



**HAL**  
open science

# Les droits de propriété intellectuelle sont-ils des droits de propriété ?

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. Les droits de propriété intellectuelle sont-ils des droits de propriété ?. De quelques grands débats doctrinaux, 2017. hal-04314608

**HAL Id: hal-04314608**

**<https://hal.science/hal-04314608v1>**

Submitted on 29 Nov 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

*Les grands débats doctrinaux*  
*Réflexions sur l'intemporalité*  
*des controverses*

*Première Journée de la Jeune Doctrine Juridique*

Chambéry, le 25 mars 2016

**Avec les contributions de :**

Patricia Benezech, Laurianne Enjolras, Nicolas Flamen,  
Numa Isnard, Jennifer Marchand, Marie Padilla, Marion  
Prevost, Iony Randrianirina, Léo Ravaux, Sacha Sydoryk,  
Béline Waltz-Teracol.



**lextenso** éditions

© Université Savoie Mont Blanc  
CDPPOC  
Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation  
BP 1104  
F – 73011 CHAMBÉRY CEDEX  
Tél. 04 79 75 83 84  
<http://www.fac-droit-savoie.fr>

Réalisation : Catherine Brun  
ISBN : 978-2-919732-68-5  
Dépôt légal : octobre 2016

Cet ouvrage est issu des actes du colloque organisé le 25 Mars 2016 par le Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC) de la Faculté de droit de l'Université Savoie Mont Blanc et l'Association Chambérienne des Jeunes Chercheurs en Droit.

Les responsables scientifiques de la manifestation et de l'ouvrage sont :

Johann Le Bourg, Maître de conférences en Droit privé (USMB)  
et Clément Benelbaz, Maître de conférences en Droit public (USMB)

## 2. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SONT-ILS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ ?

*Iony Randrianirina*

Docteur en droit privé de l'Université de Poitiers  
Centre d'Études sur la COopération Juridique Internationale – EA 7353  
Chargée d'enseignement à l'Université Lumière Lyon 2

Avec l'essor de l'industrie, de l'économie et des technologies de l'information et de la communication, les droits de propriété intellectuelle n'ont jamais été autant malmenés. Il est vrai que l'histoire de la propriété intellectuelle est jalonnée de créations nouvelles, et donc de nouveaux droits, au gré de l'évolution du commerce et de l'industrie. Or, la réservation privative de ces créations est souvent contestée dans un contexte de liberté de la concurrence.

La question de savoir si les droits de propriété intellectuelle sont de véritables droits de propriété au sens civiliste relève d'un enjeu juridique et économique majeur. En effet, la finalité d'une telle question réside sur un choix entre un régime de protection fondée sur la logique du droit des biens et un régime de protection *sui generis* adapté. D'un point de vue civiliste, le régime de la propriété classique permettrait d'intégrer l'objet du droit de propriété intellectuelle dans les régimes matrimoniaux, les successions, les sûretés réelles, et pourquoi pas dans le droit comptable et le droit fiscal. D'un point de vue intellectualiste, pourtant, un régime sur mesure serait nécessaire pour une protection contre les actes d'exploitation indus.

Il s'agit en somme de prendre position entre deux approches philosophiques de la propriété : une première développée par John Locke à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, et qui est une conception jusnaturaliste selon laquelle la propriété de chaque individu sur le travail de son esprit est de droit naturel ; et une seconde inspirée de Jérémy Bentham un siècle plus tard, et qui est une conception utilitariste selon laquelle la propriété intellectuelle tire sa légitimité non d'un acte de création, mais de son efficacité économique<sup>274</sup>.

La compréhension de la problématique ne saurait se passer d'un rappel historique de la naissance des droits de propriété intellectuelle. Il faut se souvenir que le droit d'auteur en tant que droit naturel n'est qu'une construction juridique née des privilèges royaux accordés aux libraires au XVIII<sup>e</sup> siècle. En effet, en Angleterre comme en France, ce sont les libraires – non privilégiés en Angleterre

---

274 Pour plus de détails, cf. J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propr. intell.* 2006, n° 21, p. 388 à 395.

et privilégiés en France – qui avaient défendu l'idée selon laquelle ils détenaient un véritable droit d'édition acquis auprès des auteurs qu'ils considéraient comme propriétaires originaires des manuscrits<sup>275</sup>.

Le brevet d'invention, quant à lui, puise sa source dans l'Antiquité, à Sybaris, une colonie grecque en Italie, où des monopoles d'un an étaient accordés aux inventeurs de spécialités gastronomiques<sup>276</sup>. Ce n'est qu'à partir de 1350 que l'on assiste à une généralisation des privilèges accordés aux inventeurs de nouvelles techniques et machines<sup>277</sup>.

Le privilège sur les dessins et modèles industriels a été concédé pour la première fois au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle pour des dessins imprimés sur textiles<sup>278</sup>. La jurisprudence a par la suite étendu le monopole aux dessins en relief, les ancêtres de nos modèles.

Le droit de marque, enfin, est né de la complexification du régime de l'action en concurrence déloyale. D'une logique de protection du public, le droit révolutionnaire est passé à une logique de protection du commerçant<sup>279</sup>.

---

275 L'avocat général Louis d'Héricourt est souvent cité comme étant le précurseur du droit d'auteur en ce qu'il soutenait que le droit des libraires prend sa source, non dans la grâce du Roi, mais dans le droit naturel de propriété de l'auteur : «Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit [...] et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage, lui et ses descendants, comme d'une terre ou d'une maison qu'il aurait acquise, parce que l'acquisition d'un héritage ne diffère en rien de l'acquisition d'un manuscrit [...]. Le Roi, n'ayant aucun droit sur les ouvrages des auteurs, ne peut les transmettre à personne sans le consentement de ceux qui s'en trouvent les légitimes propriétaires [...]. Il ne doit y avoir aucun doute que les privilèges [...] ne peuvent être considérés que comme des approbations authentiques». (Cité par A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, Paris, J. Renouard et al., 1838-1839, p. 157 à 160 et par M. C. ДОКК, *Étude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, p. 116 et 117).

276 E. KANT, «De l'illégitimité de la reproduction des livres», *Berlinische Monatschrift*, 1785, p. 403 à 417.

277 La première législation en matière de brevet d'invention est la *Parte Veneziana*, à Venise, qui octroyait un monopole de dix ans.

278 En Angleterre, le *Calico Printers Act* de 1787 conférait un droit de propriété aux concepteurs, imprimeurs et propriétaires de dessins imprimés sur textiles. Par la suite, un *Act* du 14 juin 1839 garantissait un copyright sur les dessins sous condition d'enregistrement. En France, dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, une série d'arrêts consulaires et royaux reconnaissait expressément, sur les dessins des fabricants de soie lyonnais, un droit perpétuel de propriété préexistant à leur protection par le droit positif. L'avis du Conseil d'État du 30 mai 1823 déclara la loi de 1806 (applicable aux seules soieries de Lyon) applicable à tous types de dessins. (E. PHILIPPON, *Traité théorique et pratique de la propriété des dessins et modèles industriels*, Paris, Marescq, 1880, p. 14 à 20).

279 Loi des 24 juillet et 4 août 1824, exposé des motifs : «Le nom d'un fabricant devenu célèbre par la supériorité constante de ses produits, la fidélité et la bonne foi dans ses relations commerciales, de même que celui d'une ville qui a créé un genre d'industrie connu et réputé dans toutes les parties du monde, sont donc plus qu'une propriété privée : ils forment une propriété publique et nationale [...]. Qu'on ne dise pas non plus qu'on établit par la loi un monopole ou un privilège [...]. Il ne s'agit ici que de donner une garantie légale à la propriété des noms qu'il n'est pas permis d'usurper».

L'histoire nous révèle ainsi que les droits de propriété intellectuelle, loin de former une unité, sont nés dans des contextes économiques hétérogènes, ce qui explique leurs différences de nature et de régime<sup>280</sup>. La question de savoir si ce sont de véritables droits de propriété s'est d'ailleurs posée au XIX<sup>e</sup> siècle, à l'heure où, avec l'élargissement des marchés et l'extension du commerce international, un mouvement s'est mis en marche en faveur du développement de la liberté du commerce, donc de la concurrence, hostile aux aspects monopolistiques et restrictifs du système<sup>281</sup>. Les économistes prônaient le remplacement du système des brevets par un système de récompenses nationales<sup>282</sup>. Aujourd'hui encore, des auteurs dénoncent un favoritisme au profit des investisseurs davantage qu'au profit des créateurs et des interprètes. En fait, constatent-ils, 90 % des revenus collectés à ce titre vont à 10 % des artistes<sup>283</sup>. À travers l'exclamation contemporaine « la propriété intellectuelle, c'est le vol »<sup>284</sup>, c'est encore Pierre-Joseph Proudhon que l'on entend en écho s'écriant « la propriété, c'est le vol »<sup>285</sup>.

Le renouveau des droits de propriété intellectuelle est donc passé par une interrogation à laquelle a dû répondre la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle : les droits de propriété intellectuelle sont-ils des droits de propriété ?<sup>286</sup>.

D'emblée, prenons garde à dissocier le droit sur le titre de propriété intellectuelle qui est un véritable droit de propriété, du droit de propriété intellectuelle lui-même – droit d'auteur, droit voisin du droit d'auteur, brevet d'invention, droit de marque, droit sur les dessins ou modèles – qui est l'objet de l'étude.

La nature propriétaire du droit sur le titre semble irréfutable. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la libre cession des droits, à la possibilité de nantir

280 M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *Mélanges André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 ; S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles*, thèse Montpellier, ERCIM, 1999 ; M. VIVANT, « La protection des droits de propriété intellectuelle : des régimes à géométrie variable », *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque IRPI, Litec, 2003, p. 7 ; Ph. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, p. 562.

281 É. BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, PUR, 2013, p. 97 à 101.

282 Cf. notamment l'École de Manchester en Angleterre, Chevalier en France et le Chancelier Bismack en Allemagne.

283 J. SMIERS, « Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur - La propriété intellectuelle, c'est le vol ! », *Le Monde diplomatique*, sept. 2001, p. 3.

284 J. SMIERS, « Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur », *op. cit.* ; D. COHEN, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 7 avr. 2001.

285 De même que, disait-il, « l'esclavage, c'est l'assassinat » (P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété?*, Brocard, 1840).

286 La question semble toujours d'actualité car une thèse récemment soutenue et publiée s'intitule *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français* (thèse précitée d'É. Bouchet-Le Mappian, PUR, 2013).

les titres<sup>287</sup>, à l'utilisation des titres comme des outils de gestion des entreprises<sup>288</sup> ou encore à la possibilité de titrisation<sup>289</sup>.

La nature du droit de propriété intellectuelle lui-même, en revanche, est controversée. Les textes s'accordent certes à employer le vocable « propriété » : « 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 »<sup>290</sup> ; « L'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de *propriété* qu'il peut céder ou concéder »<sup>291</sup> ; « Toute invention peut faire l'objet d'un titre de *propriété* industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation »<sup>292</sup> ; « L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de *propriété* sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés »<sup>293</sup>. Il faut se rendre à l'évidence, « la propriété innerve donc le Code de la propriété intellectuelle, à tel point que le mot "propriété" semble y être prononcé davantage que dans le Code civil »<sup>294</sup>. Mais est-ce bien de la propriété du Code civil dont il est question ? Celui qui énonce en son article 544 que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » ? Les réponses apportées à cette question sont nombreuses, mais divergentes. La controverse est bien réelle (I). Il nous appartiendra alors de vérifier si les droits de propriété intellectuelle<sup>295</sup> comportent en eux les critères du droit de propriété (II).

287 Bien que le nantissement des droits de propriété intellectuelle révèle encore des difficultés d'application (cf. les développements de M<sup>me</sup> N. Martial-Braz sur la question : « La conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles », *RLDI*, déc. 2005, n° 11, p. 59 et s. ; *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse, PUAM, 2007 ; « Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 307 à 339).

288 La pratique des *patent trolls* (chasseurs de brevets) est symptomatique car la proportion des litiges en matière de contrefaçon de brevets impliquant un *patent troll* était de 62 % en 2012 (*Rapport Patent assertion and US innovation*, Bureau exécutif du président des États-Unis, juin 2013, p. 5). Pour un état de la question, cf. Ch. LE STANC, « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les « patent trolls », *Propr. indus.* 2010, n° 10, dossier 8 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Brevets dormants, brevets assassins, pratiques de hold-up : que peut faire le droit ? », *D.* 2012, p. 2325 ; M. ABELLO et G. DUBOS, « L'Innovation Act HR 3309 - La lutte contre les Patent trolls aux États-Unis », *Propr. intell.* juill. 2014, n° 52, p. 228 à 233.

289 A. QUIQUEREZ, *La titrisation des actifs intellectuels*, Larcier, 2012.

290 C. propr. int., art. L. 111-1, al. 1<sup>er</sup>.

291 C. propr. int., art. L. 513-2.

292 C. propr. int., art. L. 611-1.

293 C. propr. int., art. L. 713-1.

294 Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, n° 39, I, 162, n° 8.

295 Dans un souci de préservation d'un regard objectif sur la nature du droit, nous évoquerons désormais les droits de propriété intellectuelle sous l'appellation de « droits intellectuels ».



## I. L'état de la controverse doctrinale

Jusqu'à nos jours, les auteurs n'ont de cesse de délibérer sur la question. Les uns accueillent la qualification propriétaire sans aucune difficulté (A), les autres à l'opposé sont convaincus que la spécificité des droits intellectuels leur confère une nature différente (B).

### A. La qualification propriétaire des droits de propriété intellectuelle

Si l'on excepte la théorie suivant laquelle le droit subjectif disposé par l'article 544 du Code civil n'est pas l'archétype propriétaire<sup>296</sup>, les partisans de la qualification propriétaire se fondent généralement sur l'application de la possession (1) et sur le caractère absolu du droit (2) pour soutenir que les droits de propriété intellectuelle sont de véritables droits de propriété.

#### 1. Une possible application de la possession aux droits de propriété intellectuelle

Le Code civil énonce les différentes manières dont on acquiert la propriété, dont la possession, qui est, d'après l'article 2255, « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». L'article 2256 du même code précise qu'« on est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire ». La possession sert donc à la fois à prouver la propriété et à y accéder<sup>297</sup>.

Assurément, il peut paraître incongru d'envisager une possession des choses intellectuelles dans une conception classique où la possession ne saurait exister sans *corpus*, lequel implique une matérialité de l'objet<sup>298</sup>. Pourtant, la définition légale de la possession met de toute évidence en échec la *summa divisio* entre objets corporels et objets incorporels, puisqu'elle admet clairement la possession d'un « droit ». La qualité de possesseur est donc révélée, non par la maîtrise physique de la chose, mais par l'exercice des prérogatives attachées à cette chose<sup>299</sup>. Plus

296 Ph. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, n° 03, p. 562, n° 1.

297 Comme en témoigne l'article 2258 du Code civil : « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

298 Les juges sont ainsi unanimes à refuser d'appliquer la possession aux objets incorporels, et, comme une pétition de principe, affirment solennellement que l'article 2276 (anciennement 2279) est applicable aux seuls meubles corporels individualisés (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, pourvoi n° 95-11.151, *Bull.* I, n° 144.) et qu'un meuble incorporel ne peut être « susceptible de possession matérielle » (Civ., 26 févr. 1919, *S.* 1920, 1, p. 203.)— Voir aussi Civ., 2 décembre 1856, *DP* 1856, I, 443.— Req., 25 novembre 1929, *DH* 1930, 3.— Req., 4 janvier 1876, *DP* 1877, I, 33.— Civ., 26 janvier 1914, *DP* 1914, 1, 12.— Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1960, *Bull.* I, n° 141.— Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, pourvoi n° 95-11.151, *Bull.* I, n° 144.— Com., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-13.569, *Bull.* IV, n° 62, p. 62.

299 Voir la convaincante démonstration d'A. PÉLISSIER qui conclut que le *corpus* de la possession doit alors être « dilaté » pour y voir un pouvoir de fait, « pouvoir abstrait », et non un pouvoir

n'est besoin, ainsi que l'enseignait la doctrine classique, d'une emprise physique pour caractériser la possession<sup>300</sup>. Seule importe l'intention, l'*animus domini*, la jouissance effective de la chose ou du droit. En effet, la définition du *corpus* s'est modifiée avec le développement de la *possessio juris*, la possession des droits, acceptée par les Romains concernant les servitudes, l'usufruit, l'emphytéose ou la superficie<sup>301</sup>. La possession est devenue «la jouissance effective des utilités et/ou des prérogatives attachées à une chose», et peut donc s'appliquer indistinctement aux biens corporels ou incorporels<sup>302</sup>. Cette jouissance consacrée par le droit sous la forme de la possession est utilisée par une partie de la doctrine propriétaire pour arrêter la nature juridique des droits intellectuels<sup>303</sup>. Toujours est-il que la Cour d'appel de Paris a refusé d'utiliser l'article 2279 du Code civil en droit d'auteur<sup>304</sup> et les juges n'ont pas hésité à retirer les droits d'auteur à l'emprise de la possession<sup>305</sup>.

La démonstration la plus facile concerne l'invention brevetable, l'article 613-7 du Code de la propriété intellectuelle évoquant expressément la «possession de l'invention objet du brevet» pour consacrer le droit de possession personnelle antérieure.

En matière de droit d'auteur, Pouillet dénonçait dans le fait juridique de création une simple querelle dans les mots, car disait-il, si la propriété consiste dans l'appropriation d'une chose déjà existante, le droit d'auteur est bien une propriété originaire du droit naturel<sup>306</sup>. De même en est-il de la présomption de titularité qui bénéficie à une personne morale accomplissant des actes de possession sur l'œuvre. Il s'agirait purement et simplement d'une action possessoire qui permettrait de défendre très efficacement l'atteinte à la possession sans prise en considération du pouvoir de droit<sup>307</sup>. Ainsi, si certains mentionnent assez maladroitement l'idée

---

matériel (*Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 84 et 101).

300 SALEILLES faisait remarquer que la possession exige une prise de possession matérielle, une mainmise sur la chose («Études sur les éléments constitutifs de la possession», *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur*, tome 3, 1893, p. 121 et s., et p. 197 et s., tome 4, 1894, p. 201 et s., et p. 309 et s., spéc. tome 3, n° 8, p. 130, cité par F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 90, n° 83).

301 GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, n° 592, p. 354, cité par F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 91, n° 83.

302 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 107, n° 99.

303 A. FRANÇON, «La notion de possession et la propriété intellectuelle en droit français» in *Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer, 1998; A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001, *passim*.

304 Paris, 1<sup>re</sup> ch., 10 sept. 2001, *Com. comm. électr.* 2002, comm. 95, et obs. Ch. Caron.

305 Paris, 17 février 1988, *D.* 1989, somm., 50, obs. COLOMBET.

306 E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et pratique du droit de représentation*, 1879, Marchal et Billard, p. 16 à 20.

307 Voir l'arrêt fondateur, suivi par beaucoup d'autres, Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, *JCP G* 1993, II, 22085, note F. Greffe et *RTD com.* 1995, p. 418, obs. A. Françon.— Voir sur ce sujet, J.-L. GOUTAL, «Présomption de titularité des droits d'exploitation au profit des personnes morales: la Cour de cassation maintient sa jurisprudence», *RIDA* 1998, n° 175, p. 65 s.

de « propriété de l'intelligence »<sup>308</sup>, d'autres se contentent plus simplement d'une propriété des œuvres de l'esprit<sup>309</sup>.

La possible possession des marques, enfin, a pu également être défendue. L'exposé des motifs de la loi du 27 juin 1857 sur les marques comprend ces dispositions affirmatives : « Le principe de la propriété des marques de fabrique et de commerce est dans la nature même des choses » ; le fait que le droit des marques doit être analysé en un droit de propriété « est la conséquence directe du droit de propriété existant sur des objets que l'on façonne ou que l'on vend ». Par ailleurs, M. le professeur Zénati-Castaing, rejoint par M. le professeur Binctin, prouve l'existence de la possession de la marque par l'usage des marques notoires : le droit sur ce type de marques ne naîtrait pas de l'enregistrement, mais de l'usage, lequel est une manifestation d'un pouvoir de fait, la possession par usage sur un corpus, le signe<sup>310</sup>. L'argument est étayé par la faculté laissée au titulaire d'une marque notoire de demander l'annulation du dépôt, par un tiers, de sa marque<sup>311</sup>, ce qui constituerait une véritable revendication<sup>312</sup>. M. Danos va encore plus loin dans la généralisation lorsqu'il illustre la possession des droits intellectuels par l'exploitation d'un brevet ou l'usage d'une marque. Concernant les signes distinctifs, il identifie la possession d'une marque à l'usage et à l'utilisation de la représentation graphique à laquelle elle correspond<sup>313</sup>. Dans sa thèse, M<sup>me</sup> Péliissier démontre que le pouvoir de fait permet seul d'expliquer l'attribution du droit de propriété industrielle au premier déposant<sup>314</sup>. Le dépôt de la demande d'enregistrement caractériserait donc la possession des objets de propriété industrielle, notamment de la marque<sup>315</sup>.

D'après les « propriétaires », outre que les droits intellectuels peuvent s'acquérir par la possession, ils revêtent également un caractère absolu à l'instar du droit de propriété.

308 E. BLANC, *Code général de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, LGDJ, 1854, p. 11.

309 Cf. notamment E. CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856 ; E. LABOULAYE, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, 1858 ; A. Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture*, Paris, Legrand & Descauriel, 1837.

310 F. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 et s. : « Ainsi, par exemple, les marques sont-elles dans certains cas susceptibles d'acquisition par l'usage, c'est-à-dire en fait par la possession ». L'auteur justifie ces propos en faisant dire à la loi du 31 décembre 1964, qui faisait acquérir le droit de marque autant par l'usage que par le dépôt, qu'elle entendait conserver exceptionnellement l'acquisition par l'usage dans le cas du titulaire d'une marque notoire. – Voir également N. Binctin, *Le capital intellectuel*, *op. cit.*, p. 44, n° 27.

311 Loi du 31 décembre 1964, article 4, al. 2.

312 F. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.*, p. 305 et s.

313 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 110, n° 101.

314 A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 123-124, nos 272 et s. : « Au moment de la naissance du droit, au moment du dépôt, le droit n'existe pas encore, et c'est sur le pouvoir de fait de la possession que va devoir alors se baser la naissance du droit ».

315 *Ibidem*, p. 230, n° 433.

## 2. Le caractère prétendument absolu des droits de propriété intellectuelle

La référence au caractère absolu évoquerait directement l'opposabilité *erga omnes* qui caractérise la propriété intellectuelle. Le doyen Cornu, s'inspirant des dispositions de l'article 544 du Code civil, définissait le droit de propriété comme « le type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi »<sup>316</sup>. Le mot « propriété » est en effet tiré du latin *proprius* signifiant « propre », « sans partage ». Le droit de propriété est donc « le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres [...], le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux Loix (*sic*) »<sup>317</sup>. Aubry et Rau le définissaient comme le « droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une façon absolue et exclusive, à l'action et à la volonté d'une personne »<sup>318</sup>. Le marquis de Vareilles-Sommières le considérait comme « le droit en vertu duquel une personne peut en principe faire d'une chose ce qu'elle veut »<sup>319</sup>. Par comparaison, selon M. le professeur Caron, « chacun doit respecter le droit de propriété intellectuelle, sauf à s'attirer les terribles foudres de la contrefaçon. Si l'article 544 du Code civil n'évoque pas l'exclusivité, chacun sait qu'il s'agit là d'un caractère essentiel de la propriété. Or, tous les droits de propriété intellectuelle confèrent à leur titulaire un monopole et donc un pouvoir exclusif »<sup>320</sup>. À cette affirmation peut être objectée la perpétuité de la propriété traditionnelle. En effet, contrairement au droit de propriété qui est un droit perpétuel donc absolu, les droits intellectuels sont des droits temporaires – donc non absolus – qui doivent permettre le retour des objets protégés dans le domaine public le plus tôt possible<sup>321</sup>, et cela quand bien même ils continuent d'exister. La comparaison de la limitation des droits intellectuels avec la perpétuité du droit de propriété amène donc deux observations : d'une part, le monopole cesse nonobstant toute considération de la survie de l'objet du droit, et d'autre part, la durée des droits intellectuels est arbitrairement fixée par le législateur, ce qui exclut leur prétendue appartenance aux droits naturels.

D'abord, les droits intellectuels s'éteignent même en cas de survie de l'objet du droit, à l'opposé du droit de propriété classique qui dure tant que dure son objet. Or, le droit de propriété, du fait qu'il ne s'éteint pas par le non-usage du bien, est imprescriptible<sup>322</sup>. Selon les mots du professeur Atias, « le propriétaire ne

316 CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Propriété.

317 POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, 1772, p. 6.

318 AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> éd., t. 2, Marchal et Billard, 1897.

319 VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, t. IV, p. 443 et s.

320 Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, n° 8.

321 Seul l'enregistrement de la marque peut être renouvelé de façon indéfinie, encore que son titulaire s'expose à la déchéance de son droit en cas de non-renouvellement, de non-exploitation de la marque pendant une période ininterrompue de cinq ans (C. propr. int., art. L. 714-5), ou encore s'il laisse sa marque dégénérer dans le langage courant.

322 C. civ., article 2227.

doit pas restituer la chose au bout d'un certain temps. S'il ne décide pas de s'en défaire, il la conservera jusqu'à son décès et la transmettra, à ce moment, à ses héritiers»<sup>323</sup>. C'est ce qui découle de l'article 545 du Code civil disposant que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ». Or, certains droits intellectuels comme le droit de marque, le droit sur les dessins et modèles ou encore le brevet, peuvent se perdre par le non-usage. L'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit la déchéance des droits du titulaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans. Des dispositions similaires prévoient une sanction du breveté qui n'exploite pas son invention dans un délai de trois ans à compter de la délivrance du titre, sans excuse légitime : toute personne peut alors obtenir une licence obligatoire auprès du tribunal de grande instance<sup>324</sup>. À cet égard, le droit de propriété intellectuelle est plus proche des licences professionnelles que du droit de propriété. Le pharmacien qui n'exploite pas son officine perd sa licence<sup>325</sup>. De même, une licence de débit de boissons est périmée si le débit n'est pas exploité pendant trois ans<sup>326</sup>. Si les prérogatives de la propriété intellectuelle expirent, ce n'est pas en raison de la disparition de l'œuvre de l'esprit, de l'invention, du dessin ou du modèle. Le monopole doit cesser pour que les concurrents retrouvent leur liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, texte resté de droit positif<sup>327</sup>.

Ensuite, malgré la survie de l'objet du droit – l'œuvre de l'esprit, le dessin, le modèle, l'invention, la marque —, la durée des droits intellectuels est limitée. Sa fixation est donc purement artificielle. Le droit de propriété littéraire et artistique ne confère de droits patrimoniaux à titre exclusif que jusqu'à l'expiration d'une durée de 70 ans *post mortem auctoris*<sup>328</sup>. Passé ce délai, l'œuvre peut être librement exploitée par les tiers, ce qui démontre bien qu'elle continue d'exister. L'enregistrement d'un dessin ou d'un modèle « produit ses effets, à compter de la date de dépôt de la demande, pour une période de cinq ans, qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans »<sup>329</sup>. Après cette période, les tiers retrouvent ici aussi la liberté d'exploiter le dessin ou le modèle anciennement protégé. Le brevet d'invention est délivré pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande<sup>330</sup>. Ensuite, l'invention devient libre

323 Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, p. 2, n° 2.

324 C. propr. int., art. L. 613-11 et suivants.

325 C. santé pub., art. L. 5125-7.

326 C. santé pub., art. L. 3333-1.

327 L'article 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 dispose qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer tels profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».

328 C. propr. int., art. L. 123-1 : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.

Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

329 C. propr. int., art. L. 513-1.

330 C. propr. int., art. L. 611-2, 1°.

de droits. Que l'on songe simplement aux comptines pour enfants ou encore aux produits pharmaceutiques. Enfin, le titre de propriété industrielle sur une marque est délivré pour une période de dix ans<sup>331</sup>, et le droit de marque perdure tant que le titulaire l'exploite de façon effective.

Les spécificités des droits intellectuels apparaissent plus vastes par rapport à leurs affinités avec le droit de propriété traditionnel. C'est ce qui a inspiré de nombreux auteurs à réfuter la qualification propriétaire.

### ***B. La réfutation de la qualification propriétaire des droits de propriété intellectuelle***

D'autres auteurs se fondent sur l'insaisissabilité de l'objet des droits intellectuels (1) pour conférer à ces derniers une nature particulière différente de la qualification propriétaire (2).

#### ***1. L'insaisissabilité de l'objet des droits de propriété intellectuelle***

Beaucoup avaient commencé à réfuter la qualification « droit de propriété » appliquée à l'objet des droits intellectuels en raison de son insaisissabilité matérielle. Les auteurs britanniques Macfie et Dreghorn comparaient les œuvres publiées à des oiseaux qu'un propriétaire foncier aurait élevés sur son domaine pour les lâcher à l'époque de la chasse : ils deviendraient alors des « *ferae naturae* »<sup>332</sup>. Au sujet du droit d'auteur, la Cour de cassation avait estimé que « loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, il [le droit d'auteur] donne seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire »<sup>333</sup>. L'on peut aisément y voir l'application de la théorie classique ou romaniste de la propriété, laquelle a prédominé en France, mais aussi en Allemagne et en Angleterre jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle et selon laquelle l'objet du droit ne peut être que corporel. C'est ainsi qu'il est disposé au paragraphe 90 du BGB que « les biens, au sens de la loi, ne sont que des objets corporels ». C'est ainsi encore que l'on peut lire sous la plume d'auteurs britanniques du XIX<sup>e</sup> siècle que « *true property is manifestly a right to an existing thing, visible and palpable* »<sup>334</sup>. En France, l'adage « donner et retenir ne vaut » est souvent invoqué à propos de la divulgation pour souligner la fugacité de l'œuvre de l'esprit. Ainsi, pour Édouard Picard, « une des caractéristiques de ces droits intellectuels c'est de ne pas être fixés [...] à un objet matériel unique qui ne peut se trouver en deux lieux à la fois »<sup>335</sup>. C'est ainsi que les *res*, selon lui, sont

331 C. propr. int., art. L. 712-1, al. 1<sup>er</sup> : « L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable ».

332 R. A. MACFIE et J. M. DREGHORN, *Copyrights and patents for inventions, pleas and plans for cheaper books and greater industrial freedom*, Edinburg, Clarke, 1879, p. VI et p. 64.

333 Req., 25 juill. 1887, aff. Grus, *Sirey* 1888, p. 17, obs. Ch. Lyon-Caen.

334 R. A. MACFIE et J. M. DREGHORN, *Copyrights and patents for inventions, pleas and plans for cheaper books and greater industrial freedom*, Edinburg, Clarke, 1879, p. 63.

335 PICARD, « Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », *Journal du droit international privé* 1883, p. 565.

essentiellement corporelles : « Il n'y a pas de rapport, et il n'y a pas d'assimilation possible entre une chose matérielle, une *res*, et une chose intellectuelle. Leurs natures sont aux antipodes »<sup>336</sup>. L'auteur rejoint ainsi Dunant qui affirmait déjà dans son traité que « le droit de propriété est un droit réel ; c'est même le type par excellence du droit réel ; or, le droit réel, c'est son nom qui l'indique, ne peut porter que sur une chose, une *res*, c'est-à-dire une chose matérielle qui se voit et se touche. Or, comment assimiler à un droit de propriété ainsi défini, un droit dont le caractère particulier est précisément de porter sur une conception purement abstraite ? »<sup>337</sup>. Un auteur français est même allé jusqu'à affirmer l'absence d'objet du droit : « Le droit de propriété suppose un objet distinct du titulaire du droit et sur lequel porte le lien juridique qui rattache cet objet à son propriétaire. Dans le cas actuel, rien de semblable : d'objet, il n'y en a point »<sup>338</sup>. Dans son commentaire de la loi du 11 mars 1957, le Doyen Savatier renchérisait : « [...] dans son sens strict, la propriété ne se conçoit que sur les choses corporelles »<sup>339</sup>. Ce qui a amené d'autres grands civilistes comme Chabas et Mazeaud à enseigner qu'« un droit réel ne peut porter que sur une chose matérielle »<sup>340</sup>. Il est évident que la restriction des *res* aux seules choses corporelles semble excessive à l'heure où le champ des biens accueille les titres, les actions, les fichiers électroniques et autres valeurs patrimoniales.

En Allemagne, l'insaisissabilité était fondée sur la théorie personnaliste des droits intellectuels, en ce sens que ces derniers, particulièrement le droit d'auteur, ont une origine personnelle. Le droit d'auteur serait réfractaire à rejoindre le droit des biens, en raison de la perpétuité des droits moraux, dont l'existence ferait perdurer la paternité de l'auteur, et qui feraient que l'œuvre sera à jamais associée à son auteur. Il ne pouvait donc être question de faire de la création un objet de propriété puisqu'elle faisait partie de la personne de l'auteur. Ainsi, le droit portant sur une création était un droit de la personnalité<sup>341</sup>. La marque elle-même fut pendant un temps considérée comme un droit de la personnalité. Selon Klostermann, le droit de marque est « un droit patrimonial dont le fondement est en droit de la personnalité »<sup>342</sup>. Kohler soutenait également que le droit du fabricant sur sa marque est « une des émanations les plus importantes du droit de la personnalité »<sup>343</sup>.

---

336 *Ibidem*.

337 DUNANT, *Traité des marques de fabrique et de commerce en Suisse*, 1898, p. 100, n° 48.

338 C. DUCREUX, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, Paris, Rousseau, 1898, p. 30.

339 R. Savatier, *JCP*, 1957, I, 1398, n° 1.

340 CHABAS et MAZEAUD, *Le cours de droit civil, Introduction*, Montchrestien, 1<sup>re</sup> éd., 2000, n° 170.

341 L'œuvre n'était plus un objet mais demeurait une partie du sujet, duquel elle ne se détachait jamais plus.

342 R. KLOSTERMANN, *Die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz und Markenschutz*, I, Guttentag, 2<sup>e</sup> éd., 1876, p. 430 et s.

343 J. KOHLER, *Warenzeichenrecht*, Mannheim et Leipzig, 1910, p. 62 et s.

Une doctrine autorisée exclut alors du droit commun des biens l'objet des droits intellectuels<sup>344</sup>.

Si l'objet du droit intellectuel reste, d'après une partie de la doctrine, insaisissable par le droit, la temporalité artificielle du droit n'est que la manifestation de cette insaisissabilité. L'argument de la limitation temporelle des droits intellectuels est en effet venu parachever la théorie de l'insaisissabilité. D'aucuns affirment pourtant qu'il ne s'agit pas tant de limitation que de disparition de l'objet. Ainsi peut-on lire que lorsque les utilités de l'objet sont épuisées, il se retrouve privé de toute valeur, la propriété disparaît donc<sup>345</sup>. Or, l'intérêt porté par les investisseurs et les producteurs à l'exploitation d'œuvres libres de droits comme les créations issues du folklore, les œuvres de l'esprit ou encore les médicaments tombés dans le domaine public, est le témoignage le plus significatif de l'existence voire de la vivacité de ces objets anciennement protégés. La réédition d'ouvrages tombés dans le domaine public contredit la théorie de l'épuisement des utilités de ces ouvrages. Force est donc de constater qu'en droit de la propriété intellectuelle, le monopole ne dure pas tant que dure son objet, à l'instar du droit de propriété. C'est donc bien le caractère incorporel de l'objet qui est en cause dans la réfutation de la qualification propriétaire. Les œuvres de l'esprit, les dessins, les modèles, les inventions et les marques étant des objets incorporels dotés d'ubiquité, ils sont insaisissables par toute idée d'appropriation exclusive.

L'objet des droits intellectuels n'étant pas un bien corporel et partant, le droit de propriété étant impropre à qualifier les droits afférents, des propositions de requalification ont été avancées.

## 2. *Les propositions de requalification*

Les propositions de requalification abondent, tant les auteurs sont nombreux à réfuter la qualification propriétaire des droits intellectuels. C'est pourquoi Pierre-Joseph Proudhon disait que les productions de l'esprit ne sont pas des choses vénales puisqu'étant hors du commerce juridique<sup>346</sup>. Il était donc courant de penser que « la lecture jusnaturaliste de la propriété intellectuelle était un concept artificiel, tactique, stratégique, pour rendre intangible la protection des auteurs et inventeurs »<sup>347</sup>.

S'agissant du brevet d'invention, ce droit a toujours été de nature princière, notamment en Angleterre où il est classé à l'intersection des notions de contrat social, de récompense et d'intérêt public. Le brevet était majoritairement analysé

344 P. SIMLER, *Les biens*, PUG, 2<sup>e</sup> éd., 2001, n° 7 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. 1, LGDJ 2001, n° 45 ; J.-B. SEUBE, *Droit des biens*, Litec, 2002, n° 60 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 520.

345 En ce sens notamment, S. ALMA-DELETTRE, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, n° 6, p. 29.

346 P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires*, Bruxelles, 1862.

347 Cf. notamment F. MACHLUP, « Patentwesen », *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Mohr, 1962, p. 247.



comme un marché passé entre l'inventeur et la société pour la divulgation de l'invention<sup>348</sup>. Un auteur allemand du XIX<sup>e</sup> siècle avance cette affirmation sévère à l'égard de l'appréhension propriétaire du brevet : « Même les inventions les plus importantes ne sont rien d'autre que la déduction des découvertes scientifiques et applications pratiques les précédant, déduction qu'à un moment précis n'importe qui aurait pu tirer, aussi certain que sans lui, elle l'aurait été par un deuxième ou un troisième »<sup>349</sup>.

Dans la réfutation de la qualification propriétaire, la doctrine est majoritaire à classer les droits intellectuels dans une catégorie de droits *sui generis*. Les auteurs belges toutefois ont créé le concept de « droits intellectuels », terminologie employée par Édouard Picard dès 1873 à la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles<sup>350</sup>, et constituant ainsi une quatrième catégorie de droits à côté des droits personnels, des droits obligationnels et des droits réels. Reçu en France<sup>351</sup>, ce concept a conduit le législateur à abandonner l'appellation « propriété » dans la loi de 1844 sur les brevets d'invention et dans la loi de 1866 sur le droit d'auteur. La réception s'est également faite en Allemagne par l'intermédiaire du juriste Kohler selon lequel la théorie propriétaire n'existe qu'au prix d'une déformation du droit de propriété<sup>352</sup>, et que « la doctrine de la propriété intellectuelle a rendu le service d'imposer aux esprits l'idée que le créateur est maître de sa création, mais est techniquement inadéquate aux objets immatériels »<sup>353</sup>. Ainsi, selon les auteurs allemands, entre les domaines corporel et incorporel, la différence d'objet entraîne une différence dans le contenu du droit, ce qui conduit à l'identification des « droits sur les biens immatériels » ou *Immaterialgüterrecht*.

348 Voir les résultats de recherche de É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, *op. cit.*, n° 165, p. 103 et s.

349 R. Klostermann, *Die Patentgesetzgebung*, *op. cit.*, p. 6.

350 D'après P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie*, LGDJ, p. 69. – É. PICARD, *Le droit pur, Cours d'encyclopédie du droit, Les permanences juridiques abstraites*, 1899, Larcier, Alcan.

351 A. DARRAS, *Des droits intellectuels. Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1887, p. 47 à 50. – R. P. LEPAULLE, *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Dalloz, 1927, p. 14 à 16. – P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, t. I : Les principes, le droit ancien ; t. II : Le droit moderne, LGDJ, 1934, p. 21 et s. : « Il faut avoir le courage de s'évader des catégories classiques et de reconnaître qu'il existe une troisième variété de droits ». – J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 1937. – P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 251 et s., suivi par J. AZÉMA et J.-CH. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012. – FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours de droit, 1996-1997, pp. 5 et s. – P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, 1952, p. 98 et s., n° 22. – DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1939, p. 413. – CHABAS et MAZEAUD, *Le cours de droit civil, Introduction*, Montchrestien, 1<sup>re</sup> éd., 2000. – TERRÉ et SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 62.

352 J. KOHLER, « Das Immaterialgüterrecht und seine Gegner », 1887, rééd. UFITA, vol. 123, 1993, p. 81 à 97.

353 *Ibidem*, p. 21 et s.

Dans un souci de précision de la catégorie de droits *sui generis*, les auteurs français sont allés plus loin jusqu'à créer des qualifications propres comme « monopole d'exploitation » et « droits de clientèle ». En effet, selon Planiol, la qualification propriétaire ne se justifie « qu'en raison du caractère exclusif du droit conféré » et qu'il « s'agit en réalité de monopole d'exploitation »<sup>354</sup>. Les professeurs Terré et Simler considèrent également que « Les droits intellectuels se plient mal [...] dans l'ordre de l'incorporel, à la distinction des droits de créance et des droits réels. [...] Ils consistent plutôt en un monopole d'exploitation [...] d'une clientèle. À ce point de vue, ils se rapprochent des droits réels : comme ceux-ci, ils s'analysent en un droit exclusif d'exploitation. Aussi dans la pratique les appelle-t-on souvent propriétés [...]. Cependant, leur nature véritable est très différente de celle du droit de propriété »<sup>355</sup>. Le Doyen Roubier, quant à lui, dans sa redéfinition des droits intellectuels, part de leur utilité économique : ils tendent tous, selon lui, à la conquête de la clientèle<sup>356</sup>. L'auteur aboutit au même constat concernant le contenu des droits : « il s'agit, grâce à une emprise sur la clientèle, d'obtenir des bénéfices dans la concurrence économique »<sup>357</sup>. Il explique ainsi l'apparition tardive des droits intellectuels : « ils n'ont pu trouver leur reconnaissance qu'avec l'apparition d'une forme de société comme la nôtre, à base d'économie commerciale et industrielle »<sup>358</sup>. Les droits intellectuels sont donc des droits qui tendent avant tout à assurer une exploitation exclusive vis-à-vis de la clientèle. Il s'agit de réserver en propre à une personne le droit exclusif de reproduire, soit telle ou telle création nouvelle, qu'aucun concurrent ne pourra fournir, soit tel ou tel signe distinctif, qui servira à rallier la clientèle.

En définitive, seuls les droits de Common Law n'ont pas connu de propositions de requalification, les juristes anglo-saxons étant moins férus de systématique juridique. Pour ces derniers, le terme *property right* désigne tous les droits réels et non pas seulement le droit de propriété corporelle.

En ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, il est permis de prendre du recul sur l'effervescence de la controverse qui a jalonné la période révolutionnaire, pour vérifier si les critères du droit de propriété se retrouvent également dans les droits intellectuels, l'objectif étant d'essayer de départager les thèses antagonistes.

### ***Ii. La vérification des critères du droit de propriété***

Vérifier si les droits intellectuels sont des droits de propriété, c'est vérifier les critères du droit de propriété dans l'objet du droit (**A**) et dans le contenu du droit (**B**).

354 PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. II, par G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 1957, p. 791, n° 2256. – Cf. également Larroumet, *Droit civil*, t. 2, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2004, p. 106, note 1 ; MALAURIE et AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 2004, n° 206 et s.

355 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 62.

356 P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *op. cit.*, p. 291.

357 *Ibidem*.

358 *Ibidem*.

## **A. L'objet du droit**

Avant d'identifier la nature de l'objet du droit (2), il apparaît utile de reprendre les définitions légales (1).

### **1. Les définitions légales**

Le respect de la hiérarchie des normes oblige à se fier aux définitions données par les textes supranationaux. Ainsi, aux termes de l'article 2 de la Convention de Stockholm du 14 juillet 1967, il faut entendre par droits de propriété intellectuelle «les droits relatifs» aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques; aux interprétations des artistes-interprètes et aux exécutions des artistes-exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion; aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine; aux découvertes scientifiques; aux dessins et modèles industriels; aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales; à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique<sup>359</sup>.

Le règlement européen du 12 juin 2013, quant à lui, en son article 2, entend par droit de propriété intellectuelle, une marque; un dessin ou modèle; un droit d'auteur ou tout droit voisin; une indication géographique; un brevet d'invention; un certificat complémentaire de protection pour les médicaments et les produits phytopharmaceutiques; une protection communautaire des obtentions végétales; une protection des obtentions végétales; une topographie de produit semi-conducteur; un modèle d'utilité dans la mesure où il est protégé en tant que droit de propriété intellectuelle par le droit national ou par le droit de l'Union; et enfin un nom commercial dans la mesure où il est protégé en tant que droit de propriété intellectuelle exclusif par le droit national ou par le droit de l'Union<sup>360</sup>. Il est curieux de noter ici que le droit est confondu avec son objet.

Enfin, la directive du 29 avril 2004<sup>361</sup> ainsi que L'Accord commercial anti-contrefaçon du 26 janvier 2012 renvoient à la définition retenue par la Convention de Stockholm.

Comme il peut être constaté, les définitions légales ne fournissent aucun indice permettant de savoir si les droits de propriété intellectuelle ressortissent ou non du domaine de la propriété traditionnelle. Il convient dès lors de s'interroger sur la nature de l'objet du droit.

---

359 Convention de Stockholm du 14 juillet 1967, instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, modifiée le 28 septembre 1979, publiée par Décret n° 74-976 du 20 novembre 1974 (JO 27 nov. 1974).— Entrée en vigueur pour la France le 18 oct. 1974.

360 Règlement (UE) n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013, concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil.

361 Directive (CE) n° 2004/48 du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JOUE n° L 157, 30 avr. 2004; Rect. JOUE n° L 195, 2 juin 2004).

## 2. La nature de l'objet du droit

L'objet d'un droit de propriété intellectuelle est-il un bien ou un droit ?

À s'en tenir aux définitions légales, un droit de propriété intellectuelle est un monopole légal qui porte sur une œuvre de l'esprit, une invention brevetable, une marque, un dessin ou un modèle. Or, l'œuvre de l'esprit, d'après les critères retenus par la jurisprudence, est une création intellectuelle originale. Une invention brevetable est une solution technique à un problème technique, et « susceptible d'application industrielle »<sup>362</sup>. Une marque est un « signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale »<sup>363</sup>. Un dessin ou un modèle est « l'apparence d'un produit, ou d'une partie du produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux »<sup>364</sup>, ces caractéristiques pouvant être celles du produit lui-même, ou de son ornementation. Ainsi, la définition de ces différents objets, purement technique, ne fait pas avancer la réflexion sur leur nature juridique. Cela est vrai d'autant plus qu'avec l'évolution des technologies de l'information et de la communication, la catégorie de ces objets est amenée à s'élargir au-delà des catégories nommées par les textes légaux<sup>365</sup>. Ce n'est pas le législateur qui démentirait, lui qui emploie l'adverbe « notamment » pour dresser la liste des œuvres de l'esprit<sup>366</sup>. La question peut néanmoins être posée de savoir si ces objets protégés sont des biens.

La réponse à cette question passe par la définition de la notion de bien. À l'analyse des travaux doctrinaux, et après une synthèse de ces derniers, il apparaît que le bien se caractérise par son utilité, sa rareté, sa valeur et son appropriabilité.

D'abord, le droit romain définit les biens (*bona*) comme l'ensemble des choses appartenant à une personne<sup>367</sup>. Le *Digeste* fonde le critère du bien sûr l'utilité de la chose pour l'Homme<sup>368</sup>. Selon ce document, « on ne peut proprement appeler biens, les choses qui sont plus nuisibles qu'avantageuses »<sup>369</sup>. Le critère a été repris par les auteurs classiques. Ainsi, Demolombe affirme qu'« on désigne sous le nom de biens les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété »<sup>370</sup>. Pareillement, Baudry-Lacantinerie et Chauveau appellent biens « toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée »<sup>371</sup>.

362 C. propr. int., art. L. 611-10, 1°.

363 C. propr. int., art. L. 711-1.

364 C. propr. int., art. L. 511-1.

365 En ce sens notamment A. QUIQUEREZ, *La titrisation des actifs intellectuels*, *op. cit.*, n° 69 : « Les statuts posés par les différents régimes juridiques ne correspondent qu'à la vision du législateur, laquelle est nécessairement réductrice et historiquement située ».

366 C. propr. int., art. L. 112-2.

367 Voir F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2008, p. 24, n° 6.

368 D. 50, 16, 49.

369 D. 50, 16, 83.

370 DEMOLOMBE, tome IX, n° 8.

371 BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU, *Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens*, 1<sup>re</sup> éd., 1896, p. 10, n° 10.

Depuis lors, le critère n'a jamais été démenti par la doctrine contemporaine. MM. les professeurs Malaurie et Aynès désignent ainsi par biens « ce qui est utile, qui satisfait les besoins matériels de l'homme »<sup>372</sup>, les choses « qui servent à l'usage des hommes »<sup>373</sup>. De la même façon, MM. les professeurs Terré et Simler disent que dans son sens premier, le mot bien désigne « les choses qui appartiennent à l'usage de l'homme et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins en les utilisant et en les échangeant »<sup>374</sup>. MM. les professeurs Zénati-Castaing et Revet, quant à eux, admettent que les biens sont « les choses dont l'utilité justifie l'appropriation »<sup>375</sup>. Enfin, M. le professeur Gaudrat affirme que « l'utilité rend les choses attractives. Elle les détermine à devenir des biens »<sup>376</sup>. L'utilité n'a donc jamais suscité de controverse doctrinale, en tant que critère du bien. Néanmoins, certains auteurs estiment nécessaire d'y adjoindre le critère de la rareté.

C'est ainsi que MM. les professeurs Zénati-Castaing et Revet affirment qu'il n'y a pas de bien sans rareté<sup>377</sup>. D'ailleurs, selon le professeur Gaudrat, « la rareté de la matière dont elles [les choses] sont faites, engendrant la compétition, donne aux biens leur valeur »<sup>378</sup>. La rareté impose donc l'appropriation des choses utiles. Elle « dépend du nombre de personnes désireuses de s'approprier telle forme de chose, et surtout de la quantité de cette forme de choses »<sup>379</sup>. Par conséquent, l'utilité et la rareté, en fonction des besoins des hommes, sont subjectives. Les biens qui s'échangeaient dans la société rurale du XIX<sup>e</sup> siècle sont différents des biens commercialisés dans la société de consommation des XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles<sup>380</sup>. Les choses inutiles deviennent alors des *res derelictae*. La rareté est naturelle ou artificielle. Elle est naturelle lorsqu'elle est intrinsèque à une chose. Tel est le cas des produits des mines et des carrières qui se trouvent en quantité limitée ou des œuvres de l'esprit qui sont uniques puisqu'elles revêtent un caractère d'originalité, cette marque de l'apport intellectuel de l'auteur<sup>381</sup>, encore considérée comme l'expression de choix libres et créatifs de l'auteur<sup>382</sup>. La rareté est artificielle lorsqu'elle est créée par la volonté des hommes. Ainsi, lorsque l'État accorde des privilèges, des droits d'exercice d'une profession donnée, ces droits deviennent

372 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2013, p. 1, n° 1.

373 *Ibidem*, p. 6, n° 8.

374 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, p. 35, n° 29.

375 F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 18 et s., n° 2.

376 Ph. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *op. cit.*, n° 3.

377 F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 19. Les auteurs prennent l'exemple de l'air, qui est utile, mais, pour l'heure, n'est pas rare et à ce titre, ne peut constituer juridiquement qu'une *res communis* et non un bien.

378 Ph. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *op. cit.*, n° 3.

379 F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 19.

380 N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, p. 6, n° 6.

381 Ass. plén., 7 mars 1986, pourvoi n° 83-10.477.

382 CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, Infopaq c/ Danske Dagblades, *JCP* 2009, n° 39, p. 272, note L. Marino ; obs. V.-L. Benabou ; *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 378 ; *RIDA* 2010, n° 226, obs. P. Sirinelli, p. 401.

utiles et rares, et à ce titre, certains auteurs les analysent en biens<sup>383</sup>. Il en va ainsi des droits de propriété industrielle accordés à titre exclusif à ceux qui expriment la volonté d'exploiter une invention nouvelle (brevet d'invention), un dessin ou un modèle nouveau (dessins et modèles) ou une marque distinctive (droit de marque). L'exclusivité d'exploitation confère alors à l'invention, au dessin, au modèle ou à la marque leur valeur patrimoniale, le titre réservant à leur titulaire certaines parts de marché liées à l'exploitation des utilités économiques de ces objets de droits de propriété industrielle.

Ensuite, Mousseron avait une conception renouvelée de la notion de bien. Selon lui, « nos sociétés peuvent, un temps, ignorer certaines valeurs et ne point les reconnaître comme biens. Leur importance croissant, leurs maîtres du moment, après avoir constaté l'insuffisance des moyens de fait, appellent l'intervention sociale, l'intervention juridique, par conséquent. Le jour où la société répond, la "valeur" devient "bien". Il est, donc, des valeurs dont le Droit ne se préoccupe pas et qui ne sont pas (encore?) des biens »<sup>384</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme cristallise ce critère en définissant les biens comme des droits ayant une valeur patrimoniale. Selon cette juridiction, la notion de biens peut recouvrir tant des « biens actuels » que des « valeurs patrimoniales », y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété<sup>385</sup>. C'est ainsi que les juges de Strasbourg ont pu admettre au sein des biens des « intérêts économiques liés à l'exploitation d'une entreprise »<sup>386</sup>, « des droits et des intérêts constituant des actifs »<sup>387</sup>, un « intérêt économique substantiel »<sup>388</sup>, un « intérêt patrimonial »<sup>389</sup>. Désormais, les auteurs n'hésitent plus à définir le bien comme « une valeur économique, située dans une prérogative juridique quelconque, et consacrée comme telle par le Droit objectif »<sup>390</sup>. Encore que l'on a pu affirmer à raison que

383 M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006/4, I, p. 1805 et s.

384 J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 279, n° 7.

385 CEDH, 7 janvier 2003, *Kopecky c/ Slovaquie*, § 25.

386 CEDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktielobag AB c/ Suède*, A. 159, § 53.

387 CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, A. 306 B, § 53.— CEDH, 5 janvier 2000, *Ernst Beyeler c/ Italie*, *AFDI* 2000, n° 48, p. 609, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE.— CEDH, 12 décembre 2002, *Witteck c/ Allemagne*, § 42.

388 CEDH, 18 juin 2002, *Öneryildiz c/ Turquie*, D. 2002, somm., 2568, obs. C. BIRSAN.

389 CEDH, 29 mars 2010, deux arrêts, *Depalle c/ France* et *Brosset-Triboulet c/ France*, D. 2010, p. 965, obs. A. VINCENT; *AJDA* 2010, p. 1311, note M. CANEDO-PARIS, et 1515, étude F. ALHAMA; *RDI* 2010, p. 389, obs. N. FOULQUIER; *RFDA* 2010, p. 543, note R. HOSTIOU. En l'occurrence, il s'agissait d'un intérêt patrimonial à jouir d'un immeuble. Dans le même sens, CEDH, 18 novembre 2010, *RTD civ.* 2011, p. 150, obs. Th. REVET; *JCP A* 2011, p. 205, obs. BAILLEUL; *Gaz. Pal.* 2011, n° 19 à 20, p. 13, note SENO.

390 M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006/4, I, p. 1805 et s.— Voir aussi P. BERLIOZ qui définit le bien par la valeur au sens strict: valeur pécuniaire, patrimoniale, marchande, « purement comptable » (*La notion de bien*, LGDJ, 2007, p. 203, n° 624).

le « bien » du juriste ne se confond pas avec les « valeurs » des économistes : « Ce n'est pas parce qu'une entité immatérielle a un prix qu'elle peut être juridiquement qualifiée de bien »<sup>391</sup>.

Enfin, l'appropriabilité est également un critère de définition du bien. L'appropriabilité d'une chose est la qualité de cette chose à devenir un bien appartenant exclusivement à une personne. Les choses ne deviennent des biens que si elles sont susceptibles d'appropriation privée<sup>392</sup>. Sans l'intervention juridique de la propriété, en effet, une chose ne pourrait figurer dans un patrimoine. Ainsi, tout élément de l'actif devient un bien du seul fait de l'appropriation. Ce qui, à en croire la Cour européenne des droits de l'Homme, donnerait par exemple aux créances la qualification de biens<sup>393</sup>. Encore que l'on a pu affirmer à raison que le « bien » du juriste ne se confond pas avec les « valeurs » des économistes : « Ce n'est pas parce qu'une entité immatérielle a un prix qu'elle peut être juridiquement qualifiée de bien »<sup>394</sup>.

C'est donc sans surprise que les thèses portant directement sur la controverse objet de la présente étude s'attachent, dans une démarche dogmatique, à partir de la chose, « un phénomène extérieur à l'état brut, avant que le droit ne s'intéresse à elle »<sup>395</sup>. En effet, il est impossible d'évoquer un droit patrimonial ou un actif tel qu'un bien sans partir de la chose objet du droit<sup>396</sup>. Ce n'est que quand le droit des biens la prend comme objet de ses prescriptions que la chose accède au statut de bien<sup>397</sup>. Or, la pratique du droit des affaires a démontré que les objets des droits intellectuels comme éléments du fonds de commerce peuvent faire l'objet d'une évaluation en argent. La marque notamment a été reconnue par les juges comme ayant une valeur pécuniaire<sup>398</sup>. D'une manière générale, il revient au commissaire aux apports, expert désigné par la justice ou par les associés en vue d'apprécier,

391 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, 2010, p. 223, n° 364.

392 N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, p. 9 et s., n° 14 et s. : « La qualité de biens s'acquiert dès l'instant que ces derniers sont entrés dans le patrimoine. L'ensemble des biens constitue l'actif de celui-ci. Ils sont alors considérés comme des droits. [...] Ce qui fait qu'une chose matérielle devient un bien, c'est l'existence d'un droit sur cette chose. ».

393 CEDH, 6 octobre 2005, deux arrêts, n° 1513/03, Draon *c/* France, et n° 11810/03, Maurice *c/* France, *D.* 2005, p. 2546, obs. M.-C. DE MONTECLER; *RTD civ.* 2005, p. 743, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; *ibidem* p. 798, obs. Th. REVET.— CEDH, 9 janvier 2007, n° 31501/03, Aubert et autres *c/* France, *RDC* 2007/2, p. 477, obs. A. DEBET : Les créances sont admises au rang de biens en application du critère de la patrimonialité.

394 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, 2010, p. 223, n° 364.

395 É. BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, op. cit.*, n° 324, p. 191.

396 En ce sens également A. QUIQUEREZ, *La titrisation des actifs intellectuels, op. cit.*, n° 28 : « La notion de chose en tant qu'objet du droit patrimonial ne peut être soustraite de la sphère des biens ».

397 É. BOUCHET-LE MAPPAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, op. cit.*, n° 324, p. 191.

398 Voir notamment CAA Nancy, 30 mars 2006, n° 01-94, Chocolats Klaus : La valeur vénale de la marque a été évaluée à dix ans de redevance de licence, ce qui correspond à la durée de la protection légale, l'enregistrement de la marque entraînant des effets durant une période de dix ans.— Voir également TUE, 22 mars 2007, aff. T-215/03, VIPS : La marque « possède une valeur économique intrinsèque autonome et distincte par rapport à celle des produits ou services pour lesquels elle est enregistrée ».

sous sa responsabilité, l'évaluation des apports en nature, de déterminer librement les méthodes utilisées pour apprécier la valeur d'un bien intellectuel<sup>399</sup>.

Au vu des critères de définition du bien, qui comprennent cumulativement l'utilité, la rareté, la valeur économique et l'appropriabilité d'une chose, les choses candidates à la protection du droit de la propriété intellectuelle ne deviennent des « biens intellectuels » qu'une fois mises en forme, transformées et détachées des *res commune*<sup>400</sup>.

Il a pourtant été soutenu que « l'œuvre, l'invention, le dessin, etc. ne seraient que des choses extrajuridiques : seul le droit serait le bien, lui seul serait l'élément du patrimoine de son titulaire, l'objet du commerce juridique. Le complexe chose-droit-bien serait un tout indissociable »<sup>401</sup>. Le professeur Passa distingue en effet l'objet de la propriété et l'objet de la cession. Selon lui, « on devrait parler, pour évoquer la propriété industrielle, de propriété de l'invention, et non de propriété du brevet, puisque le mot "brevet" est précisément le nom donné à la propriété spéciale que la loi organise sur les inventions »<sup>402</sup>. Dès lors, « ce qui est cédé ou transféré, c'est bien le droit sur la chose, et non la chose elle-même, couverte par le droit »<sup>403</sup>. Le Doyen Carbonnier nous enseignait déjà que les biens immatériels ne doivent leur existence qu'aux droits, et que ce sont eux-mêmes des droits, ce qui appelle la qualification de biens dès lors qu'ils ont une valeur patrimoniale<sup>404</sup>. M<sup>me</sup> Bouchet-Le Mappian conclut ainsi que « Si les biens sont toujours des droits, la création intellectuelle n'est qu'une chose du monde non juridique. Elle n'est qu'indirectement appréhendée par le droit. À sa place se glisse le droit portant dessus : droit d'auteur, brevet, droit de marque, etc., qui devient lui-même un bien. C'est le droit qui est cédé. Le bien intellectuel n'en est que le substrat immatériel ; il est indifférent à la cession, qui ne se préoccupe que du droit intellectuel. Si des droits réels sont créés, ils le sont sur le droit et non pas sur le bien »<sup>405</sup>. Une autre théorie est donc de développer que ce sont les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes qui sont évalués en argent lorsqu'ils sont portés à l'actif du bilan d'une société, et non les objets de ces droits. Ce seraient donc les droits et non les objets qui recevraient la qualification de biens.

La vérification de la qualification propriétaire des droits intellectuels passe également par l'examen du contenu de ces droits.

### ***B. Le contenu du droit***

Étudier le contenu d'un droit revient à faire l'analyse et la synthèse des prérogatives conférées au sujet du droit. M. le professeur Tafforeau invite à

399 C. com., art. L. 223-9 (dans les SARL), articles L. 225-8, L. 225-14 et L. 225-147 (dans les SA).

400 É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, op. cit., n° 370, p. 213.

401 *Ibidem*, n° 435, p. 237.

402 J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, t. I, LGDJ, 2006, p. 15 et 16.

403 *Ibidem*.

404 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Monnaie, immeubles, meubles*, 19<sup>e</sup> éd., Puf, 2000, n° 50.

405 É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, op. cit., n° 437, p. 238.



désigner le contenu par la structure des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit des «prérogatives appartenant à un sujet de droit – leur titulaire –, portant sur un objet – une chose incorporelle – et ayant un contenu»<sup>406</sup>. En résumé, les droits intellectuels ont pour fonction de conférer un monopole permettant d'interdire aux tiers l'exploitation de l'objet du droit.

Selon M<sup>me</sup> Bouchet-Le Mappian, «le droit intellectuel consiste surtout à recueillir les fruits juridiques du bien intellectuel; il faut donc que quelqu'un s'acquitte de ces fruits: c'est le propriétaire ou l'utilisateur du support matériel»<sup>407</sup>. Ce n'est donc pas tant l'objet des droits intellectuels qui retient toute l'attention économique et juridique, que les utilités économiques de l'objet. En effet, les limites des droits intellectuels démontrent que seule importe la réservation de l'exploitation. Ainsi, aux termes de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, les utilisations de l'œuvre par les tiers qui ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, ne peuvent être interdites. Il s'agit essentiellement des usages non commerciaux et des usages à titre privé que sont les «exceptions» aux droits patrimoniaux de l'auteur. Le droit des brevets ne protège également que les utilités économiques de l'invention. L'article L. 613-5 légitime les actes non commerciaux ou les actes considérés comme socialement utiles. Enfin, en droit des marques, certains usages du signe qui ne portent pas atteinte au monopole du titulaire, comme l'usage comme référence nécessaire, comme indication descriptive ou encore l'usage dans une publicité comparative, ou enfin la parodie de marque<sup>408</sup>, sont autorisés<sup>409</sup>. Par ailleurs, comme l'écrit M. le professeur Pollaud-Dulian, «un signe n'est pas protégé en lui-même, il n'est protégé que pour une spécialité revendiquée par le titulaire de ce signe, c'est-à-dire que son droit exclusif sur le

406 P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 4<sup>e</sup> éd., 2015, § 3, p. 29.

407 É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, *op. cit.*, n° 460, p. 247.

408 Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.251, *Bull.* 2008, I, n° 104; *RTD civ.* 2008, p. 487, note P. JOURDAIN; *D.* 2008, p. 2402, note L. NEYRET.– Com., 8 avril 2008, pourvoi n° 06-10.961, *JCP E* 2008, n° 22, somm. p. 18. L'atteinte consistait, pour les associations Greenpeace France et Greenpeace New-Zealand, à reproduire sur leurs sites internet la lettre A stylisée de la marque *Areva* et la dénomination *Areva* en les associant toutes deux à une tête de mort et au slogan «Stop plutonium - l'arrêt va de soi» dont les lettres A reprenaient le logo et en plaçant la lettre A sur le corps d'un poisson mort ou mal en point. L'association Greenpeace France dénonçait encore sur son site internet la politique en matière d'environnement menée par la société Exxon Mobil et sa filiale Esso en utilisant les termes «ESSO», «STOP ESSO», «E\$\$O» et «STOP E\$\$O», seuls ou associés à des éléments figuratifs, notamment un fond rectangle bleu avec des étoiles.

409 Voir notamment J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 9, n° 8: «Le droit porte du reste moins sur le signe lui-même que sur le rapport de ce signe aux produits ou services visés au dépôt et qu'il a vocation à identifier sur le marché».– Voir également F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 714, n° 1299: «Le droit de marque ne porte donc pas sur le signe en soi, mais sur le signe dans son rapport au produit ou service qu'il désigne».

signe est relatif»<sup>410</sup>. Ainsi, la seule atteinte à un droit de propriété intellectuelle n'est pas systématiquement sanctionnée par le Code. Si une faute est reprochée à l'occasion d'une citation ou d'une parodie d'une œuvre ou d'une marque, elle ne saurait consister qu'en un abus de la liberté d'expression, sanctionné sur le fondement de l'article 1382 et non des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. La protection des droits intellectuels est bien indépendante de celle de l'objet *per se*. Cette différence de traitement faite par le droit se justifie par le fait que ce sont les utilités économiques, notamment le droit exclusif d'exploitation, qui sont protégées par le Code de la propriété intellectuelle, et non l'objet de la protection qu'est l'œuvre, le dessin, le modèle, l'invention ou la marque. Or, ces utilités économiques, notions purement abstraites, ne peuvent s'analyser en *res*. C'est ainsi que Picard proposait de faire des droits intellectuels une catégorie spéciale de droits subjectifs à côté des droits réels, des droits personnels et des droits d'obligation : « Il n'y aurait un droit privé complet que lorsque, au Code civil de chaque nation, on aurait joint un livre nouveau comprenant l'organisation spéciale des droits qui ont pour objet ces productions de l'intelligence »<sup>411</sup>.

Il n'y a donc pas d'appropriation véritable de l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Il serait inexact de dire que « Le lien instauré par le droit de propriété, y compris ce qui doit être nommé la propriété intellectuelle, est direct. La propriété intellectuelle renforce cette vision en instaurant un lien de paternité entre le bien intellectuel et son créateur. Refuser de faire du droit de propriété, qu'il soit civil, public, constitutionnel ou intellectuel, un droit direct constitue une dommageable uniformisation du droit »<sup>412</sup>. Cette affirmation est d'autant moins adéquate que les sanctions prévues par le droit de la propriété intellectuelle sont des sanctions dont la logique est différente de celles qui protègent les biens. Si les « biens intellectuels » étaient réellement des biens au sens civiliste, ils devraient pouvoir être protégés en droit civil par l'action en revendication, et en droit pénal par l'incrimination du vol, ce qui loin d'être le cas.

Tout d'abord, s'il est vrai que la revendication mobilière est plus restreinte que la revendication immobilière, en raison de la solidarité entre possession et propriété consacrée par l'article 2276, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, il n'en reste pas moins que c'est celle qui doit être assimilée à l'action en contrefaçon. En effet, les objets de droits intellectuels sont considérés comme des biens meubles incorporels. En outre, la revendication de la propriété immobilière implique des mécanismes trop éloignés de l'action en contrefaçon<sup>413</sup>. L'action en revendication mobilière ne protège pas le titulaire d'un droit intellectuel contre la contrefaçon. Elle sert à revendiquer un bien indûment détenu par un tiers. Or, l'article 2276 du Code civil

410 F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, p. 649, n° 1205.

411 PICARD, « Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », *op. cit.*, p. 565.

412 É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, op. cit.*, n° 466, p. 249.

413 Certains principes essentiels du droit de propriété immobilière éloignent l'action en contrefaçon de l'action en revendication : ainsi, la propriété ne se perd pas par le non-usage (C. civ., art. 2227 : « Le droit de propriété est imprescriptible »), alors que la marque non exploitée pendant une période continue de cinq ans peut entraîner la déchéance du droit.

fait présumer que la chose litigieuse a été régulièrement acquise par son possesseur. L'action en revendication n'est donc recevable qu'à l'encontre d'un possesseur ayant acquis d'un non-proprétaire. En tout état de cause, même si le possesseur a acquis le bien *a non domino*, la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » a valeur de règle de fond : le possesseur est présumé en être le propriétaire. Mais ici encore, un tel acquéreur ne devient propriétaire par le jeu de la présomption que s'il est de bonne foi. Le revendiquant ne peut alors que prouver la mauvaise foi du défendeur. Il en va tout autrement dans l'action en contrefaçon : le contrefacteur qui exploite indûment une œuvre, un dessin, un modèle, une invention ou une marque, sans autorisation, ne bénéficie pas d'une présomption légale de titularité du droit, et ce pour deux raisons : d'une part, le droit intellectuel ne s'acquiert que par un titre, à l'exception du droit d'auteur qui naît du seul fait de la création<sup>414</sup>, et d'autre part, ce droit ne se prouve que par le titre pour les créations industrielles, et par l'originalité pour les œuvres de l'esprit. Par ailleurs, la mauvaise foi étant présumée, l'infraction étant matérielle, le demandeur à l'action n'a pas à la prouver. Enfin, la différence entre action en contrefaçon et action en revendication tient à la perte ou non du droit : le propriétaire qui revendique son bien demande le rétablissement de son droit, tandis que le titulaire d'un droit intellectuel ne perd jamais son droit exclusif d'exploitation. Les faits de contrefaçon ne lui font pas perdre l'usage de son droit. Au contraire, c'est ce droit qui lui permet d'agir en contrefaçon.

Ensuite, la protection pénale des « biens intellectuels » contre le vol est difficile à admettre d'un point de vue théorique et procédural. Tout aussi clair que le droit civil, le droit pénal distingue l'action en contrefaçon de l'action pour vol. C'est ainsi que la répression du vol se justifie avant tout par la défense d'un droit de propriété<sup>415</sup> et que la reproduction sans autorisation d'un objet de droit intellectuel est incriminée par le délit de contrefaçon et non de vol<sup>416</sup>. En effet, comme le constate le professeur Gaudrat, « le vol devient inopérant : on peut jouir de la chose intellectuelle *sans la soustraire à autrui* »<sup>417</sup>. Qui plus est, poursuit l'auteur, « au regard du droit civil, le fabricant des exemplaires contrefaits est bien un *propriétaire corporel* »<sup>418</sup>. La distinction est flagrante en matière de propriété littéraire et artistique : si les droits intellectuels ne peuvent être volés, le manuscrit qui les supporte, en revanche, est susceptible de soustraction frauduleuse<sup>419</sup>. De même que pour l'action en revendication, l'action pénale tend au retour du bien volé dans le patrimoine de la victime. En effet, selon la définition donnée par

414 C. propr. int., art. L. 111-1, al. 1<sup>er</sup>.

415 D. VEAUX, « Vol et transfert de propriété », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, éd. A. Pedone, 1980, p. 351, n° 1.

416 R. GASSIN, « La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », in *L'évolution du droit criminel contemporain*, recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton, Puf, 1968, p. 90-91, n° 11.

417 Ph. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *op. cit.*, n° 10 ; « La structure juridique des propriétés incorporelles », in *Les modèles propriétaires*, actes du colloque international organisé par le CECOJI, LGDJ, 2012, p. 184.

418 Ph. GAUDRAT, « La structure juridique des propriétés incorporelles », *op. cit.*

419 Paris, 24 juin 1965, *JCP* 1966, II, 14700, note D. BÉCOURT ; *RSC* 1966, 898, obs. BOUZAT.

l'article 311-1 du Code pénal, le vol est la soustraction frauduleuse de la « chose d'autrui ». La chose objet du délit est donc une « entité effectivement appropriée »<sup>420</sup>, l'appropriation constituant le critère d'intervention du droit pénal<sup>421</sup>. On assiste ainsi nécessairement à une dépossession de la victime au profit du délinquant, ce qui n'est pas le cas en matière de contrefaçon : le titulaire d'un droit intellectuel demeure investi de son droit exclusif. En effet, pour soustraire, il faut « prendre, enlever, ravir », selon les termes de l'arrêt Beaudet<sup>422</sup>. Il s'agit d'une « prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédant possesseur ; c'est l'usurpation, *invito domino*, de la véritable possession dans ses deux éléments simultanés et concomitants du *corpus* et de l'*animus* »<sup>423</sup>. Or, en matière de contrefaçon, le comportement reproché est, non pas une soustraction, mais une utilisation sans autorisation de son titulaire<sup>424</sup>. Dès lors, comme le souligne un auteur, « la contrefaçon ne saurait être purement et simplement assimilée au vol dans la mesure où, par définition, le contrefacteur ne soustrait pas le bien au titulaire du monopole, mais vient seulement le concurrencer dans l'usage exclusif de ses prérogatives »<sup>425</sup>. M<sup>me</sup> le professeur Marino confirme cette analyse en écrivant que « toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle est qualifiée de *contrefaçon* et non pas de *vol*, car le vol suppose une “soustraction” qui est impossible en l'espèce »<sup>426</sup>. C'est ainsi que « l'immatérialité et l'ubiquité des biens intellectuels supposent nécessairement une adaptation des sanctions frappant les atteintes qui y sont portées »<sup>427</sup>.

Malgré ces différences fondamentales indéniables entre la protection du droit de propriété et la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle, tant au plan civil qu'au plan pénal, nombreux sont les auteurs à voir une certaine commodité à classer les « biens intellectuels » dans le droit civil des biens. Toutefois, disent-ils, il s'agirait d'une propriété d'un type particulier. Ainsi, « la propriété intellectuelle ne s'identifie pas pour autant au droit de propriété issu du Code civil, du BGB ou de la *law of goods*. Chacun a une source formelle et un régime propre. Il ne serait pas judicieux de subsumer purement et simplement la propriété intellectuelle au droit de propriété, car elle est née d'une évolution spécifique et

420 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 193, n° 309.

421 C'est ainsi que certains pénalistes affirment que pour respecter les exigences tenant au respect du principe de légalité criminelle, le domaine de la répression pénale doit nécessairement trouver ses bornes dans la qualification de bien visée par les textes d'incrimination (R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 222, n° 361).

422 Crim., 18 novembre 1837, S. 1838, 1, 366.

423 E. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 379, n°s 40 et s., 1<sup>re</sup> éd., Sirey, 1901.

424 En ce sens, R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., p. 298, n° 513.

425 N. BLANC, « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : clair-obscur dans le droit des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, sous la direction de C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, Dalloz, 2012, p. 299, n° 2.

426 L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, Puf, 2013, p. 16, n° 6.2.

427 *Ibidem*.

jouit d'un régime adapté à son objet»<sup>428</sup>. M<sup>me</sup> Bouchet-Le Mappian, auteure de cette thèse, avance comme justification que «les deux régimes relèvent [...] d'un concept commun de propriété. [...]. Droit de propriété et propriété intellectuelle: ces deux régimes de propriété n'ont pas un lien de filiation, mais un lien de parenté collatérale. Leur relation n'est pas une identité, mais un parallélisme; c'est une symétrie et non pas une confusion»<sup>429</sup>.

Allant jusqu'au bout de cette théorie, certains auteurs n'hésitent pas à considérer que l'action en contrefaçon n'est qu'une forme d'action en revendication d'un bien intellectuel<sup>430</sup>. Le Doyen Roubier, par exemple, retient deux fonctions de l'action en contrefaçon: une fonction restitutive qui consiste à interdire de poursuivre les actes de contrefaçon, donc à rendre au titulaire du droit son exclusivité; et une fonction réparatrice, celle d'octroyer des dommages et intérêts à la victime de la contrefaçon<sup>431</sup>. M. le professeur Michel Vivant, quant à lui, qualifie d'«*action rei vindicatio*» l'action en contrefaçon de brevet<sup>432</sup>, et M. le professeur Passa parle purement et simplement d'action en revendication<sup>433</sup>.

Pourtant, il faut bien admettre que les droits intellectuels sont des droits qui obéissent à des fondements, une logique, des mécanismes et des sanctions très différents du droit de propriété. Si d'aventure l'auteur de ces lignes n'a pas pu convaincre de la nature particulière des droits de propriété intellectuelle, les faisant échapper au droit commun des biens, c'est que la controverse doctrinale a encore de beaux jours devant elle...

---

428 É. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, op. cit., n° 644, p. 327.

429 *Ibidem*, n° 645, p. 328.

430 Voir notamment F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 317, n° 195: «À travers le délit de contrefaçon, la loi sanctionne les atteintes apportées à la plupart des propriétés intellectuelles».

431 P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 456, n° 100.

432 M. VIVANT, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2004, n° 102.

433 J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, IRPI, 1997, p. 52, n° 85.