppress the market* (as opposed to the legal monopoly): indeed, *within* an identically parameterized divulgation, the creator can grant *the same authorization* to several operators *at the same time*: they will thus be in competition. But the author can also prefer to place the operator in an *exclusive position* by *committing* himself not to grant *any other equivalent “transfer”*. Since this *contractual monopoly is granted by the creator himself* (and not by the legislator *against his will*), the latter will be able to demand, in return for his agreement, the sharing of all the fruits of exploitation. Thus, each *request from the public* is *necessarily* translated into a monetary value that is returned to the creator

in the form of a percentage; sometimes paid by the operator, sometimes deducted at source by the collective management organizations. The operator is remunerated by what is left of the price of the cultural product after deducting the percentage due to the creator. It goes without saying that the creator who does not respect the contractual monopoly is in breach of an *obligation*, but he is not *counterfeiting his own creation*!

39. These two attributes of *intellectual property* go hand in hand: on the one hand, it is the only form compatible with the *market economy*; on the other hand, it reserves a percentage of the economic fruits generated by the exploitation of the creative form *directly* for the creator (and only *indirectly* for the operator, through the negotiated *margin* that remains). This was the choice of the French revolutionaries, who were particularly sensitive to the correctness (and justice) of the doctrines³⁸ which, for this reason, they considered to be based on *natural law*...

40. On the contrary, the solution adopted during the Orleanist counter-revolution is directly opposed to the social justice sought by the revolutionaries. It is neither forbidden nor impossible to recognize a *legal monopoly* on an issue resulting from a *creative act*. This is precisely the case with *patents*; a title is issued by the state to guarantee the applicant a monopoly on the claims relating to the invention described, which is in fact a *technical creation*. But when the *property* that naturally belongs to the creator is covered by a *private legal monopoly*, the latter *sterilises* it: the imposed mechanism of artificial rarity

38. On the conceptual difference between legal monopoly and ownership: cf. O. SALOMON, *op. cit.*, No. 113 sq. On the historical dimension: cf. Ph. GAUDRAT, "Distinction entre travail et création", *op. cit.*

no longer allows the mechanism of *qualitative rarity* to express itself, and the *flow of value* resulting from *artificial rarity* is channeled entirely to the beneficiary of the legal monopoly, who returns *what he wants* to the creator... if he *wants* it. Hence the injustice perpetuated by patent law since 1844³⁹. Today, this injustice tends to interfere with *related economic rights* and all the other monopolies that *suck* the value out of creations for the benefit of the *workers* by providing *financing* and *distribution* (producers and operators)⁴⁰...

B) History

41. The *asynchronous* recognition of exploitation and divulgation rights was a historical failure (**B-1**) which required thirty years to find a solution, and then the whole century to stabilize all aspects of the solution (**B-2**).

B-1) Historical Failure

42. When Le Chapelier took the floor of the Assembly on 13 January 1791 to read his famous report, the notions of *performance* and *divulgation* had not been separated from each other, and he was under the impression that as soon as the public had once become acquainted with the creation through

39. Because of Renouard's influence in the committee that drafted the law. He would have liked to extend this solution to literary and artistic property, but a good and vigilant doctrine prevented him from doing so.

40. Cf. O. SALOMON, *op. cit.* Moreover, *corporeal property* can be assimilated (because of the *non-ubiquity of the matter*) to a *monopoly of the use* of the thing; this circumstance leads the dominant intellectualist doctrine, derived from *industrial property*, to seek false analogies between *monopoly* and *corporeal property*: in this respect, cf. J-M. MOUSSERON, *Traité*, Litec, 1984, No. 52 *sq.* He tries to identify the *usus*, *fructus* and *abusus* of the right which he believes (wrongly) relates to the *invention*: he has only forgotten the interposition of the *title* resulting from the deposit, which is the object of a property whose model is corporeal, and the limitation of the reservation to claims...

a *performance*, it had become its *owner*. This error triggered a revolt by the theater managers (who were obviously hostile to ownership). He had to go back to the Tribune on 19 July 1791 to reaffirm the creator's ownership, but without giving any tools to build a solution!

43. The Reporter's mistake was that he had completely ignored the *right of divulgation* in his statement: by exercising it (which had made *performance* possible) the creator had simultaneously *released the enjoyment of the creation* to the public and *asserted his ownership* (which excluded that of the public)! This point is now clarified by the Law of 1957: the *active conception* of a form is the only one likely to confer the property; amateurs, on the other hand, only engage in a *passive conception* which, admittedly, concludes the cultural pact from which the public's rights of enjoyment derive, but does not grant any *property right*.

44. Without *divulgation of any kind*, the right of *incorporeal* property exists nonetheless, but it therefore has only a *defensive* function: any attempt to violate the secrecy with which the creator wished to surround his work comes up against this right, which takes the form of a jealous prerogative. On the other hand, it is only through the *active* exercise of the right of divulgation that the author *gives value to his property*: it may only be a matter of *honor* (simple divulgation, with or without remuneration); it is nevertheless natural for him to wish to obtain a *substantial economic income* by entrusting the divulgation to an operator. It is only in this case that his *moral interests* may be violated. It is therefore only in this case that his property is divided into an economic and a moral rights.

β-2) Slow Development of the Solution

45. The recognition of the *exploitation rights* dates back to the Baudin report of 1793, which was distributed to the entire Convention (although it was not put to the vote): this report theorized the need to *communicate (directly or indirectly) the creation to the public* in the context of the *exploitation of property* (which had already been legally granted since 1791). By a curious coincidence of history, the *exploitation right* was recognized before the *divulgation right* was formalized, which did not *officially* appear in case law until 1828! However, if one looks closely, this chronological inversion was only apparent: the right of divulgation had been *latent* in French law for more than two centuries since the notion of *divulgation* appeared in Marion's plea in the 16th century, associated with (then) feudal *property*⁴¹. Thus, when Le Chapelier (having no doubt neglected to reread Marion, who was already two centuries old in his day) overlooked this essential concept, we can see the embarrassment he caused himself by blithely declaring that the creation *became the property of the public* as soon as the latter had become aware of it during a *performance*!

46. If we now re-establish the recognition of these rights in their proper chronology, it will be possible to understand the remarkable jurisprudence of the nineteenth century, which gradually built up all the facets of the right of divulgation, methodically distinguishing it from the exploitation right. Vergne⁴², for example, had twice *personally* his Mass in public. After

41. Cf. Ph. GAUDRAT, *Two PhD lectures*, not yet published.

42. Paris, 11 janv. 1828, *Vergne case*, Rép. méth. 1857, *Dalloz*, t. 38, prop. litt. et art. no 319, p. 492.

his death, unsecured creditors came to his home to seize the manuscript of this mass from his widow in order to publish it. But the court refused: since Vergne had not agreed, during his lifetime, to the signing of *any publishing contract*, there was nothing to show that he intended to exploit his property, in other words, to divulge it *corpore alieno*; perhaps he wanted to reserve the right to perform it personally, whenever he wanted? The creditors could not seize the manuscript in order to publish it (i.e., exercise exploitation rights) since the *exploitation right had not been born*, for lack of *full divulgation*.

47. Several other decisions also concern *simple divulgations*. This is, for example, the famous Lacordaire case⁴³: the famous preacher had delivered his sermons in person in a church and an operator, who had had them stenographed, in view of their success, edited them. But he succumbed! The father did not have “divulged” (i.e., authorized the divulgation of the *corpore alieno*); therefore, the exploitation right had not arisen and could not be “assigned” to the operator! These were two good reasons, in the absence of any consent from the creator, to consider him an infringer. However, one can understand the ambiguity attributable to the term “divulgation” which, at the time, covered two meanings (simple and full) whose regimes were not clearly distinguished.

48. Perpetuating this analysis to the present day: a deposit of private manuscripts in the National Archives is not equivalent to full divulgation (in the absence of a publishing contract) so that a historian who uses these

43. Lyon, 17 juill. 1845, *DP*, 1845. 2.128.

texts without authorization commits an infringement⁴⁴; a teacher who gives a lecture in public is only making a *simple divulgation* that entitles the audience to a private (handwritten) copy, but in no way authorizes them to publish the creation or to allow it to be published⁴⁵; the surrender of a painting in an exhibition room *where it was created in public* does not even establish *simple divulgation, as it has not been signed* (which presumes incompleteness)⁴⁶, etc.

49. In another context, which implies an effect of the incorporeal property of the creation on the corporeal property of the medium, a highly mediatic decision closed the 19th century; it is the Whistler case⁴⁷: a painter had painted the portrait of Lady Eden and had exhibited it twice in Parisian salons; her husband, who had commissioned the painting, asked for the creation to be delivered to him; the painter refused to do so, alleging that he refused to divulge the creation; the Court of Cassation agreed. This case is different from the previous ones, all of which were devoted to *simple divulgations*, which excluded the emergence of the exploitation rights; now the commissioner was not seeking delivery in order to exercise a right which, in any case, did not belong to him: he only wanted to obtain ownership of the medium in order to *enjoy the form personally*, in the same way as the painter had allowed the Parisian public to do!

44. Cass. 1^{re} civ. 15 janv. 1969, *D.*, 1969. 476.

45. *Cases Séminaires de Lacan*, TGI, Paris, 11 déc. 1985, *D.*, 1987, somm. 155, comments by COLOMBET and cours de Barthes, Paris, 24 nov. 1992: *RIDA*, No. 155,1/1993, p. 191, comments by KEREVER.

46. Paris, 31 janv. 1995, *Juris-Data* No. 02004.

47. Cass. civ. 14 mars 1900, DP 1900. 1.497, reporter RAU, conclusion by DESJARDIN and comments by PLANIOL, S. 1900. 1. 489. Following the *case of Rosa Bonheur*. Paris, 4 juill. 1865, DP, 1865. 2.201, S., 1865. 2. 233.

50. The Court thus went beyond previous decisions: even when the artist has *revealed* his creation to the public, he can refuse to *deliver* it to his commissioner as long as he has not *decided to divulge it*. What was at issue was not the *emergence of the exploitation rights* (requiring the conclusion of a contract for the reproduction of his creation) but a discretionary right, attached to the status of creator, the exercise of which was deemed to have an impact on corporeal property: *simple divulgation* combined with the *loan of the medium* did not deprive him of his right to corporeal property. However, the *delivery* claimed necessarily followed a *transfer of the corporeal property*. By allowing the creator to resist delivery, the High Court was therefore inducing an effect of the ownership of the form carried (through the exercise of a right *which became purely intentional*) on the *corporeal property* of the medium... This solution was criticized.

51. However, this solution was not to last, for ten years later, when the future article L.111-3 of the IPC was being drafted, paragraph 2 of the article reaffirmed the strict *independence* of property within *artistic creation*. From the fact that this text provides for the possibility of the purchaser to *oppose "divulgation"*, it must be concluded that *intellectual property* can no longer prevent the transfer of *corporeal property*! The creator will only have consented to a *simple divulgation* that allows the amateur/purchaser⁴⁸ to enjoy the creation, while reserving for himself a possible *full divulgation*. In this context, if the owner of the real creation objects to the creator's exercise of a

48. Otherwise, the purchaser *would not have the right to enjoy* the form carried by the medium, which would invalidate the sale! Furthermore, divulgation is necessary for the *presentation* of the creation to complete the sale.

corpore alieno divulgation, the creator can overcome his opposition by proving that *he is abusing his right of corporeal property*.

b. Emergence of Moral Attributes

52. It is within the *economic pair* that *supply* and *demand* are adjusted, but it is within the *cultural pair* that the qualitative *standards expected* from the *exploitation* are assessed: indeed, the public expects to be delivered in the form of expression *conceived by the creator* without any modification attributable to the operator, and it wants the identity of its creator to be revealed to it... unless this is an obstacle to divulgation⁴⁹. Also, on the occasion of the *cultural pact*, the amateurs tacitly mandate the creator to ensure that these obligations are respected *on their behalf*; this unwritten mandate is linked to his own interest in ensuring that his *moral interests* are respected; thus, it is clear that the moral right expresses the *general interest*: in addition to demonstrating the agreement between the amateurs and the creator, if these standards are not respected, the public will turn away from the operator, and his *economic interest* will suffer...

53. When the divulgation is made *by the creator himself*, these standards are *irrefutably* presumed to be respected: indeed, supposing that on the occasion of the divulgation he modifies the form he had initially planned, the one improvised in public will be deemed to be the authentic one! And if he forgets to mention his identity (apart from the

49. It is accepted that the creator may *remain anonymous* if, for example, his status as a civil servant imposes an obligation of discretion. The decision is his alone and cannot be imposed on him.

fact that the public will be able to see it), this omission will always be considered a *deliberate* choice!⁵⁰ On the other hand, when the divulgation is entrusted to an operator, the presumption is only rebuttable, since the dissemination is completely out of his hands. It therefore leaves room for the exercise of *moral attributes*. Moral attributes can only be exercised if the operator has deviated from the *qualitative standards* expected of him⁵¹ in a *communication to the public*. Both conditions are necessary: without communication to the public, the absence of an object excludes the exercise of the moral right; but the communication *itself* may have been authorized without the operator having respected the *modus operandi* to which he was subject. It is then that he is confronted with the exercise by the creator of the various attributes of the moral right...

2. Opposition of the Legal Nature of Attributes

54. These two attributes are already compared in the second paragraph of Article L.111-1 to the civil law categories which oppose *patrimonial* and *extra-patrimonial* rights. However, this comparison is only implicit, since the paragraph states: “*This right shall include attributes of an intellectual and moral nature as well as proprietary attributes, as determined by Books I and III of this Code.*” It is therefore only *a contrario* to conclude that the *intellectual and moral* attributes are of an *extra-patrimonial* nature, whereas the *exploitation right* (which is not mentioned) is of a *patrimonial* nature

50. This hypothesis corresponds to that of the *interpreter*: he always *personally* divulges the *interpretive form* which is his creation...

51. He is a simple communication *worker*: he is *strictly forbidden* to interfere in the *creative sphere*; he must respect the creator's will as to *form* (right to respect, right to repent and withdraw) and as to his *identity* (right of attribution).

(a). An obscure point remains: how can rights considered to belong to contradictory categories be mutually generated and what is the nature of the *droit d'auteur* in the end (b).

a. Classification of the Attributes

55. It should be noted that the text does *not qualify the rights directly*, but only states that they are “of a *patrimonial* or *extra-patrimonial* order”, in other words, that they are *comparable* to such rights. The first attribute, which appears when the creator makes the *economic pair* appear by choosing an operator, drains all *economic flows*. Logically, it is said to be of a *patrimonial* order (α); the second, which is completely *external to this activity*, is said to be of an *extra-patrimonial* order (β).

α) Right Deemed to Be *Patrimonial*

56. The creator's right *to be remunerated* for each communication of his creation is translated into a *pecuniary right*. It is “pecuniary” by definition, since it makes it possible to convert a *power of prohibition* into a *sum of money*. More precisely, it is this power to prohibit that *forms the basis* of the right to payment of a sum of money. According to the *Cornu dictionary*, the adjective *pecuniary* means “*which consists of a sum of money [...]; appreciable in money, whose value can be expressed in money [...]; which relates to money or, more broadly, to business*”. The term is thus perfectly used. It can also be qualified as *patrimonial* insofar as the adjective can mean: “*which is in the patrimony (as having a pecuniary value and most often in commerce)*”; we come back to

the term pecuniary: the effect of the exercise of this right always results in *an income*.

B) Right Deemed to Be *Extra-Patrimonial*

57. The creator's right to have the personality he has invested respected (right of attribution, right of repentance and withdrawal) but also *those of the public* (through respect for the creation), of which he is the "representative" (because of the complicity of the cultural pair), is expressed by the *moral right*. This right is said to be *extra-patrimonial* because, according to the definition of the *Cornu dictionary*: "*it is not part of the patrimony but concerns the person; it does not have the character of a good, but belongs to another order of value, hence the characteristic of being out of the market (without excluding, however, that the infringement of an extra-patrimonial right may give rise to financial compensation)*". By putting the creator in a position to defend the *personality* that he has infused into his creation, this right unquestionably appeals to an order of value that is not pecuniary in nature.

58. This does not mean, of course, that the judge cannot quantify the infringements he has found, if a return to the *status quo ante* is not possible, which is rarely the case. We must avoid certain doctrinal excesses which claim that violations of the moral right should only give rise to one euro in damages, because this right is *extra-patrimonial*! This confuses *the nature of the right* violated and the nature of the *right to compensation* in the event of violation. The loss of an arm is an *extra-patrimonial* damage and, thank God, this (absurd) reasoning is not applied...

b. Nature of *droit d'auteur*...

59. The fact remains that the *moral right* (which defends *values that are certainly extra-patrimonial*) are “included in property” because *the imprint of the personality* is deposited in the *internal form*. But how can a right of *patrimonial essence* be “stuffed” *with an extra-patrimonial attribute*? This *unique* confection challenges civil law theory... And there is more: these two attributes derive from the exercise *corpore alieno* of a *right of divulgation* that is itself *considered moral* (and therefore *extra-patrimonial*), since its exercise determines the emergence of the *cultural pair* that generates the moral right. This time, it is a right of an *extra-patrimonial* nature that generates a right of a *patrimonial* nature: how are these contradictory permutations possible?

60. In a rather simple way: the *moral right* defends the *personality imprint* that is deposited in the creation and which *conditions* the emergence of property. But this *imprint* is not the *person himself* (as in ordinary personality rights), it is deposited *in the creation*, in other words, in the *form of expression*, which is unquestionably an *appropriate incorporeal thing*: that is to say, a *property*! In its *strict object*, this right is indeed *extra-patrimonial*; but since the *object of bifunctional incorporeal property* is “incorporeal creation”, it participates in the patrimoniality of property. Consequently, *as long as the economic right exists*, the moral right is *included* in it (echoing the interlocking of forms).

61. Thus, as long as the creator keeps his creation secret, “incorporeal property” is at rest. If, during his lifetime, he exercises the right of divulgation *himself*, the exploitation right and the moral attributes are of *no use* (he does

not “authorize” himself to exploit!). And in the event that a third party disseminates the creation without authorization and causes it to be infringed, the infringement of the right of divulgation would be sufficient to justify any compensation. On the other hand, as soon as the creator chooses to divulge *corpore alieno*, the exploitation right and the moral attributes become important; and when the exploitation right expires, the *moral attributes* remain useful, because the *creator’s property* has not been abolished by his death: it is *perpetual*, and with it the moral attributes.

62. Professor Gautier’s expression of *tempered monism* therefore seems to us quite reasonable. It is undoubtedly a monism in so far as the moral right is the *guiding principle* of ownership from the moment the work is created until it disappears; but it is *tempered* because, for a certain period of time, when the creator decides to *exploit his property*, he wraps himself in an exploitation right and causes the divulgation right to produce several moral attributes *which do not disappear with the exploitation right*, contrary to the conclusion reached by absolute monism...

II. FUNCTIONAL INSEPARABILITY OF THE TWO PROPRIETARY ATTRIBUTES

63. As we can see, *intellectual property* is powerfully integrated around the right of divulgation. Exercised *corpore alieno*, this right gives rise to two attributes that are *inseparable* through the intermediary of the will of the individual, but not of the legislator: the latter then allows only the moral right to survive when it imposes the fall of creation into the public domain

(A). It is this *property* diptych that the European Commission (more than Europe) is tackling with the aim of moving towards a pure system of *private legal monopoly*, characteristic of the neoliberal option that it imprints on all the legislation it has to propose (B).

A. Induced Differences in Competing Models

64. *Intellectual property* integrates in a single legal entity (through the right of divulgation) the manifestations of the *cultural pair* and the *economic pair* when they exist simultaneously by the will of the creator. The latter is then manifested as two attributes, one of which survives the extinction of the other (1). On the other hand, this is not at all the cycle of the *private legal monopoly*: taking into account only the *economic pair*, it neglects the *cultural dimension* and *the act of divulgation* that gives rise to it, which is no more than a framework conducive to *business* (2).

1. Inclusive Approach to Intellectual Property

65. When the creator creates a form in his mind which he externalizes, he gives birth to an *incorporeal property* in the expressed form which is quite different from that of the medium. The sole purpose of this property is to *control access* to the form, whereas the sole purpose of the corporeal property was to *control the use* of the material. Thus, as long as he keeps the creation in a jealous relationship with himself, his incorporeal property remains only potential. On the other hand, as soon as he *opens this circle* by provoking the emergence of the *cultural pair*, his property becomes a *right of divulgation* that

can be exercised in several ways (a). Unfortunately, some doctrine authors have tried to “exhaust” this great manifestation of property (b).

a. Right of Divuligation

66. When the creator has finished creating (or not), he may choose a few chosen ones to let them into the intimacy he shares with the creation; in this case he *extends* the secret without breaking it. But he can also decide to open it up to people *who have not been chosen*; only then does he exercise his right of divuligation. The exercise of this right is *discretionary*⁵²: even when the creation is finished (of which he is the sole judge), he *may not reveal it*; in this case, he is still the *creator-owner* of what he has created, but not yet, *strictly* speaking, a “creator” endowed with the prerogatives of the law⁵³! As we have seen, the creator can choose to exercise this right *in person* or *corpore alieno*, a hypothesis to which tradition reserves the name of “divuligation”: in fact, when the creator divulges *in person*, the attributes are deprived of their

52. Cf. DESBOIS, *Traité, op.cit.* No. 384, 396 and 400; F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, No. 594; COLOMBET, *Précis Dalloz, op. cit.*, 8^e ed., No. 135; *id.*, “Mécennat et propriété littéraire et artistique” in *Mélanges Holleaux*, Litec, 1990; FRANÇON, *Cours 1996/1997*, Les cours du droit, p. 214; G. GAVIN, “Le droit moral de l’auteur dans la jurisprudence et la législation française”, *D.*, 1960, No. 266 *sq*; P. SIRINELLI, comments of Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *RIDA*, No. 151, 1/1992, p. 272 ; Civ. 1^{re}, 5 juin 1984 : “L’exercice du droit moral par l’auteur de l’œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l’appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge”, *Bull. civ. I*, No. 184; *D.*, 1985, IR 312 comments by COLOMBET; *RIDA*, No. 124, 2/1985, p. 150; *Gaz. Pal.*, 1984, 2, Pan. 332; *Ann. propr. Ind.*, 1984, p. 153. *Comp. Civ. 1^{re}*, 5 juin 1991, *D.*, 1992, somm. 15 comments by COLOMBET; *JCP*, 1991, II, 21760 note by POLLAUD-DULIAN; *RIDA*, No. 151, 1/1992, p. 271, note by SIRINELLI.

Cf. also, “the right of divuligation is, during the lifetime of the creator, an absolute right which the creator alone may exercise; this discretionary right, which finds its justification in the very nature of the work, an emanation of the creator’s personality, includes (...) the right to determine the process by which the work is to be brought to the attention of the public and to lay down the conditions for its divuligation, in Paris, 19 déc.1997, *Case Artaud, op. cit.*”

53. As a creator, he is indeed the *author* of the form; but until he has decided to give his creation an audience, he *is not invested* with *all* the prerogatives *recognized by the law*!

usefulness, and it is only in the hypothesis in which the creator entrusts to an operator the task of divulging in his stead that the patrimonial and moral attributes play a real role...

α) Full Exercise

67. This “divulcation” gives rise to the *exploitation right* (also known as patrimonial right⁵⁴) and diffracts the *moral right* (until then *included* in the divulcation right⁵⁵) into several distinct rights: the *right of attribution* for the creation and the name of its author, the *right to repent and withdraw*. These two attributes are not independent but strictly *inseparable!* These are the *two sides* of the bi-functional property, *one* and *undivided*, which the creator has therefore chosen to enhance by means of a *corpore alieno* divulcation. These two sides manifest both the *patrimonial* and the *personal* character of this very unique property, rather than constituting two *incorporeal goods* capable of independent legal transactions.

68. Not only because it is *inextricably linked* to the moral right (which is textually considered inalienable and non-transferable), but also because it is part of the *non-transferable property* of the creator⁵⁶, the exploitation right *cannot be transferred*. And yet “assignment” is the traditionally attested

54. Consistent interpretation of the entire classical doctrine: cf. DESBOIS, *op. cit.*, No. 388; A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire artistique et industrielle*, 1996/97, Les cours du droit, p. 214; Cl. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e ed., No. 136 ; P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 2nd ed., 2003, Dalloz, Mémento, p. 53. *Contra*, A. LUCAS *et al.*, *op. cit.*, 4^e ed., No. 515 and J-M. BRUGUIERE & M. VIVANT, *Droit d'auteur*, 2009, No. 442.

55. It is of moral essence, since its exercise is the foundation of the *cultural pair*.

56. The *property* that is recognized as belonging to the creation cannot be transferred under *any circumstances!* Even after his death, the creation *remains his forever*.

way of *exploiting property*: how to deal with this contradiction? By simply admitting that the “assignment of a creator’s right” (which is effective) does not concern the *exploitation rights*, but a *personal right* created specifically for this purpose⁵⁷...

ß) Public Domain

69. When the exploitation right is finally terminated by the sovereign decision of the legislator, the moral right diffracted as well as the unaffected right of divulgation remain (except for the *right of repentance and withdrawal*, which is a prerogative of the *living* creator). From the moment the work enters the public domain, the legislator prohibits the *economic pair* from being taken into account, but through the prerogatives released by the cultural pair, whose violations are assessed in the incorporeal thing, the property is indeed *perpetual*. The *form* remains, beyond the death of its creator, his *private property*, and it is impossible for it to be *appropriated or even monopolized by a third party*: the freedom of access, imposed by the will of its owner and supported by property, is imposed *erga omnes* and *perpetually*.

70. When the creator exercises his right of divulgation *corpore alieno*, he does so according to the *process* of delivery of the form and under the *conditions* he has chosen (art. L.121-2 al.1)⁵⁸. The process may not require the

57. V. Ph. GAUDRAT & A. ZOLLINGER: “La cession en propriété littéraire et artistique : le modèle français du droit d’auteur (French Report)”, *op. cit.*

58. The creator can give his consent to successive divulgations: the widest including the narrowest; what Professor Françon called “divulgation by step”; what Professor Lucas ironically calls “half divulgations” (Cf. LUCAS *et al, op. cit.*, No. 518). There is no going back: divulgation is never revocable.

interposition of any medium (*exhibition* of works of art, *live* performance) or, on the contrary, requires the interposition of a technical medium for *retransmission* or *fixation* (writing or recording). The creator divulges only *for a process with conditions*: it is not, at this level, a question of *profit* but of *controlling* dissemination. However, it is understandable that some *processes* will give rise to a *performance right* and others to a *reproduction right*; it is only at the time of the “assignment” of the patrimonial right that the remuneration will be negotiated.

71. The right to control divulgation is the very *foundation* of the creator’s property, which can only be fully realized when the *intelligible form* is *scattered* to the four winds. The way in which amateurs will then have access to the internal form is its culmination: if the author has consented to his work being *exhibited*, this does not mean that he has consented to it being *fixed* or *retransmitted*⁵⁹; conversely, if he has consented to it being *published* (on paper) or *recorded* (on a phonogram or videogram), this does not mean that he has consented to it being *publicly performed*. Each mode is *distinct*, but *without return*⁶⁰.

59. The *personal* contact of the amateur with the creation exhibited has nothing to do with the choices imposed *by a third party* for the needs of a *retransmission* or a *fixation* (photo, audiovisual).

60. The *right of withdrawal* is not a *retraction of the divulgation* but only an interruption of the publishing contract, without any obligation to destroy the copies dispersed in the public.

b. Exhaustion of the Right of Divulgarion

72. Divulgarion, which normally has to take place *one step at a time*⁶¹, has given rise to the *ill-named* “*exhaustion dispute*”, a concept borrowed from *copyright*⁶² via *patent law*⁶³. *Exhaustion*, whose proponents claim that it affects the right of divulgarion, is in fact a pure and simple *extinction* of that right by its *first exercise* (simple or full), which is quite different⁶⁴. We have seen that the *right of divulgarion* is identified with *property* as soon as it is confronted with its public destiny. By thus extinguishing property at the very moment when it acquires its characteristic features through full divulgarion, the advocates of this theory are in fact proposing (against the opinion of Françon, who quite involuntarily lit the fuse⁶⁵) a *complete change of system*: they are advocating a transition to *copyright*.

73. Since full divulgarion no longer spontaneously generates moral and patrimonial attributes, but, on the contrary, *extinguishes property* and leaves the creation open to infringement, the advocates of this theory had to transform the *exploitation rights* into a *monopoly of exploitation* deriving

61. As suggested by Prof. Françon (although it can be authorized for all processes under all conditions).

62. Unfortunately, by ignoring “creation”, it necessarily ignores the *right of divulgarion* as well as the specific case of *oral creation*: it only knows of a *distribution monopoly* for the copies affected by the limitation of the *first sale doctrine*.

63. Became the exhaustion of the rights of distribution in patent law.

64. The *first sale doctrine* applied to patents is limited to *suspending* the obstacle that the *distribution monopoly* represents to the free movement of goods, which is revived when the purchaser of the product decides to rent it. Since the proponents of the doctrine of exhaustion applied to the moral right *do not provide for the revival* of the attribute, it is a formal *extinction* that the distorted concept induces.

65. Cf. A. FRANÇON, “L’auteur d’une œuvre de l’esprit épuise-t-il son droit de divulgarion par le premier usage qu’il en fait?”, *GRUR. Int.*, 1973, p. 264.

directly from the *act of creation*⁶⁶; this they deduced from a false syllogism: “if paragraph 2 immediately follows paragraph 1 in article L.111-1, this is proof that the property consists of two attributes from the moment of creation”. Except that between paragraph 1 and paragraph 2, the full exercise of the right of divulgation comes into play, which gives rise to the two attributes. But they have “exhausted” it.

74. The “moral attributes”, deprived of any basis, are no more than opportunistic rules, artificially imposed (as in American copyright). The entry of the creation into the public domain puts an end to the economic monopoly, so that, *res nullius*, it can be *reappropriated*, with a few modifications, by a third party: what reason is there, in fact, to maintain the “moral mechanism” beyond the “monopoly of exploitation”? It is not even excluded that its *economic reservation* may be extended by *a de facto monopoly*; this will be the case, for example, if the sole depositary of the creation (the BNF, for example) guarantees the operator an exclusive right during the period of its exploitation. Finally, the exclusive right, which is entirely equivalent to a private monopoly, is, unlike the *exploitation right*, automatically transferable to an employer; however, under the pretext of *civil servants’ creations*, the Lucas Commission of the Superior Council of Literary and Artistic Property began to make such exceptions to article L.111-1 al.3 IPC⁶⁷...

66. A. LUCAS *et al.*, *op. cit.*, 4^e ed. No. 518 and 519; Much more concise: J-M. BRUGUIÈRE and M. VIVANT, *Le droit d’auteur*, 2009, No. 434.

67. Cf. *RTDcom.*, 2006-2, No. 31 *sq.*, p. 394.

75. The right of divulgation thus protects the *perpetual nature* of property⁶⁸, which in turn protects the *market*⁶⁹. Its *exhaustion* eliminates both effects, with predictable consequences for culture⁷⁰. Little by little, *there is nothing left* of what makes *droit d'auteur*! This doctrine has occasionally influenced the Court of Cassation⁷¹ through slogans, but outside the anomalous context of the *compulsory management* of the right of reproduction, it has changed its mind⁷².

2. Exclusivity of the Legal Monopoly

76. *Copyright* is not an “*Anglo-Saxon droit d'auteur*” that differs only marginally from our literary and artistic property⁷³; it differs *radically* in that it takes the form of a *private legal monopoly* attributed to the *investor-operator* in order to compensate him for his *investment in labor and finance*; this option leads him to recognize only the *economic pair* (a). This fragmented understanding is very appropriate for *digital services*, which are the result of *work* rather than *creation* (b).

68. *Cf. supra*, No. 62.

69. *Cf. supra*, No. 38.

70. *Cf. infra*, No. 77.

71. *Cf.* Ph. GAUDRAT, « Reprographie et épuisement », *RTDcom.*, 2014-3, p. 613.

72. Rectifying the situation: Ph. GAUDRAT, “Non-exhaustion (by handing over the supports)”, *RTDcom.*, 2019-1, p. 127.

73. *Contra*, M. VIVANT & J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, No. 16.

a. Copyright

77. Thus, *copyright* does not recognize the creator in his function as an *intellectual creator*; it takes him into account only on condition that he invests in the exploitation; in other words, unless he becomes a *producer*. This lack of recognition of the creator-author is translated into the absence of a *moral right*. Copyright, of course, can't pretend that the cultural pair doesn't exist, but by not valuing it, it leaves the creator *outside its framework* and makes us see in the choices of the amateur a simple *effect of the market*... except that, through the monopoly, *it forbids it!* It is, in fact, the operator who imposes *his idea of culture*.

78. The exclusion of the *creator-amateur pair* from the reservation mechanism leads to several imbalances. In the first place, the *moral right* is no longer anchored; this does not mean that a mechanism “resembling” the moral right (“visual arts works”, in American law) cannot be *added* to economic protection from time to time. However, these strictly opportunistic mechanisms, established separately⁷⁴ and *not integrated into legal protection*, do not apply to all *creations* (the concept of which is in any case not defined in such a way as to clearly distinguish it from a *work*⁷⁵). Secondly, since *creation contracts* remain outside the reservation mechanism because the creator is excluded, all their profits belong to the investor in application of the common law (works made for hire). Thirdly, *communication to the public*, which has

74. For example, the *right of publicity* based on responsibility.

75. *Originality*, to confuse the issue, is defined as *sweat of the brow* or *skill and labor*, *i.e.*, very exactly as *elbow grease* or *skillful work*. No reference is made to the *imprint of personality* which introduces a *qualitative gap*.

been synthesized since the Baudin report of 1793 as a criterion for the exercise of property, is excluded from the economy of the monopoly, which no longer has anything to do with it. This legislation thus ignores the “limits” of *private copying* and the *family circle*.

79. “Private copying” becomes an *exception* because copyright legislation takes into account only one act: *fixation*. Firstly, the act necessarily carried out by the creator when *making* his creation (USCA art. 102-a or art. 9 UK Act); it contributes to the definition of the protectable creation but *does not confer the monopoly*. Secondly, that realized by the operator, which *gives rise to the monopoly*. And finally, that which the consumer *makes in his private sphere* in order to escape the requirements of the *copyright holder*; private copying thus appears to be an exception to the monopoly, all the more liberally granted by the judge (*fair use*) as it allows the consumer to escape the anomaly of a *legal monopoly*⁷⁶.

80. Thus, if we consider only the *economic pair*, *copyright* is undoubtedly *much simpler*, but at the cost of a *significant loss of meaning*. Since the consumer is a stakeholder in the economic pair, *consumer lobbies* have always played a very active role in negotiating copyright reforms to counterbalance the *lobbies of copyright holders* (publishers, producers). In this particular context, their intervention is a guarantee of democracy; in our country, where the interests of amateurs are confused with the *general interest* of the citizens, any intervention by a lobby defending a particular interest (the publishers’ or

76. In the case of *copyright*, it is up to the judge, the guardian of freedom, to *grant the exception*; in the case of property, it is up to the legislator to define its own *limits and exceptions*.

producers' lobby) upsets the balance that it is up to Parliament to maintain dispassionately.

81. The intervention of *consumers' lobbyists* even threatened to derail the *Digital Millennium Act* of 1998, which was intended to “adapt the Copyright Act to the digital world”. The government only managed to get out of this situation by presenting its text as an application of the 1996 WIPO treaty, which could not be resisted⁷⁷. The European Commission, like its American mentor, has been trying hard to involve *consumers' lobbies* in the decision-making process, but to no avail⁷⁸. As for the national level, they do not exist, except in the field of software, where the issue is different: the *cultural pair* does not have the right to intervene in the debate...

b. Digital Developments

82. Software, simple *know-how* translated into a file and *automatically* used thanks to a technical form (executable code) that is never *communicated* to a hypothetical amateur, completely ignores the *cultural function*⁷⁹. The

77. Cf. J.-L. GOUTAL, “Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d’auteur”, *RIDA*, No. 187, 1/2001.

78. In each “hearing” initiated by the European Commission, consumers are represented and are supposed to take the place of the *public*, except that the public is made up of *amateurs*... hence the failure of this substitution. Moreover, the consumers who defend economic interests are divided.

79. This *natural* lack of communication is aggravated by the *prohibition of decompilation* “except for interoperability purposes”; communication is not only *non-existent*, it is *prohibited*. But thanks to a double language characteristic of neo-liberalism, *decompilation* only appears under the heading of *exceptions to the monopoly*... except that for there to be an *exception*, there must first be a *prohibition*, and the *exception* does not liberate anything, since interoperability, in order to be judged, requires the commission of the infringement...

deceptive *moral appendage* that is attached to it is deprived of any foundation⁸⁰ because, contrary to legal declarations, software does not belong to the category of “*creation of the mind*”⁸¹; moreover, the jurisdictions are unable to characterize its *originality*⁸². This is the reason why its initial protection by the *US Copyright Act* did not pose any problem, or only a minor one (the question of the deposit of the source codes with the *Copyright Office*)⁸³. The only real criticism was the will to assimilate this *copyright* to the *creator’s right* in order to make the Berne Convention work advantageously for American software programs⁸⁴. As long as this erroneous assimilation imposed on the whole of Europe by the United States, for mercantile purposes, through the intermediary of the European Commission, is not officially corrected, it will produce profoundly disruptive effects on the categories and on all secondary legislation. It was, moreover, unofficially neutralized by the ECJ⁸⁵, but the divorce between *poorly thought-out* texts and a jurisprudence that seeks to *rectify* them is only a band-aid that cannot last.

83. It should be added that, despite the fact that a so-called *copyright* on the *structure* of a database has been established alongside a *sui generis* right on its contents, no *moral right* is provided for this pseudo-*droit*

80. Cf. Ph. GAUDRAT and F. SARDAIN, *Droit civil du Numérique*, t.1, No. 671 sq.

81. This shows the validity of the *natural law*: whatever the claims of the legislator, if the *positive law* declares that from 1 January 1992 dogs will be cats, it is to be feared that, *omnipotent as it is* in its human and governmental world, it will have some difficulty in making the canids meow...

82. Cf. Ph. GAUDRAT, “Originalité des logiciels : le graal du numérique”, *RTDcom.*, 2020-4, p. 849.

83. Cf. Ph. GAUDRAT and F. SARDAIN, *op. cit.* t.1, No. 373.

84. Cf. Ph. GAUDRAT and F. SARDAIN, *op. cit.* t.1, No. 246.

85. Cf. Ph. GAUDRAT, “Originalité des logiciels”, *op. cit.*

*d'auteur*⁸⁶: how could there be a droit d'auteur without its moral side? The reason for this is that the authors of this legislation, starting from a *false analogy* with the anthology, which realizes a *true creation*⁸⁷ on the basis of *true creations*⁸⁸, have, without realizing it, surreptitiously slipped into a *pure work of compilation of information*. But a *pure work* cannot be creative; as for the *information*, even if it is communicable⁸⁹, it does not make room for the *cultural function*: an architecture of *symbolic*⁹⁰ but not creative *facts* cannot in any case constitute a *creation of the mind*... at most a “*work*”.

84. The retirement of Prof. Françon, which coincided with the rise of digital software, saw the flowering of an ascendant doctrine, now in the majority, which comes exclusively from *industrial property* and *commercial law*: in accordance with its origins, it takes into account only the *economic function* and is therefore not prepared to understand the neoliberal blindness that is gripping Europe...

86. This is understandable in the original European text, but when transposed into national law, it must be seen as a rejection of the absurd provisions with which the software was affixed (Cf.: *Droit civil du Numérique*, t.1, No. 988).

87. In 1957, there was an intense debate on the nature of the *act of derivative creation* (Cf.: *Droit civil du Numérique*, *op. cit.*, t.1, No. 883 *sq.*). But this debate was swept away, without any further precaution, by the interpolation of the “or” instead of the “and” in 1998...

88. The anthology is always based on *protected and divulged* creations, which is why it is necessary to obtain the permission of the selected creators if they are not in the public domain. If they are in the public domain, only the moral right must be respected.

89. Not all information is *communicable*; *digital information* (with the exception of translation) is not. On the other hand, the information that is the object of the databases and that is *revealed by the user interface* is a radical distinction between *communicable* and *non-communicable* information. (Cf. Ph. GAUDRAT, “Forme numérique et propriété intellectuelle”, *RTDcom.*, 2000-4, p. 910 *sq.*; (2nd part) *RTDcom.*, 2001-1, p. 96 *sq.*).

90. Information is a set of *facts* recorded in a *symbolic form*, which are all the more valuable because they are *devoid of subjectivity*; so much so that the *most reliable* information is obtained by a *machine devoid of emotion* (temperatures, coordinates, etc.).

B. The Imbalance Created by Neoliberal Europe

85. Originally, the European Treaties only established a “Single Market”: they should therefore have outlawed all *private monopolies*⁹¹ and, in the worst case, left only *public monopolies*, which, at least because they applied to all without discrimination⁹², *did not cause distortions*, even if they were contrary to competition. However, not wishing to completely overturn an order that had been established for a century and a half, they postulated⁹³ that they would make it possible to control the exercise of rights, but not their *existence*. These major texts, which were to establish an *economic order* (and more) for centuries to come, refrained from calling into question the different rights granted by states that granted *legal private monopolies*.

86. Article 30 of the EEC Treaty prohibited *quantitative restrictions* on imports and all measures having equivalent effect, but Article 36 provided that “the provisions of Articles 30 to 34 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of [...] *the protection of industrial and commercial property*”⁹⁴. No similar provision was made for *literary and artistic property*, so the drafters were well aware that only “industrial property”, through its *private monopoly*, could thwart competition; literary property, on the other hand, *never* threatened competition. However,

91. Which punctually *prohibited* the market.

92. Provided it is extended to the whole of the Community.

93. Taking up a formula of the French Competition Council, established at the end of the Second World War.

94. The Economic Community was forbidden to interfere in the legal policy of the Member States; according to the formula in force, the Court of Justice was empowered to intervene only in the *exercise*, but not in the *existence*, of rights.

the text forbade the European institutions from interfering with these restrictions decided by the States.

87. Making use of this faculty, the United Kingdom, as soon as it entered the Single Market, opposed the pending directive on the harmonization of *unfair competition* in the EEC. In order to build a harmonized and durable *market economy*, however, it was necessary that the legislations had been given a *common objective* so that each, while respecting the logic of its national law, would have created the same goals. On this occasion, it was chosen to align the national laws on the reinforced formula of the German law; hence the creation entrusted to Professor Ulmer.

88. However, the United Kingdom ignored *unfair competition*: competition on its territory was either *legal* (fair) or *prohibited* by one of the *private monopolies* inherited from its structural feudal system⁹⁵, which had not been challenged by a revolution (Copyright, Patents, Designs). By opposing this directive and promoting these *private monopolies*, which are contrary to the *market economy* (but not to the Treaties), instead of harmonizing unfair competition, the United Kingdom, as soon as it was integrated, reinforced the seeds of *neo-liberalism*⁹⁶, which would prove fatal for Europe. At the time, this

95. The title of Lord gives the right to sit in a special chamber of Parliament for life, and land ownership is still characteristic of an orderly society: it is not possible to buy freehold (as we understand it) in London: the land belongs either to a Lord or to the Crown; one can only acquire a long lease.

96. *Historical liberalism*, which originated in the French Revolution, *excludes all monopolies* and recognizes only *properties of natural law*, which, since they do not alter free competition (which is considered a *fundamental right*), are regarded as Human rights. The only limit assigned to this free competition is *unfair competition*, in other words, *fault* in the competitive game. These properties are themselves limited only by another human right (freedom of expression, etc.). On this distinction, cf. Ph. Gaudrat, "Le bien intellectuel : entre propriété et monopole" in *Mélanges Corneliu Birsan*, Bucarest, *to be published*. But "neo-liberalism" (as its

process of accelerating history went unnoticed because it did not violate the Treaties. Yet it was the *starting point* of a slide which, accentuated by various events, was to lead to the *complete denaturing* of the European project, which is today leading the peoples to revolt more and more openly against it. Let us briefly trace the thread of this recent history (1°) and the hopes that can be formulated for the future (2°).

1. Recent History

89. Recent history combines both an *institutional shift* (at EU level) (a) and *conceptual deviations* (at national level) (b).

a. Institutional Shift

90. The initial project of simple economic cooperation between States was accompanied by a mechanism of *pure legislative harmonization*, which placed the main *legal balances*, of which property (and therefore its *intellectual*

name does not indicate) is a *reaction* to historical liberalism; this reaction began, in France, with the Orleanist restoration and Renouard who wanted to give the first place to *private monopolies* (by imitation of the Anglo-Saxon countries). This *counter-revolutionary* behavior led to a shift in the role of the State: the French State (the welfare State) was accepted because it coordinated and *redistributed* wealth among citizens presumed to be *good fathers*. The Anglo-Saxon, Thatcherite and neoliberal State is *authoritarian* (and therefore contested) because it must impose on citizens, assimilated to *consumers*, accountable for their wealth, the capture of the *common good* for the benefit of a few. At the same time, in the Anglo-Saxon world, solutions are being developed to free the public from these *abuses of monopoly*: these are the “*commons*”. They are all based on the experience of *copyleft*, which turns the *copyright* of a program against itself, thus limiting the abuses of *monopoly* combined with *secrecy*. Unfortunately, what seems to be overlooked is that these *commons* are at the same time opposed to property, which, through its own *limits and exceptions*, already incorporates the *space of freedom* that the public demands. Forgetting (if not denying) this traditional balance, we add this layer of *exception to the monopolies*, to the *natural limits that property already knew* (cf. *Dictionnaire des Communs*), so that there is not much left of it.

variant) was a part, outside the *common pot*. Property was part of the exclusive competence of a State. This nature of the EEC was certainly not very favorable to literary and artistic property, since it predisposed the institution to manage only the *economic function*, leaving aside the *cultural function*; but, unless the *status quo* was changed, it left literary and artistic property *outside the scope* of the Treaty of Rome.

91. However, this *status quo* was one day changed by an *American injunction*, which led the European Commission (since it is the one that proposes legislation) to intervene in the field of literary and artistic property. This important development dates back to Directive (EC) 87/54 of 16 December 1986 on “semiconductor products” (Topography Directive). The Commission ensured its adoption in response to the American diktat of the *Chips Act*: the United States had refused to grant *copyright* protection to the *masks* necessary for the manufacture of topographies (which would have been possible⁹⁷) in order to avoid the Berne Convention, whose application they had forced in the case of software, not allowing third countries, members of the Union, to request automatic reciprocity of protection⁹⁸. Instead, they opted for a *special law*, requiring all states in the world that wished to protect their topographies in the US to adopt a law with similar content within two years; the Secretary of Commerce reserved the right to assess the conformity of the candidate law with the US model.

97. Their production does not show any creation, but this fact is *contingent: copyright*, as a monopoly, allows the reservation of a *simple work*.

98. This did not prevent them from introducing the mask provisions into the *Copyright Act*.

92. The European Commission, in order to protect the interests of the Member States, had the Parliament adopt a directive in line with the standard law. It had gambled that the text would be directly assessed by the Secretariat of State, because it had violated the principle of *harmonization* by imposing the *solution* instead of the simple *objective*, so that the answer would be completely uniform; in other words, it had taken the step of a *regulatory directive*, which was strongly criticized by European law specialists⁹⁹. However, as expected, the Secretariat of State did not consider that its violation of the Treaty of Rome concerned it: it only agreed to evaluate the *national conversion laws*¹⁰⁰.

93. The result was that the Commission had formally adopted, *with the approval of the Member States*, a directive which laid down the broad outlines of the system of protection of an *industrial property* object. The institution thus recognized that the Member States had transferred to it the power to legislate on *industrial property*. *Strictly speaking*, this transfer of competence concerned only *monopolies*, but since these were part of the *national exception* which the Community order had expressly forbidden to touch, any distinction with *property* became illusory. Since the doctrine was indifferent to the distinction, the encroachment became widespread.

94. The institution concluded that this transfer applied to all “intellectual” property, which was by no means unified as it stood, but it set about methodically merging it. In 1991, on the pretext of *technological urgency* (reminiscent of topographies), it had the Directive on Computer Programs (91/250/EEC)

99. Cf. J. BOULOUIS, *Droit institutionnel des communautés européennes*, Montchrestien, 2^e ed., 1990, p. 197.

100. Cf. Ph. GAUDRAT and F. SARDAIN, *Droit civil du Numérique*, t.1, No. 770.

adopted; in 1996, it had the Database Directive (96/9) adopted, which combined a *monopoly* (*sui generis* right) with an *intellectual property* so poorly conceived as to be unusable (copyright)¹⁰¹; and, on 22 May 2001, it pushed through a transversal directive on the “information society” which drew the consequences of the previous directives to combine *property* with *monopolies* under the pretext of something else, but still under American supervision...

95. After this institutional shift, it became inevitable to admit that the Commission had appropriated the competence to manage classical copyright and to divide it up (if it so wished) in order to turn it into a monopoly (with a few moral additions, *if it so wished*): it did not fail to do so. We can see the *inexorable chain* of events leading to the abandonment of the liberal order inherited from the French Revolution in exchange for a *neoliberal order* born in the 1930s in the United States of the Chicago School, hidden behind the complexity of the decision-making system, the prolixity of secondary legislation and the ambiguity of the founding texts. It advocates, among other things, the privatization of public affairs¹⁰² and the blurring of the distinction between the public and private sectors¹⁰³.

101. Cf. *supra*, No. 82 sq; cf. also, Ph. GAUDRAT and F. SARDAIN, *Droit civil du Numérique*, t.1, No. 792 et s.

102. This feature, which leads to the disappearance of *public services*, a great factor in *equality*, is due to the fact that, according to Friedman and his School, private management of the common resource is intrinsically superior to *public management*; this is obviously just a propaganda argument in favor of unbridled capitalism, which had its glory days in the Reagan-Thatcher era; the countries of the former communist bloc, suddenly moving from a strictly planned economy to a market economy, scrupulously privatized by selling public property to oligarchs: we can see the result. Unfortunately, this has become the doctrine of the Commission, which is dismantling the *public monopolies* that form the basis of the *public services* that are so *necessary* for the community, because when Thatcher was in charge of the United Kingdom, the socialist J. Delors did not know how to stop this feudal thinking. We can see the result today with the privatization of the energy market and the imminent privatization of the water market...

103. Both the fundamental distinction on which the French legal system (but not the Anglo-Saxon one) is based, between *public* and *private law*, and the back and forth between the *public*

b. Conceptual Deviations

96. In 1985, with the Lang law¹⁰⁴, a *pure monopoly* was thoughtlessly introduced into the French law of literary and artistic property: *that of the phonogram producer*. This misstep was imposed by the ratification of the Rome Convention¹⁰⁵, which combined the necessary *performer's right* with the *useless legal monopoly* of the producer, characteristic of *copyright*. As the (usually *exclusive*) *assignee*, the producer already had the necessary authorization or even the *contractual* monopoly for exploitation¹⁰⁶. In addition, the *performer's right* was in the process of being recognized autonomously in national law: there was no need to ratify this Convention. As a sign that the American producers' campaign to gain a foothold in French law had worked, the French legislator extended the *monopoly of phonogram producers to videogram producers!* The European Commission, seeing that the inclusion of these *private* and *legal* monopolies was led by the State, which logically had the most reason to oppose it, went along with it.

sector (where one learns interpersonal skills) and the *private sector* (where one earns money); examples are Barroso and Lamy, who went from the European Commission to the American bank Goldman Sachs and the WTO, and Schröder and Fillon, who went from politics to Russian companies at national level, and so on.

104. A law introduced by a socialist minister at the same time as President Delors supported the Commission's shifts. It is not impossible that these half-truths, felt more than analyzed, are now being punished by the electorate: this political party, which was supposed to protect against the shifts of capitalism (which the French only moderately appreciate), has allowed the most successful of all to be established, both at national and European level: neo-liberalism!

105. Which *came into force* in 1987 under the presidency of F. Mitterrand.

106. Cf. Ph. GAUDRAT and M. VIVANT, "Marchandisation" in M. VIVANT (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation*, p. 31.

97. In 1985, a *software copyright*¹⁰⁷ was also introduced independently, as a result of *international lobbying* (represented in France by second-rate lawyers). For six years¹⁰⁸, it sought its *impossible way* as a *sui generis right or a right supposedly related to copyright*; then, in 1991, the Commission, which had by then matured its project, put its cards on the table: armed with the institutional acquis of the Topography Directive, it imposed in its new directive the protection of software by a *copyright*¹⁰⁹ (of course without any moral dimension) “which *must* nevertheless be considered to be a *copyright within the meaning of the Berne Convention*”. And this was only to ensure the protection of *American software* in Europe, not that of European software in the United States, as the *computer lobby* had claimed in order to facilitate the surrender of states, particularly in France¹¹⁰. This manipulative move violated all principles¹¹¹.

98. Meanwhile, the legislative steamroller in the United States moved forward, finally delivering the *Digital Millennium Copyright Act* in 1998,

107. This was in fact the result of confusion, very common at the time, between *copyright* and *creator's right*: the Americans having added a *Software Act* to their *Copyright Act* (in 1980), it was, therefore, in the order of things that we integrate software into copyright; such was, at least, the discourse of the computer *lobby* in order to make the Berne Convention work effectively for the benefit of Americans.

108. Cf. Ph. GAUDRAT and F. SARDAIN, *Droit civil du Numérique*, op. cit. t.1, No. 282 sq.

109. It did not include any moral right (which was fortunate) but did include a *monopoly on reproduction* (“right to authorize and prohibit”), both *temporary* and *permanent*, in the purest tradition.

110. Cf. A. BERTRAND, “La protection des progiciels ! Doivent-ils être étrangers pour bénéficier de la protection du droit d’auteur ?”, *Expertises*, nov. 1983, p. 239.

111. Cf. Ph. GAUDRAT, “Europe des logiciels : au menu, P.L.A. du chef à la mode bruxelloise”, *RDIT*, 1989/2, pp. 64-76; 1989/3, pp. 58-63. Not only did this directive take the form of the *regulatory directives* imposed with the help of the United States on semiconductor topographies, but it also contradicted the distinction between monopoly and property on which French law has been based since the Revolution (and *symmetrically*, by the way, American law), as well as, consequently, the distinction between *literary and artistic property* and *industrial property*.

which attempted to address the digital challenges (ignored by *droit d'auteur*). And to force a European response to this legislation, the US pushed through the 1996 WIPO Treaties. It was then that the European Commission set about adopting the Information Society Directive of 22 May 2001. From that moment on, the *droit d'auteur*, squeezed between the *related economic rights* (of *producers* of phonograms and videograms, but also of producers of *databases*) and the *copyright* of software, subject to the lamination of the directive on the “information society”, found itself in a very dark position, all the more so as the English had, in the meantime, imposed their language, ostensibly to facilitate negotiations with the Eastern European countries to which the Community had opened up under the pressure of the Clinton administration. It is obvious that all the *fundamental concepts* of a law are contained in the *words of the language* that conveys it. Everything can be translated... except *idiomatic concepts and expressions*, and intellectual property is an area where these are legion¹¹².

99. Since the 2001 Directive, the Commission has shamelessly used the language of the *monopoly in all its texts supposed to rule the droit d'auteur*. It repeats time and again that creations must be “*at a high level of protection*” so that operators *can remunerate creators*. In other words, *infringements of the monopoly* enjoyed by the “cultural industry”¹¹³ must be punished more and more severely by counterfeiting, so that the operators can make more

112. For example, the terms of “*work*”, “*originality*”, “*creation*”, “*fixation*”, “*property*”, etc. have opposite meanings to “*oeuvre*”, “*originalité*”, “*création*”, “*droit moral*”, “*propriété*”, in spite of their entirely misleading appearance. The term *right of divulgation* is untranslatable (the *right of disclosure* has nothing to do with it) and even the term *infringement* has opposite meanings: in one case, it designates *violations of property* (which does not affect competition); in the other, it designates *violations of monopoly* (which prohibits the market)!

113. Understand: only *producers*, of all kinds.

and more profits so that they *can remunerate the creators* (as if there were a connection!). In the directives, only a “right to *fair compensation*” for creators (considered as cultural *workers*) appears in place of the *historical property* that guaranteed them the *fairest remuneration*, but it disappears completely from the texts.

100. Finally, the European Commission’s “philosophy” for the day when it *decides to harmonize the moral right* at European level is revealed in the valuable commentary that followed the *Green Paper on Copyright*: “*The moral right of the creator, as harmonized at Community level, will not be entirely centered on the person of the creator, since they will also have to serve the interests of consumers*”¹¹⁴. This is essentially an excellent summary of everything we would have liked *not to have seen written*: if the Commission ever condescends to *harmonize* the moral right, they will first have to be *detached from the person of the creator*, because afterwards their purpose will be *to serve the consumer*! But how could it dissociate itself from the creator, since its function is to protect the *imprint of the personality* that he deposits in the intelligible form of creation? If the consumer completely replaces the amateur, this poor legal mechanism will be entirely derived from the *economic function*¹¹⁵: in other words, it will be a *fake imitation of moral right*... The *White Paper on Intellectual Property*¹¹⁶, recently

114. Cf. *Communication on the follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, 15 Nov. 1996: Com. 1996, 568/3, p. 27.

115. The *right to have one’s creation respected* will shift to a *labeling fraud*, the *right of attribution* will shift to a *usurpation of a commercial name or trademark*; the *right to repent and withdraw* will no longer have any basis; as for the *right to divulge*, it will duplicate the monopoly of *marketing*...

116. This term is used in a counterintuitive way since, all branches taken together, the said property, supposedly unitary, is only apprehended as a single manifestation of a *legal monopoly*...

published by the French section of the *International Law Association* under the direction of Professor Binctin, goes beyond the Commission's expectations¹¹⁷.

2. Reasons for Hope

101. Fortunately, in this depressing context, the Court of Justice, whose proceedings are still sometimes held in French¹¹⁸, is trying, on the basis of *dysfunctional* texts proposed by the Commission (in English) and voted on by the Parliament, to introduce a reasoning that still has a link with (real) literary and artistic property. This was the case with a series of judgments, including the Painer ruling¹¹⁹, which reintroduced a fundamental notion of *droit d'auteur*: that of distinguishing *creation* (characterized by an *imprint of personality*) from *work* (whose actors are interchangeable, subject to equivalent competence); an idea that leads directly to the moral right, which the Commission seeks to eradicate.

117. This project seems to be the validation, by some *copyright-friendly* colleagues, of the part of the work commissioned in 2016 by the Association Capitant for the purpose of codifying *European business law*, to which the creator summarizes "intellectual property".

118. For example, the *case Brompton* which recognizes the intelligible nature of the creation: in its 34th recital the ECJ invites the referring court, "to determine whether, through that choice of the *shape of the product*, its author has expressed his creative ability in an original manner by making free and creative choices and has designed the product in such a way that it reflects his personality."

119. CJEU, 3rd ch. 1 Dec. 2011, C-145/10; since then, three rulings have reaffirmed the "*imprint of the personality*" through the formula "*an intellectual creation of the author reflecting his personality and expressing his free and creative choices*": these are the *Renckhoff* rulings of 7 Aug. 2018, C 161/17, *Cofemel* of 12 Sep. 2019 C-683/17: *JCP E*, 2019. 1590, obs. by A. PORTRON; and *Brompton* of 11 June 2020 C-833/18: *JCP E*, 2020. 1385, obs. by A. PORTRON and *JCP E*, 2021. 1067, obs. by A. PORTRON. Since then, the TEU and the CJEU have cited the *Brompton case* as a ruling of principle on originality.

102. This opposition on the part of the two main institutions of the European Union¹²⁰ – the Parliament, which is supposed to represent 27 Member States, can only play a minor role – and the withdrawal of the United Kingdom from the Union on 1 January 2021 give *good reason* to hope that the European Commission will change course under the *silent and uncontrollable* pressure of the people: it is not certain that in the *indirect* face-off that is being constructed *politically* at the various national levels between the *European Union* and *peoples* who are showing increasingly obvious signs of *mistrust* and even, now, *resistance*¹²¹, the *technocrats* of the Commission, protected by an institutional bubble that makes them more independent of the member states than of the United States, will have the last word...

103. CONCLUSION: The Commission wanted to go beyond the limits imposed on its action by the founding Treaties with the innovation of the *Regulatory Directive*. It must now go to the end of its choice and integrate the *truly cultural* dimension of intellectual property. It is not so much the Union *as a whole* that needs to be reformed, but rather the Commission, which needs to *rethink* the direction it has been taking the Union since the 1980s: the bad news is that it will be necessary to *change the culture* of an institution (which is always very difficult); the good news is that the institutional cost of this reform *will be zero!*

120. For a new illustration, cf. Ph. GAUDRAT, “CJUE, 3 juin 2021 : le monopole légal privé recadré”, *RTDcom.*, to be published.

121. The “European Constitution” was largely rejected because it mixed questions of fundamental law with economic law and transferred all disputes to an economic jurisdiction.

104. *Moral right* is certainly a consequence of intellectual property as it was born in France and as it is conveyed by the French language, but it is not for this reason that the Commission must put it back at the heart of European intellectual property, but only because it is *the only universalist system* that gives *full place to culture*, to *all European cultures* on an *equal footing*, as sincerely desired by *all European peoples* (and not just Anglo-Saxon culture). Since the United Kingdom is no longer a member of the Union, the Commission must free itself from this *single-mindedness* that is suffocating the world (*at least* the Western world). The more we persist in the opposite direction, the more the peoples of Europe *will be radicalized* against a narrow capitalism that favors *private monopolies* that are preparing for a return to conditions favorable to revolution or to new wars between nations that are turning in on themselves under the leadership of extreme right-wing parties, which is the opposite of the great and beautiful European project.

105. What all this *positive*, artificial and arbitrary law tends to make forget is the *natural law discovered* by the French Revolution¹²², in other words, those universal rules which are self-evident in their justice and fairness. They form the basis of Human Rights, which are therefore called *Fundamental Rights*. Positive law can conform to them¹²³ (it should!) or disavow them¹²⁴ (it should refrain from doing so). As it stands, the European Union is nothing more than a *dictatorship of the consumer*, it only promises *economic values*: the free movement of goods, people and capital. Above all, we must ensure that a

122. The *Declarations* support the idea that *they have been there from the beginning*, just waiting for the pen to make them manifest, which is the nature of *discovery*.

123. As the Law of March 11, 1957.

124. Like all *industrial property*, or *copyright*, and therefore European *intellectual property* law.

political Europe is not created with the sole aim of making this dictatorship *insurmountable*¹²⁵. Regrettably, Rights of Man have recently been trivialized by replacing the historical term with the translation of the English term “*human rights*”. But by definition, *all rights are exclusively human*¹²⁶. The historical formula, which transcends gender¹²⁷, wanted to ignore the manipulations to which they are subjected, because they are *fundamental*: when the right takes the human being, *stripped of any affiliation* (gender, ethnicity or religion), as the object of study and of rights¹²⁸, it approaches the universalism that Aristotle wanted to achieve when he collected the constitutions of all the Greek cities in order to abstract from them an *ideal right*...

125. Towards which the so-called “European Constitution“, wisely rejected by the people, was sliding.

126. *All rights* come from a human brain to satisfy a human need; that’s why they ignore the animals, even though they share the same planet...

127. It goes without saying that human rights (with a capital H) are not the rights of the only “*macho*”, *human* instead of *Homo*...

128. There are few human rights: the right to life, the right to a *minimum* of possessions, the right to free expression, the right to a fair trial, the right to the religion of one’s choice... *Muslim human rights* are no longer human rights because their very title indicates a belonging. It is necessary to be very rigorous in their definition in order not to pass off a *right that serves a human category* as a *universal right*.

REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR

RIDA

**Revue éditée par l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International**

**Review published by l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International**

ADMINISTRATION : Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur
National et International, dite RIDA.

225, avenue Charles-de-Gaulle, 92200 NEUILLY-S./SEINE – FRANCE

Tél. +33 1 47 15 44 69

www.la-rida.com

rida@la-rida.com

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION/DIRECTOR OF PUBLICATION : David
EL SAYEGH

RÉDACTEUR EN CHEF/EDITOR IN CHIEF : Yves GAUBIAC

COMITÉ DE RÉDACTION / EDITORIAL BOARD

Alexandra BENSAMOUN

Caroline BONIN

Jean CASTELAIN

David EL SAYEGH

Yves GAUBIAC

Nicolas MAZARS

Florence-Marie PIRIOU

Pierre SIRINELLI

Leonardo de TERLIZZI

Hubert TILLIET

Directeur de la publication/Director of publication: D. El Sayegh

Dépôt légal/Legal registration: janvier 2023