

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le droit de destination

Dusollier, Séverine

*Published in:*  
Propriétés Intellectuelles

*Publication date:*  
2006

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Dusollier, S 2006, 'Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition', *Propriétés Intellectuelles*, numéro juillet, pp. 281-289.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Le droit de destination une espèce franco-belge vouée à la disparition

SÉVERINE DUSOLLIER

MAÎTRE DE CONFÉRENCES, UNIVERSITÉ DE NAMUR

Le droit de destination est une particularité franco-belge qui permet à un auteur de contrôler l'utilisation des exemplaires matériels de son œuvre. Issu de la jurisprudence, cet attribut du droit de reproduction n'a pourtant jamais été consacré de manière définitive par la loi. Ce qui n'empêche pas la loi française d'y ancrer les droits de prêt, de location et de distribution. Outre ces exploitations particulières, qui ont d'ailleurs fait l'objet d'une reconnaissance par le droit européen sous la forme de véritables droits exclusifs, les hypothèses d'application du droit de destination sont pour le moins indécisées.

C'est ce qui explique qu'aujourd'hui, la thèse du droit de destination ne fait plus l'unanimité et que de nombreux auteurs s'interrogent sur la pertinence et la légitimité de ce droit<sup>1</sup>. Cet article s'inscrit dans un même scepticisme, considérant que non seulement les bases légales et jurisprudentielles sont sujettes à caution, mais également que le droit de destination, dans l'environnement dématérialisé des formats et réseaux numériques, pourrait couvrir excessivement et inopportunément des situations d'utilisation des exemplaires de l'œuvre que même les tenants de cette doctrine n'auraient pas souhaité inclure dans son champ d'application. Mais avant d'examiner les différentes critiques que l'on peut adresser au droit de destination (II), il convient d'en analyser les origines et principes (I).

### I. Les origines et applications du droit de destination

#### A. Les décisions fondatrices des Cours de cassation belge et française

La reconnaissance d'une faculté pour l'auteur de contrôler l'utilisation des exemplaires matériels de son œuvre trouve sa source dans un arrêt de la Cour de cassation belge du 19 janvier 1956<sup>2</sup>. L'Institut national de radiodiffusion (INR), ancêtre de la Radio-Télévision belge, était poursuivi par quelques compositeurs et par le BIEM, Bureau international de l'édition mécanique, en raison de la radiodiffusion qu'il effectuait de leurs

œuvres. Les titulaires de droits n'invoquaient pas une atteinte à leur droit d'exécution publique des œuvres, pour lequel l'INR s'était acquitté du paiement d'une rémunération auprès de la Sabam, mais une violation de leur droit de reproduction. Ils prétendaient qu'ils n'avaient autorisé la reproduction de leurs œuvres sous forme de disques du commerce que pour le seul usage privé et que la radiodiffusion des disques, en violation de l'étiquette apposée sur ceux-ci et rappelant leur destination privée, était contraire au droit de reproduction ainsi délimité. Il n'était point question dans cette espèce de déterminer l'étendue d'une autorisation contractuelle de reproduction, l'INR n'étant qu'un tiers à l'autorisation donnée par les auteurs au BIEM en charge de la fabrication des disques. L'opposabilité contractuelle de la « clause-étiquette » limitant l'usage des disques à la seule utilisation privée ne fut pas davantage abordée. Il s'agissait principalement de se prononcer sur l'étendue du droit de reproduction, opposable *erga omnes*, et sur la faculté de ce droit à régir les modalités d'utilisation des exemplaires licitement fabriqués. Que le droit de reproduction revête une opposabilité absolue ne faisait aucun doute, mais qu'en était-il des réserves quant à l'usage public des exemplaires, réserves stipulées par l'auteur lors de leur fabrication ?

La Cour d'appel de Bruxelles avait admis, dans cette affaire, que le titulaire du droit de reproduction assortisse l'autorisation qu'il accorde d'une telle interdiction<sup>3</sup>

1. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2001, n° 250 sq. ; A. Lebois, *Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée* : D. 2002, chron., p. 2322 ; A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 164 ; A. Strowel et E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruylant, 2001, p. 56 sq.

2. Cass. belge 1<sup>re</sup> ch., 19 janv. 1956 : *Revue Critique de jurisprudence belge (RCJB)* 1956, p. 172, note J.-G. Renauld, *Les destinées récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur* ; v. également les conclusions conformes de l'Avocat général Ganshof van der Meersch : *Ing. Cons.* 1956, p. 69 sq.

3. CA Bruxelles 5<sup>e</sup> ch., 9 mai 1953 : *RIDA* oct. 1953, p. 114.

en affirmant que, lorsqu'il autorise l'enregistrement de son œuvre, l'auteur peut conditionner son autorisation et imposer des limitations à l'usage qui sera fait de cet enregistrement. Ces conditions relèvent de l'exercice du droit de reproduction, ce qui les investit d'une opposabilité absolue à l'égard des tiers. La Cour de cassation confirme ce raisonnement. Elle considère que « maître du droit de reproduction, l'auteur ou le cessionnaire de ces prérogatives peut n'autoriser la reproduction que dans une mesure qu'il fixe, ou la subordonner à telles conditions qu'il détermine » et « peut contrôler si celui à qui a été cédé l'objet matériel par le moyen duquel la reproduction a eu lieu, ne l'affecte pas à des usages interdits »<sup>4</sup>. L'usage radiophonique de disques du commerce destinés à un usage privé entraîne en conséquence le paiement d'une rémunération pour reproduction mécanique, et non seulement pour exécution publique. Sans évoquer un quelconque droit de destination<sup>5</sup>, mais « en consacrant le caractère absolu de réserves édictées par le titulaire du droit de reproduction et relatives à l'usage d'exemplaires ou d'enregistrements dont il autorise la fabrication, la Cour de cassation a décidé que le droit de reproduction comptait parmi ses attributs le droit de réglementer pareil usage »<sup>6</sup>.

Ce ne sera que trente ans plus tard que la Cour de cassation française usera du même raisonnement dans les arrêts dits des *discothèques*. Dans trois affaires aux faits fort similaires, la Haute juridiction exige des discothèques le paiement d'une redevance pour reproduction mécanique en raison de la diffusion de disques exclusivement destinés à l'usage privé de leurs acquéreurs<sup>7</sup>. Un arrêt plus ancien, datant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avait déjà fait référence à une logique similaire en interdisant la location d'une partition d'un opéra, en considérant que ladite partition avait été employée à une autre destination que celle qui avait été autorisée par l'ayant droit, ce qui portait atteinte au droit d'édition de l'œuvre<sup>8</sup>.

En 2004, la Cour de cassation réaffirme ce pouvoir du titulaire du droit d'auteur de « n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises »<sup>9</sup> afin de reconnaître à l'auteur un droit de location. Le droit de destination n'est toutefois pas nommément cité.

## B. La construction doctrinale du droit de destination

De cette jurisprudence, la doctrine a déduit que le droit de reproduction permet à son titulaire de déterminer les conditions d'utilisation des exemplaires de son œuvre. La construction est principalement due à F. Gotzen dont la thèse de 1975, première monographie sur le sujet<sup>10</sup>, a nommé cet attribut du droit de reproduction, « droit de destination » ou « *bestemmingsrecht* » dans la langue de Vondel. Ce droit permettrait à l'auteur de conserver une maîtrise étendue de chaque exemplaire de l'œuvre en vertu du droit de reproduction qui « s'étend dans une telle mesure qu'il peut imposer le respect d'une limitation de l'usage [des exemplaires de l'œuvre] non seulement à son cessionnaire immédiat, mais également, à chaque stade de la commercialisation,

à tout tiers qui acquiert des exemplaires de son œuvre »<sup>11</sup>.

La doctrine française a suivi, notamment par la thèse de F. Pollaud-Dulian sur le droit de destination publiée en 1989, soit peu de temps après, les arrêts relatifs aux discothèques<sup>12</sup>.

## C. L'absence d'une consécration légale du droit de destination

En dépit de cette reconnaissance jurisprudentielle et doctrinale, le droit de destination n'a jamais véritablement fait son entrée dans les lois sur le droit d'auteur. Ni la loi belge du 30 juin 1994, ni le Code français de la propriété intellectuelle n'ont explicitement inscrit ce droit dans la liste des droits exclusifs reconnus à l'auteur.

En France, cette absence de consécration législative expresse n'empêche pas le droit de destination de déployer ses effets sur de nombreuses exploitations des œuvres. Le législateur français a en effet fait sienne la théorie du droit de destination dans une mesure telle que les droits de prêt, de location et de distribution, tous trois requis par des directives européennes, y trouvent leur assise sans qu'il ait été jugé nécessaire de mentionner ces droits dans les droits exclusifs de l'auteur consacrés par le Code de propriété intellectuelle. Le gouvernement français a motivé l'absence d'une transposition expresse des droits de location et prêt introduits en droit communautaire par la directive du 19 novembre 1992 par la présence du droit de destination<sup>13</sup> et la Cour de cassation française, nous l'avons vu, a encore récemment confirmé que le droit de location procédait du droit de destination<sup>14</sup>. Cette approche est néanmoins contestable, principalement parce que la solution jurisprudentielle ne paraît pas offrir aux auteurs la sécurité juridique suffisante d'une part, pour leur permettre de négocier des licences et d'autre part, pour se faire rémunérer le bénéfice des utilisations en question, particulièrement, en ce qui concerne le prêt public, par



4. Cass. belge, 19 janv. 1956, précit.

5. V. toutefois les conclusions de l'Avocat général Ganshof van der Meersch, *op. cit.*, spéc. p. 78, qui évoque la « destination » des enregistrements des œuvres.

6. J.-G. Renaud, *op. cit.*, p. 191.

7. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 1988 : *JCP éd. G* 1988, II, 21120, note A. Françon ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 1988 : *JCP éd. G* 1988, II, 21120, note A. Françon ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 1988 : *JCP éd. G* 1988, II, 21120, note A. Françon.

8. Cass. crim., 28 janv. 1888 : *DP* 1888, 1, p. 400, reproduit in F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Larquier, 1975, p. 249.

9. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avr. 2004 : *Com. com. électr.* juill.-août 2004, comm. 84, note C. Caron.

10. F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, précit.

11. *Ibid.*, p. 35.

12. F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination – Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGD, 1989.

13. Rép. minist., mai 1996 : *Legipresse* 1996, n° 132, IV, p. 60.

14. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avr. 2004, précit.

le biais d'une rémunération équitable<sup>15</sup>. Ce qui peut d'ailleurs expliquer la nécessité de la loi française du 18 juin 2003 sur la rémunération des auteurs au titre du prêt public<sup>16</sup>.

La question d'une introduction spécifique du droit de distribution dans le Code de la propriété intellectuelle s'est également posée lors de la récente transposition en droit français de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, qui requiert des États membres la reconnaissance d'un tel droit de distribution au bénéfice de tous les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins. Il a toutefois été décidé à cette occasion de ne pas inscrire un tel droit dans le Code de la propriété intellectuelle, mais de s'en remettre au seul droit de destination. En revanche, et cela peut sembler pour le moins curieux, le projet de loi de transposition ajoute à l'énoncé du droit de reproduction, une nouvelle disposition qui consacre le principe d'épuisement du droit de distribution, requis par l'Union européenne, soit l'interdiction d'empêcher la revente, dans le territoire européen, d'exemplaires de l'œuvre dont la première vente a été autorisée par le titulaire du droit d'auteur<sup>17</sup>. Est ainsi dit « épuisé » un droit de distribution qui n'existe pourtant pas dans la lettre de la loi, mais seulement dans son esprit, si l'on admet que le droit de distribution appartient à un droit de reproduction largement défini ! Ce n'est pas différent en matière de droit de prêt où l'absence d'une inscription expresse de ce droit dans la loi n'a pas empêché le législateur de le limiter par le moyen de l'exception de prêt public...

Une autre curiosité de la loi française est la présence d'un droit de location et d'un droit de distribution des logiciels, tous deux expressément inscrits dans la loi<sup>18</sup>. Un *hiatus* donc dans la thèse d'un droit de destination dispensant d'inscrire dans la loi un contrôle explicite de certaines exploitations d'exemplaires matériels de l'œuvre.

## II. Les bases fragiles du droit de destination

### A. Un fondement légal non pertinent

#### 1. Des arguments de texte rares et ambigus

Pour justifier l'existence d'un droit de destination, la doctrine française s'appuie sur des arguments de texte. Le premier est la mention, dans l'article L. 131-3 du CPI, de l'obligation de déterminer, dans l'acte de cession, le domaine des droits cédés « quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »<sup>19</sup> : il résulterait de cette obligation un droit de contrôler l'utilisation des exemplaires de l'œuvre. La doctrine belge en faveur du droit de destination a pareillement tenté de déduire la consécration légale du droit de destination de la disposition relative aux contrats d'exploitation des droits<sup>20</sup> qui, pourtant, contrairement à la solution française, n'impose que la détermination de l'étendue, de la rémunération et de la durée de la cession, sans évoquer la destination de celle-ci.

Cette disposition d'ordre formel, qui vise à la protection de l'auteur dans les contrats d'exploitation ne suffit cependant pas à notre avis à fonder une nouvelle prérogative de l'auteur et ne prend certainement pas « parti sur l'opposabilité aux tiers des limitations éventuelles »<sup>21</sup>. Du reste, l'obligation consiste à délimiter les modes d'exploitation de l'œuvre, objet intellectuel, et non l'utilisation des exemplaires, objets matériels. Le champ de l'obligation formelle n'a donc que peu à voir avec l'objet du droit de destination.

D'autres dispositions relevées par la doctrine française à l'appui de son argumentation relèvent des sanctions pénales dans lesquelles la saisie des « exemplaires illicitement utilisés »<sup>22</sup> est autorisée ou qui sanctionnent la « diffusion d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur »<sup>23</sup>. Puisque ces dispositions évoquent l'utilisation illicite des exemplaires ou la diffusion d'une œuvre, il faudrait en déduire que le droit de l'auteur s'étend aux exemplaires et notamment à leur distribution. Toutefois, la rédaction de ces dispositions paraît bien plus vague et le principe d'interprétation stricte qui prévaut en droit pénal ne devrait pas permettre d'en inférer une telle conséquence<sup>24</sup>.

On a par ailleurs soutenu que le législateur belge, lors de l'adoption de la loi du 30 juin 1994, relative au droit d'auteur et aux droits voisins avait implicitement



15. A. Dietz, Problèmes posés par la distribution d'exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur – Rapport général, in *L'importance économique du droit d'auteur*, Journées d'étude de l'ALAI 1988, ALAI (éd.), 1989, p. 162.

16. C. Caron, Le nouveau prêt public des œuvres en droit d'auteur : *Com. com. électr.* oct. 2003, chron. 23, p. 10.

17. Nouvel article L. 122-3-1 du CPI, introduit par le projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Sénat, n° 88, session ordinaire 2005-2006, adopté le 10 mai 2006.

18. Art. L. 122-6, 3° du CPI.

19. V. en ce sens, H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1978, n° 288, p. 370 ; T. Desurmont, Droit de destination et droit de distribution en France in *L'importance économique du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 88 ; A. Françon, Conditions contractuelles concernant les différents aspects de la diffusion des exemplaires publiés : *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd* 1982, p. 385 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 179 sq.

20. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, 1997, n° 82, p. 119.

21. A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 250, p. 215.

22. Il s'agit de l'article L. 332-1 al. 2, 2° du CPI duquel d'aucuns déduisent que l'utilisation d'un exemplaire en violation d'une limitation imposée par l'auteur est une contrefaçon. V. T. Desurmont, Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite : *RIDA* oct. 1987, p. 27 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 271 ; S. Stromholm, Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur – Étude de droit comparé : *Le droit d'auteur (OMPI)* 1966-1967, n° 26, p. 300.

23. Cette sanction de la diffusion de l'œuvre est prévue à l'article L. 335-3 du CPI et est parfois interprétée comme permettant de réprimer la circulation d'exemplaires de l'œuvre en violation des clauses restrictives déterminées par l'auteur. V. T. Desurmont, Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires..., *op. cit.*, p. 29 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 274 sq.

24. Pour une critique plus approfondie de l'argument se fondant sur ces deux dispositions pénales, v. A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 784.

confirmé la jurisprudence du droit de destination en reprenant telle quelle la formulation relative au droit de reproduction issue de l'ancienne loi<sup>25</sup>, ce qui nous paraît relever de la pétition de principe. Ce n'est pas parce que des notions telles que l'œuvre collective ou le droit de repentir ont fait l'objet d'un rejet exprès lors des travaux parlementaires, que le droit de destination aurait lui, tacitement, été reconnu par le législateur comme faisant partie des droits de l'auteur ; d'autant que, s'agissant de l'œuvre collective et du droit de repentir, ces notions n'ont jamais fait partie de notre droit : le raisonnement *a contrario* ne peut donc s'appliquer au droit de destination, dont on ne peut évidemment contester qu'il était reconnu en jurisprudence. En vertu de quel principe d'interprétation pourrait-on dire que tout ce qu'un législateur n'a pas expressément exclu, il a entendu l'inclure implicitement dans la loi ?

En matière de logiciels, un autre argument est aussi avancé pour valider l'existence d'un droit de destination. L'article 6 § 1 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ainsi que l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoient que la personne ayant le droit d'utiliser un logiciel peut accomplir les actes nécessaires à cette utilisation d'une manière conforme à sa destination. L'exception étant limitée à l'utilisation conforme à la destination du programme, une partie de la doctrine en déduit un droit général de l'auteur de contrôler la destination et l'usage des exemplaires de l'œuvre<sup>26</sup>. Ici également, les commentateurs confondent, à notre sens, l'utilisation de l'œuvre (susitant des actes techniques de reproduction qui ont justifié l'insertion de l'exception) avec l'utilisation des exemplaires de l'œuvre en l'absence de tout acte de reproduction ou de représentation.

En outre, l'interprétation de la destination du programme visée par cette disposition doit relever d'une approche objective de ce qui constitue une utilisation normale du logiciel<sup>27</sup>. La disposition ne traite donc pas réellement d'une destination subjectivement déterminée par l'auteur, comme c'est le cas pour le droit de destination.

## 2. L'argument de la conception synthétique et absolue des droits exclusifs

Le fondement essentiel du droit de destination résiderait selon certains dans la conception synthétique que le droit français, tout comme le droit belge, a des droits d'exploitation de l'auteur<sup>28</sup>. Cette approche, qui a permis notamment d'étendre les droits patrimoniaux à des hypothèses non explicitement prévues par le législateur, consiste à envisager le monopole de l'auteur selon une *summa divisio* entre droit de reproduction et droit de communication au public. Le premier couvre toute forme d'exploitation sous forme matérielle, soit la diffusion de l'œuvre, sa mise à disposition du public de manière indirecte, à partir d'un exemplaire, d'une copie matérielle. Le second englobe toute mise à disposition de l'œuvre au public sous une forme immatérielle, soit

sa communication directe. Chacun de ces droits est ensuite défini de manière large, ce qui a généralement favorisé le vieillissement serein des lois en question, en dépit des modifications techniques, et l'accueil au sein du duo des droits patrimoniaux de nouveaux attributs suscités par l'émergence d'un nouveau mode de diffusion de l'œuvre.

Cette technique de « fragmentation » du droit, pour reprendre l'expression de Desbois, constitue, selon cette doctrine<sup>29</sup>, la base du droit de destination. Toutes les décisions des Cours suprêmes belge et française ont pris soin d'attacher leur raisonnement au droit de reproduction sans « créer » un droit nouveau. En réservant à une certaine destination les exemplaires fabriqués avec son consentement, l'auteur se contente d'exercer son droit de reproduction de manière conditionnée. L'usage de ces exemplaires au-delà de la destination spécifiée par l'auteur viole l'autorisation de reproduction accordée par l'auteur. F. Gotzen explique ce principe en recourant à l'adage « qui peut le plus peut le moins »<sup>30</sup> : si l'auteur est en mesure de refuser toute reproduction, une autorisation partielle conserve l'opposabilité *erga omnes* dont les droits exclusifs sont revêtus et s'impose à tous, y compris aux acquéreurs des exemplaires, objets de la reproduction. Le droit de destination ne serait en définitive que l'exercice d'un droit de reproduction dont on a limité l'autorisation.

L'argument tiré de la conception synthétique des droits d'exploitation et surtout du droit de reproduction n'est pas sans failles. Si le caractère synthétique admet l'évolution du droit de reproduction pour répondre à de nouveaux types d'exploitation, il n'explique pas en soi comment le droit de reproduction a pu s'étendre au contrôle de l'utilisation des exemplaires de l'œuvre. La nature synthétique des droits d'auteur en droit belge ou français n'implique pas que, derrière les vocables de droit de reproduction et de droit de communication au public, puissent s'abriter toutes sortes d'actes d'utilisation de l'œuvre, mais uniquement que ces deux concepts revêtent une certaine élasticité propre à répondre aux défis des développements technologiques.

On est également en droit de s'interroger sur les limitations que la doctrine favorable au droit de destination s'empresse d'imposer à son exercice, en dépit du caractère d'exclusivité qui devrait s'attacher à cet attribut du droit de reproduction.

La première limitation est la nécessité de faire connaître la destination que l'auteur affecte à l'exem-



25. F. Brison, note sous CA Bruxelles, 9 sept. 2002 : *A&M* 2004, p. 331.

26. P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Université de Poitiers, 1996, n° 348.

27. Sur ce point, v. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, p. 498, spéc. note 353.

28. F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, *op. cit.*, p. 64 sq. ; T. Desurmont, *Droit de destination et droit de distribution en France*, *op. cit.*, p. 137 sq.

29. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 140.

30. F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht...*, *op. cit.*, p. 67.

plaire de l'œuvre, que ce soit par l'apposition d'une mention sur l'exemplaire matériel ou par toute autre indication. Certains y voient une condition de l'exercice du droit de destination<sup>31</sup>, d'autres un simple signe de la volonté de l'auteur, dont l'absence permettrait toutefois à l'utilisateur de se prévaloir de sa bonne foi<sup>32</sup>, pourtant inopérante en droit d'auteur. Les principes de l'opposabilité absolue des droits exclusifs et de l'absence de formalités en matière de propriété littéraire et artistique paraissent également s'opposer à une telle condition. On saisit mal pourquoi l'exercice d'un droit exclusif ne s'opérerait que par un acte positif de l'auteur<sup>33</sup>.

La nécessité d'informer l'utilisateur de la destination affectée aux supports matériels de l'œuvre résulte selon F. Gotzen de la « nature » du droit de destination<sup>34</sup>. Mais quelle peut bien être cette nature s'il ne s'agit pas de la nature du droit de reproduction dont le droit de destination n'est qu'un attribut, nature caractérisée par l'exclusivité et l'opposabilité absolue ? L'incertitude quant à la nature prétendument spécifique du droit de destination explique probablement que P. Kamina qualifie cette prérogative de « droit d'interdire » et non de droit d'autoriser<sup>35</sup>. Comment justifier cependant qu'à côté des droits exclusifs « pleins et entiers » que seraient les droits de reproduction et de communication au public, certaines prérogatives, relevant pourtant d'un de ces droits d'autoriser et d'interdire, se réduisent à la seule faculté d'interdire, sorte de droits amputés ou au rabais ?

En outre, l'explication ne se comprend pas pour le droit de distribution, ni pour le droit de prêt et location (réputés être des droits d'autoriser et d'interdire en droit européen), si on les rattache au droit de destination, comme le fait la doctrine française.

Toute aussi surprenante est l'insistance des principaux artisans de la théorie<sup>36</sup> sur le rôle de garde-fou que l'abus de droit doit jouer à l'encontre du droit de destination. Certes l'abus de droit a désormais vocation à s'appliquer à l'exercice excessif du droit d'auteur, mais, s'agissant du droit de destination, son application serait plus systématique, afin de procéder à un « contrôle judiciaire des intérêts en présence », selon la formulation de F. Gotzen<sup>37</sup>. En d'autres termes, l'exercice du droit de destination ne se justifierait que si l'intérêt poursuivi est supérieur aux intérêts de l'acquéreur des exemplaires matériels de l'œuvre. Ce n'est pas le critère habituel de l'abus de droit qui sanctionne, non la supériorité d'un intérêt à l'issue d'un mécanisme de pesée d'intérêts, mais uniquement l'excès fautif dans l'exercice d'un droit, normalement légitime.

C'est encore la « nature » du droit qui motive un recours accru à la théorie de l'abus de droit<sup>38</sup>, sans que cette « nature » soit autrement expliquée. F. Pollaud-Dulian voit également dans l'abus de droit la cause de la limitation du droit de destination aux activités parasitaires, semblant exiger également un intérêt comme condition d'exercice du droit<sup>39</sup>. Cette thèse revient à réduire le droit de destination à la simple protection d'un intérêt légitime par une logique de responsabilité ou de concurrence parasitaire, et ne permet pas de l'en-

visager comme un droit subjectif exclusif. Comme en matière d'indication de la volonté de l'auteur de destiner son œuvre à telle ou telle utilisation, il est difficile de conjuguer cette limitation de l'exercice du droit de destination à l'exclusivité qui devrait le caractériser.

## B. Une jurisprudence non convaincante

La doctrine en faveur du droit de destination s'appuie sur de nombreuses décisions de jurisprudence, tant en France qu'en Belgique, qui auraient appliqué un tel droit<sup>40</sup>. L'ampleur de la jurisprudence favorable souvent citée démontrerait la reconnaissance de ce droit ou de cet attribut du droit de reproduction. Une analyse plus attentive des arrêts ou jugements évoqués à l'appui de cette théorie révèle néanmoins que rares sont les décisions qui consacrent effectivement un tel pouvoir de contrôle des utilisations de l'exemplaire de l'œuvre, sans qu'elles ne puissent recevoir une autre explication.

La jurisprudence peut être divisée en trois catégories : la première regroupe des décisions se fondant en réalité sur un contrat liant le titulaire du droit d'auteur et l'acquéreur de l'exemplaire (1), la deuxième rassemble les décisions qui appliquent le droit de destination alors qu'il ne s'agissait que de sanctionner un véritable acte de reproduction ou de communication de l'œuvre non autorisé par l'auteur (2), alors qu'un dernier type de décisions peut être expliqué comme s'appuyant sur le droit de destination dans l'attente d'une consécration légale des droits de prêt, de location ou de distribution (3).

### 1. Le droit de destination cachant une question d'opposabilité contractuelle

Certaines décisions sont parfois englobées dans la jurisprudence faisant application d'un droit de destination



31. F. Brison, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Larcier, 2001, p. 398, n° 900 ; H. Desbois, *op. cit.*, p. 640, n° 528 ; F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht...*, *op. cit.*, p. 133 sq.

32. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 254 sq.

33. A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 255, p. 221.

34. F. Gotzen, *De algemene beginselen van de vermogensrechten en van de morele rechten van de auteur volgens de wet van 30 juni 1994 in Le nouveau droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, 1996, n° 5, p. 232.

35. P. Kamina, *op. cit.*, n° 217, p. 182.

36. F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht...*, *op. cit.*, p. 129 sq. ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 260 sq.

37. F. Gotzen, *Le droit de destination en Europe : Le droit d'auteur (OMPI) 1989*, n° 5, p. 233.

38. *Ibid.*, n° 5, p. 232.

39. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 256 et p. 262. En ce sens, v. l'intervention de F. Gotzen in *L'importance économique du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 94, précisant qu'il s'agit de vérifier l'intérêt de l'auteur à l'exercice du droit de destination ; V. également P. Kamina, *op. cit.*, n° 222, p. 187, qui déduit l'abus de droit de destination de l'absence d'un intérêt légitime, réduisant en conséquence l'étendue du droit de destination à l'exigence d'un intérêt.

40. V. notamment la jurisprudence citée par F. Gotzen, *Le droit de destination en Europe*, précit., et F. Pollaud-Dulian, précit.

alors même qu'elles se prononcent en réalité sur un fondement contractuel. En Belgique, une ordonnance de cessation du 10 octobre 2000<sup>41</sup>, confirmée en appel<sup>42</sup>, reconnaît un droit de destination au producteur de phonogrammes lui permettant de faire cesser la commercialisation de disques promotionnels non destinés à la vente. Toutefois, la décision du premier degré relevait que la mention apposée sur les disques, selon laquelle le producteur n'autorise que leur vente dans le cadre d'une promotion spéciale limitée dans le temps, ne pouvait être ignorée par un vendeur professionnel, empruntant là un argument plus proche d'une logique de concurrence déloyale ou reconnaissant la possibilité de l'opposabilité de la mention au vendeur. L'arrêt de confirmation ne dit pas vraiment autre chose : certes, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Bruxelles mentionne expressément le droit de destination, mais elle s'attarde, pour l'essentiel de son raisonnement, sur les relations contractuelles entre le producteur et les distributeurs successifs dans la chaîne de distribution. S'appuyer sur le droit de destination, dont l'opposabilité est absolue, la dispensait pourtant d'une telle analyse.

D'autres décisions ont été interprétées comme octroyant un droit de destination alors que les juges y traitent de l'opposabilité, à l'acquéreur ou à l'utilisateur d'une œuvre, d'une clause étiquette interdisant la radiodiffusion de disques ou de toute autre indication apposée sur l'exemplaire d'une œuvre qui en détermine les conditions d'utilisation<sup>43</sup>. Dans ce cas, il ne s'agit certainement pas de reconnaître un effet à cette imposition de conditions d'utilisation de l'exemplaire de l'œuvre sur la base du droit de reproduction, mais uniquement par le biais d'un contrat qui se formerait, par cette clause étiquette ou cette indication, entre l'auteur et le détenteur de l'exemplaire. Dans la grande majorité de ces décisions, l'opposabilité contractuelle de telles mentions, unilatéralement décidées par le titulaire de droit d'auteur n'a toutefois pas été admise. Il est donc d'autant plus surprenant qu'on puisse considérer que cette jurisprudence ait apporté son renfort à la théorie du droit de destination.

## 2. Le droit de destination confondu avec la sanction d'une reproduction ou d'une communication non autorisée

La deuxième série de décisions, ou du moins l'interprétation qui en est donnée, procède de la confusion entre la destination que l'auteur donne aux actes de reproduction de l'œuvre, objet immatériel, qu'il autorise et un droit plus général de destination qui s'appliquerait aux actes d'utilisation de l'objet matériel. Lorsque le titulaire de droits n'autorise la reproduction qu'à certaines fins, une reproduction qui excède l'autorisation donnée porte atteinte au droit exclusif sans qu'il soit besoin de faire appel à la notion de droit de destination. La solution s'applique tant au cessionnaire ou à la personne bénéficiant d'une licence du droit de reproduction, en vertu du principe d'interprétation stricte des contrats en droit d'auteur, qu'à l'acquéreur d'un exemplaire de

l'œuvre, dont le droit de propriété du support ne l'investit d'aucun droit intellectuel.

Dans de nombreuses décisions, ce qui déclenche l'atteinte au droit d'auteur est un véritable acte de reproduction de l'œuvre et non une simple utilisation d'un exemplaire. Par exemple, la doctrine considère que la Cour de cassation française a fait une application du droit de destination pour sanctionner la reproduction d'une affiche dans un film publicitaire, en violation des droits du peintre de l'affiche qui n'avait autorisé que la réalisation de l'affiche et son utilisation pour annoncer un festival<sup>44</sup>. En réalité, le seul principe de l'interprétation stricte du contrat de cession, limitant son autorisation à certains actes d'exploitation, aurait permis d'atteindre le même résultat.

Nombreuses sont les décisions citées à l'appui du droit de destination qu'on peut expliquer de la sorte, que ce soit en matière de droit d'auteur ou de droits voisins, l'acte sanctionné par les tribunaux consistant en une fixation non autorisée de la performance des artistes-interprètes, en un dépôt de marque, ou en la reproduction ou la communication de l'œuvre effectuée sans aucune autorisation<sup>45</sup>. La Cour suprême du Canada a versé dans la même confusion en rejetant la prétention d'un auteur souhaitant s'opposer à l'entoilage de ses œuvres, par crainte de reconnaître un droit de destination en droit canadien, alors qu'une analyse sur la seule base du droit de reproduction aurait donné raison à l'auteur<sup>46</sup>.

## 3. Le droit de destination comme substitut d'autres droits

Un dernier lot de décisions recourt à la doctrine du droit de destination pour admettre le pouvoir de l'auteur sur des actes d'utilisation de l'œuvre qui ont depuis été expressément couverts par un droit exclusif, à tout le moins en Belgique. À l'époque toutefois, seul le droit de destination, en ce qu'il prolongeait l'exclusivité de l'auteur sur l'usage des exemplaires, permettait de



41. Civ. Bruxelles (cess.), 10 oct. 2000 : *A&M* 2001, p. 462.

42. CA Bruxelles, 9 sept. 2002 : *A&M* 2004, p. 329, et note F. Brison.

43. CA Paris 4<sup>e</sup> ch. B, 2 mars 1979 : *JCP éd. G* 1980, II, 19351, note R. Plaisant ; CA Paris, 6 oct. 1995 : *RIDA* avr. 1996, p. 308, confirmé par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mai 1998 : *JCP éd. G* 1998, IV, p. 2437 ; T. com. Créteil 2<sup>e</sup> ch., 12 nov. 1996 : *Expertises* mai 1997, 201 ; *Hoge Raad* (Pays-Bas), 25 janv. 1952 : *Nederlandse jurisprudentie (NJ)* 1952, n° 95.

44. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 oct. 1985 : *RIDA* juill. 1986, p. 124.

45. En Belgique, v. notamment CA Anvers 1<sup>re</sup> ch., 13 févr. 1980 : *Ing. Cons.* 1980, p. 10 ; Civ. Tournai 1<sup>re</sup> ch., 8 sept. 1997 : *A&M* 1998, p. 145 ; CA Bruxelles 9<sup>e</sup> ch., 3 juin 1999, *N. c/ Banksys* : inédit., RG 97/AR/311 ; CA Gand 2<sup>e</sup> ch., 19 avr. 1967 : *Rechtskundige Weekblad (RW)* 1967-1968, col. 1912 (recouvrement d'une reproduction de peinture et commercialisation du support ainsi repeint) ; CA Mons 12<sup>e</sup> ch., 13 mai 2002 : *A&M* 2002, p. 421, note F. Brison. En France, v. notamment Cass. crim., 20 oct. 1977 : *RIDA* avr. 1978, p. 115 ; T. correct. Paris 31<sup>e</sup> ch., 24 janv. 1984 : *RIDA* juill. 1984, p. 159 ; CA Paris 4<sup>e</sup> ch., 8 juill. 1974 : *Ing. Cons.* 1980, p. 4 ; CA Paris 4<sup>e</sup> ch., 18 mars 1987 : *RIDA* oct. 1987, p. 208.

46. Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, *Théberge c/ Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, CSC/34 : *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 53.

contrôler ce type d'utilisation. C'est le cas notamment de la location ou du prêt d'œuvres préalablement à la directive européenne de 1993 et à sa transposition dans la loi belge. Aussi, la Cour d'appel de Bruxelles<sup>47</sup> retient le pouvoir de contrôle de l'auteur sur l'usage des exemplaires pour permettre à la société de gestion collective d'empêcher l'importation d'œuvres en vue de leur location sur le territoire belge<sup>48</sup>.

Le droit de destination a pareillement servi en Belgique de base légale à la reconnaissance d'un droit de distribution<sup>49</sup> avant que ce droit ne soit introduit expressément en 2005 dans la loi belge, suite à la transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information<sup>50</sup>. Dans ces deux cas, la consécration législative d'une prérogative spécifique, attenante au droit de reproduction, qu'il s'agisse du droit de location ou du droit de distribution, retire l'utilité que le droit de destination présentait à cet égard.

En France, l'on a vu que le droit de destination remplissait encore ce rôle de doublure en l'absence d'une volonté législative de consacrer les droits spécifiques de location, prêt et distribution, et la jurisprudence persiste donc à appliquer le droit de destination à de telles hypothèses d'exploitation de l'œuvre<sup>51</sup>.

Une fois le droit de distribution reconnu au bénéfice des auteurs, certaines décisions, promues par la doctrine comme des confirmations de l'existence du droit de destination, peuvent faire l'objet d'une autre analyse. C'est le cas, par exemple, de la décision du Tribunal de première instance de Bruxelles<sup>52</sup> qui, selon A. Strowel et E. Derclaye, aurait tranché de manière définitive en faveur de l'existence d'un droit de destination en droit belge<sup>53</sup>. Il s'agissait d'une collection de posters tirés des albums de Tintin, collection commercialisée par l'éditeur Casterman. La défenderesse avait acquis ces albums dont elle avait extrait les posters pour les vendre encadrés et individualisés. Le tribunal semble bien consacrer la doctrine du droit de destination en affirmant que l'auteur est « maître du droit de reproduire son œuvre et de n'autoriser la reproduction que dans la mesure qu'il fixe ou dans les conditions qu'il détermine » et qu'en vendant les posters séparément la défenderesse « n'a pas respecté la destination donnée à son œuvre par l'auteur ».

Une autre lecture de la décision est pourtant possible. Sa compréhension nécessite de revenir sur une espèce très similaire qui a fait l'objet d'une décision du *Hoge Raad* des Pays-Bas, l'arrêt *Poortvliet*<sup>54</sup>. Les faits sont quasiment identiques à ceux de la décision belge : une personne achète des calendriers comprenant des reproductions de peintures, les découpe et les vend séparément. Ce qui diffère est la base juridique de la condamnation pour atteinte au droit d'auteur. Dans l'affaire hollandaise, il n'est en effet pas question d'un droit de destination, malgré le commentaire qu'en fera F. Gotzen<sup>55</sup>, mais de l'application du droit de distribution, composante en droit néerlandais du droit de communication au public. Ce droit de distribution s'applique à la mise en circulation d'exemplaires matériels de l'œuvre et s'épuise dès la première aliénation légale de l'exemplaire en question. Plutôt que de reconnaître

un droit de contrôle de l'usage des exemplaires qui dépasserait l'application d'un droit de distribution, l'arrêt *Poortvliet* s'attache à examiner la portée de l'épuisement du droit de distribution. La Cour suprême hollandaise considère que, dans la mesure où l'épuisement s'apprécie au regard de chaque exemplaire, le fait de découper un calendrier pour en faire des posters sous cadre constitue un changement de support sur lequel s'applique un nouveau droit de distribution non épuisé. Le droit de distribution avait été autorisé par l'auteur pour la reproduction des peintures dans les calendriers mais ce droit était réservé pour toute distribution des œuvres sous une autre forme, ce qui est conforme à la règle suivant laquelle l'épuisement ne s'applique qu'aux produits n'ayant pas subi de modification<sup>56</sup>.

Relire la décision relative aux posters d'Hergé à la lumière de cet arrêt néerlandais permet d'aboutir à une conclusion identique. Le Tribunal de Bruxelles considère d'ailleurs : « qu'en détachant les différents posters contenus dans l'"Album Posters", et destinés donc à être vendus au consommateur, ensemble et attachés l'un à l'autre [...], pour les vendre séparément et encadrés, la défenderesse a [...] créé des objets distincts (une série de posters encadrés et vendus séparément ne constitue pas le même article qu'un album regroupant des posters détachables pour le consommateur) »<sup>57</sup>.

Cette commercialisation des posters constituerait donc une nouvelle distribution de l'œuvre non autorisée par l'auteur qui n'a cédé son droit de distribution à



47. Civ. Bruxelles 2<sup>e</sup> ch., 30 oct. 1975 : *Ing. Cons.* 1976, p. 202, note L. Defalque ; CA Bruxelles 2<sup>e</sup> ch., 26 oct. 1978 : *RIDA* avr. 1979, p. 198 ; Cass. belge, 9 avr. 1981 : *Pasicrisie* 1981, I, p. 879. La décision du XIX<sup>e</sup> siècle relative à la location d'une partition d'un opéra (Cass., 28 janv. 1888, précit.) serait fondée, à l'heure actuelle, sur le droit de location.

48. Deux autres décisions sont parfois citées comme impliquant un droit de destination. Or elles ne concernaient pas des titulaires d'un droit d'auteur et admettaient le contrôle de la location de certains produits sur la base de la concurrence déloyale. V. CA Bruxelles 5<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juin 1962 : *JT* 1962, p. 459 ; Com. Bruxelles (cess.), 28 juin 1963 : *Journal des Tribunaux (JT)* 1963, p. 574.

49. Civ. Charleroi, 27 mars 1986 : *Ing. Cons.* 1986, p. 302.

50. La jurisprudence belge (CA Bruxelles 9<sup>e</sup> ch., 11 avr. 1997 : *A&M* 1997, p. 265, note V. Vanovermeire) admettant un droit de distribution au bénéfice des auteurs, même avant la modification légale de 2005, ne fait d'ailleurs pas appel au droit de destination mais à l'existence légale de ce droit de distribution dans le chef des titulaires de droits voisins, qui ne peuvent bénéficier de plus de droits que les auteurs.

51. TGI Paris 31<sup>e</sup> ch., 3 déc. 1979 : *RIDA* oct. 1980, p. 127 ; TGI Paris 17<sup>e</sup> ch., 24 avr. 1980 : *RIDA* oct. 1980, p. 135 (référence explicite au droit de destination pour interdire l'importation et la distribution de disques) ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 27 avr. 2004, précit.

52. Civ. Bruxelles, 15 févr. 1996 : *A&M* 1996, p. 319, note L. Van Bunnan.

53. A. Strowel et E. Derclaye, *op. cit.*, p. 56 sq.

54. *Hoge Raad*, 19 janv. 1979 : *NJ* 1979.

55. F. Gotzen, Le droit de destination et son fondement juridique, in *L'importance économique du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 67.

56. B. Castell, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, 1989, p. 234 sq.

57. Civ. Bruxelles, 15 févr. 1996, *op. cit.*, p. 321 sq.

l'éditeur que pour une édition sous forme d'albums de posters. L'appel à un droit de destination n'est pas nécessaire pour condamner cette nouvelle forme de commercialisation de l'œuvre<sup>58</sup>.

#### 4. La jurisprudence véritablement fondée sur le droit de destination

Un maigre butin ressort en définitive de la jurisprudence que nous avons écumée. En Belgique, ne subsiste réellement que l'arrêt fondateur de la Cour de cassation belge de 1956 dans l'affaire relative à l'utilisation radiophonique de disques du commerce. En France, outre les arrêts dits des *discothèques*, une autre décision relève la violation du droit de reproduction, sans mentionner explicitement le droit de destination, à l'occasion de la représentation publique de disques fabriqués pour le seul usage privé<sup>59</sup>.

Il est singulier que les seules applications jurisprudentielles incontestables, au terme de notre analyse du moins, de la théorie concernent des représentations publiques de phonogrammes. La majorité de ces décisions abordent d'ailleurs la question sous l'angle de la perception d'un droit complémentaire de reproduction mécanique, ce qui tendrait à réduire cette jurisprudence à ce cas précis, sans qu'on puisse y voir l'expression d'un droit général sur l'usage des exemplaires de l'œuvre<sup>60</sup>. La jurisprudence de 1956 peut d'ailleurs être expliquée par des raisons économiques et stratégiques tenant à la soudaine perte de revenus de la société de gestion du droit de reproduction résultant de l'utilisation croissante de disques du commerce par les organismes de radiodiffusion, au détriment de leurs propres enregistrements d'œuvres pour lesquels le paiement d'une rémunération d'un droit de reproduction était évidemment du.

#### C. Une théorie en contradiction avec l'harmonisation européenne

Lors de l'analyse de la jurisprudence (*supra*), on s'était interrogé sur l'opportunité de la théorie dans le contexte d'un droit d'auteur européen qui tend plutôt à consacrer des prérogatives limitées et spécifiques sur les exemplaires des œuvres. En reconnaissant successivement les droits de location, de prêt et de distribution, le droit communautaire semble s'opposer à un droit plus général de destination qui couvrirait ces diverses exploitations de l'œuvre. Ces trois attributs nouveaux qui ont été qualifiés de droits exclusifs spécifiques par des directives européennes, au cours des années 90, répondent à la majorité des hypothèses soulevées par F. Gotzen dans sa thèse, telles que l'importation des exemplaires des œuvres, le prêt de livres en bibliothèque ou dans des portefeuilles de lecture ou la possibilité de limiter géographiquement la commercialisation des exemplaires de son œuvre. :

La consécration de ces prérogatives comme droits exclusifs de l'auteur signifie-t-elle que le droit de destination, ayant rempli un rôle utile en son temps, a vécu ? La doctrine favorable à ce droit peut bien penser que ces reconnaissances législatives particulières

n'enlèvent rien à la possibilité d'étendre le droit de destination à d'autres prérogatives<sup>61</sup> ou que le droit de distribution de la directive du 22 mai 2001 sur la société de l'information ne condamne pas le droit de destination<sup>62</sup>, il faut avouer qu'elles réduisent fortement l'utilité spécifique de la théorie. Et on peut sans doute conclure, avec A. et H.-J. Lucas, que la logique qui préside aux principes du droit de distribution et de son épuisement, est de limiter le contrôle de l'usage des exemplaires matériels de l'œuvre à la location, au prêt et à la première circulation<sup>63</sup>. La certitude sur ce point ne pourra cependant venir que de la Cour de justice des Communautés européennes.

#### D. Une étendue incertaine

Une dernière critique que l'on peut adresser au droit de destination est l'imprécision de son étendue. N'étant pas reconnu comme un droit exclusif par la loi, ses frontières mêmes ne sont pas très claires. Selon la jurisprudence et la doctrine, ce droit permet de s'opposer aux utilisations qui seraient faites d'un exemplaire de l'œuvre. Mais si cette utilisation n'équivaut pas aux actes d'exploitation prévus par le droit d'auteur, que recouvre donc cette notion ?

Une autre conséquence de l'absence de consécration légale du droit est la difficulté d'y appliquer les exceptions. Le droit de destination étant une émanation du droit de reproduction, la limite de l'usage privé s'y applique-t-elle ?

Ces deux questions peuvent être résumées par la même inquiétude : le droit de destination a-t-il vocation à s'appliquer à toute utilisation des exemplaires des œuvres, en ce compris les actes d'utilisation privée, de réception ou de simple « consommation » des œuvres ?

Dans l'environnement numérique, la question revêt d'autant plus d'importance que les exemplaires des



58. La même analyse peut sans doute s'appliquer aux décisions sanctionnant la restitution et la commercialisation de pellicules de films vouées à la destruction par leur auteur. V. T. com. Seine 10<sup>e</sup> ch., 27 nov. 1961 : *JCP éd.* G 1962, II, 12669, note H. Delpech ; CA Paris 9<sup>e</sup> ch., 21 janv. 1963 : *JCP éd.* G 1963, II, 13235, note H. Delpech ; Cass. crim., 2 déc. 1964 : *JCP éd.* G 1965, II, 14069 ; Cass. crim., 20 oct. 1977 : *RIDA* avr. 1978, p. 115.

59. Cass. crim., 25 janv. 1990 : *JCP éd.* G, IV, p. 156. S'agissant de l'utilisation de disques du commerce par les discothèques, v. l'abondante jurisprudence citée par F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 217, note 12. V. également T. civ. Seine, 25 oct. 1943 : *DA* 1944, p. 56, et CA Paris, 27 avr. 1945 : S. 1945, II, p. 63, tous deux reproduits in F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht...*, *op. cit.*, p. 251, qui qualifient la rémunération convenue entre auteurs et radiodiffuseurs pour l'usage radiophonique des disques du commerce de « droit d'édition ».

60. En ce sens, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1999, n° 156, p. 240.

61. J. Corbet, *Auteursrecht*, Story Scientia, 1997, p. 46, n° 118 ; F. Pollaud-Dulian, Les droits exclusifs consacrés par la directive : *Propri. intell.* 2002, n° 2, p. 13.

62. A. Françon, Chronique de législation et de jurisprudence - Propriété littéraire et artistique : *RTD com.* 2001, p. 704.

63. A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 252, p. 219.

œuvres deviennent multiples, évanescents, tout en étant omniprésents. Y appliquer un droit de destination donnerait un pouvoir exorbitant aux auteurs pour contrôler chaque acte d'accès ou d'utilisation des œuvres en format numérique. Et les titulaires de droits ne pourraient rêver d'une plus belle justification pour déployer des mesures techniques encadrant chaque usage des œuvres. L'univers digital met à jour une relative dangerosité de la théorie du droit de destination.

Les partisans de ce droit n'envisagent généralement pas qu'il puisse atteindre de simples actes d'utilisation privée des œuvres<sup>64</sup>. Le droit de destination ne couvrirait que les utilisations qui réalisent une communication de l'œuvre à un tiers<sup>65</sup> ce que démontrent les exploitations d'exemplaires généralement visées par la jurisprudence en la matière, telles que la radiodiffusion des disques du commerce, la distribution, l'importation, le prêt ou la location. Le droit de destination ne viserait pas l'utilisation finale de l'œuvre, qui resterait libre.

Toutefois, l'exclusion de l'utilisation privée du champ du droit de destination souligne l'ambiguïté de cette notion. Car rien ne la justifie. Si le principe du « qui peut le plus, peut le moins » est à la base de ce droit, l'auteur pouvant assortir de conditions l'exercice du droit de reproduction, soit la fabrication d'exemplaires, pourquoi ces conditions ne pourraient-elles pas toucher à l'utilisation purement privée ?

Selon certains auteurs, l'exemption de l'utilisation finale s'expliquerait par le fait que le droit de destination se situe dans le prolongement du droit de reproduction, lui-même limité aux actes de fixation qui permettent la communication de l'œuvre au public<sup>66</sup> ou encore par l'application des exceptions pour usage privé, traditionnellement reconnues au droit de reproduction, au droit de destination qui n'en est qu'un attribut<sup>67</sup>. Cette dernière explication n'est guère convaincante surtout au regard de l'évolution du sort de la copie privée dont l'admissibilité ne se rencontre plus en matière de programmes d'ordinateur et de bases de données. En outre, justifier l'étendue du droit par une règle d'exception soumet cette étendue à l'application du test des trois étapes prescrite par les législateurs internationaux et communautaires comme condition d'existence, voire d'exercice des exceptions. Le récent arrêt de la Cour de cassation donne d'ailleurs consigne aux cours et tribunaux de vérifier concrètement si l'exception n'est pas contraire aux conditions du test<sup>68</sup>.

En vertu du triple test, le champ de l'exception de copie privée se réduit si son exercice porte atteinte aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou à l'exploitation normale de l'œuvre. Cela signifie-t-il que l'auteur est fondé, en vertu du droit de destination, à contrôler l'utilisation privée des exemplaires de son œuvre, si cette utilisation préjudicie ses intérêts légitimes ou l'exploitation normale de l'œuvre ? Soudainement l'étendue du droit de destination ne se bornerait plus aux limites rassurantes que la doctrine impose à la théorie.

Considérer que le contrôle de la jouissance personnelle de l'œuvre sort du champ d'application du droit de destination relève de la pétition de principe et n'est pas sans risques : faute de pouvoir avec certitude sous-

traire l'utilisation privée de la portée du droit de destination, le noyau dur de ce droit, après qu'on l'eût effeuillé de chacune de ses hypothèses, – chaque fois que celle-ci revêt la forme d'un droit exclusif autonome, distribution, location ou prêt –, risque bien de se réduire à la seule utilisation privée de l'œuvre.

## Conclusion

Le droit de destination n'a qu'une fondation essentiellement jurisprudentielle, le législateur, tant français que belge, ayant toujours négligé de le consacrer (ou répugné à l'inscrire en toutes lettres) dans la loi. Et cette jurisprudence, à l'analyse, est singulièrement vacillante. La logique de l'harmonisation européenne de la propriété littéraire et artistique s'éloigne également de plus en plus d'un droit général de contrôle des utilisations des exemplaires matériels des œuvres ou prestations protégées.

Toutes ces raisons plaident en défaveur du droit de destination. Ce droit a certainement rempli son office, palliant l'absence d'un droit spécifique de location, de prêt ou de distribution. Mais son temps semble venu. L'imprécision de l'étendue du droit et de ses limitations fait douter de son innocuité, au risque qu'il ne devienne dans l'univers numérique la catégorie fourre-tout qui permettrait d'asseoir un contrôle grandissant sur chaque acte d'utilisation de l'œuvre, s'étendant jusqu'aux actes d'utilisation privée. Il est étonnant d'ailleurs que l'industrie du droit d'auteur n'ait pas plus usé du droit de destination s'agissant des copies digitales des œuvres. Serait-ce un signe que même cette industrie, pourtant prompt à recourir à toutes les ressources du droit d'auteur, ne croirait pas trop à la réalité de la théorie ?

Les droits belge et français sont par contre suffisamment armés, suite au processus d'harmonisation européenne, pour autoriser le contrôle par l'auteur des principales exploitations de son œuvre qui se feraient par le truchement d'exemplaires de celle-ci. Sans doute est-il donc temps de décréter l'extinction de cette prérogative ancienne et typiquement nationale. Ce n'est pas pour autant qu'il faudrait en déplorer la disparition. En ces temps troublés où le droit d'auteur n'a plus les faveurs du public, la biodiversité dans les droits exclusifs de l'auteur n'est pas forcément souhaitable, surtout si elle se traduit par une prolifération d'espèces nocives et fort peu utiles.

64. T. Desurmont, Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires..., *op. cit.*, p. 2 ; F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht...*, *op. cit.*, p. 40 sq. ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 256.

65. Ce qui repose d'ailleurs la question de l'opportunité d'un droit distinct du droit de communication, de prêt ou de distribution.

66. P. Kamina, *op. cit.*, n° 212, p. 180.

67. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 256.

68. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006 : *A&M* janv. 2006, note S. Dusollier, Le dernier tournant de l'affaire *Mulholland Drive* ; v. aussi obs. A. Lucas : *Propri. intell.* 2006, n° 19, p. 179 sq.