

La volonté de divulguer une œuvre posthume peut-elle être présumée ?

PAR RONAN HARDOUIN ET EDOUARD MILLE, LE 17 MAI 2013

Retour sur le sort des œuvres inédites, que tel ou tel voudrait publier après la mort de leur auteur, à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 9 juin 2011.

En l'espèce, les enfants de l'amante d'un poète souhaitaient publier les correspondances du couple, notamment¹. Le défunt ayant confié par testament à son épouse le soin de veiller à l'ensemble de son œuvre², les aspirants à la publication, étrangers à la succession de l'auteur, étaient donc tenus de solliciter l'autorisation de sa veuve, devenue titulaire du droit de divulgation prévu par l'article L. 121-2 du code de la propriété intellectuelle³.

Face au refus opposé par cette dernière, les enfants saisirent les tribunaux sur le fondement de l'article L. 121-3 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel « *en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée* ». Prérogative discrétionnaire de l'auteur, de son vivant, l'exercice du droit de divulgation est en revanche limité une fois transmis à l'héritier, par la réserve d'un abus notoire de ce dernier dans l'action (la divulgation) ou l'abstention (le refus de divulguer).

La cour d'appel accueillit la demande des enfants, au motif que « *lorsque la personne investie du droit de divulgation post mortem, qui ne dispose pas d'un droit absolu mais doit exercer celui-ci au service des œuvres et de leur promotion, conformément à la volonté de l'auteur, s'oppose à cette divulgation, il lui incombe de justifier de son refus en démontrant que l'auteur n'entendait pas divulguer l'œuvre en cause et que sa divulgation n'apporterait aucun éclairage utile à la compréhension et à la valorisation des œuvres déjà publiées* ». Pour les juges du fond, le refus de la veuve de divulguer les œuvres de feu son mari était donc injustifié, faute pour elle d'avoir rapporté la preuve que la divulgation demandée serait non seulement contraire à la volonté de l'auteur, mais encore dépourvue d'intérêt au regard de l'ensemble de son œuvre.

Mais les juges du fond firent également droit aux demandes reconventionnelles de la veuve, qui considérait que les lettres litigieuses « *[ayant] été reproduites [dans les conclusions] sans l'autorisation de [l'épouse] et sans avoir demandé l'autorisation au juge de la mise en l'état* », ces agissements constituaient par eux-mêmes une violation du droit de divulgation dont elle était – et demeure – titulaire⁴.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris donna donc lieu à un pourvoi principal, posant la question de la charge de la preuve de l'abus notoire dans l'usage ou le non usage du droit de divulgation, ainsi qu'à un pourvoi incident, sur le point de savoir si le droit moral permet à son titulaire de s'opposer à la divulgation d'œuvres dans le cadre d'une procédure judiciaire.

La Cour de cassation fit droit au pourvoi principal comme au pourvoi incident, et prononça donc une double censure, pour violation de la loi : au visa de l'article 1315 du code civil et des articles L. 121-2 et L. 121-3 du CPI, d'abord, pour ce qui concerne l'abus du droit de divulgation, puis de l'article L. 331-4 du code de la propriété intellectuelle⁵, ensuite, au regard du débat afférent aux œuvres communiquées dans une procédure⁶.

Ce second moyen de cassation n'appelle que quelques brèves observations. Sans contredire expressément la lettre de l'article L. 331-4 du CPI, la cour d'appel de Paris avait estimé que la liberté de communiquer des créations protégées dans une procédure juridictionnelle aurait dû être conciliée avec les droits reconnus aux auteurs par les autres dispositions de la loi (à commencer par le droit de divulgation)⁷ sous l'égide du juge de la mise en état, afin qu'il aménageât les modalités de cette communication⁸.

¹ Les demandes portaient également sur les correspondances du poète avec les enfants de son amante, et la mère de cette dernière.

² L'interprétation du testament donna lieu à une première affaire, au terme de laquelle l'épouse du poète fut jugée seule titulaire du droit moral et des droits patrimoniaux de son mari, son amante ayant quant à elle bénéficié par ce même testament d'un mandat de gestion de l'œuvre (moyennant un partage par moitié des redevances liées à l'exploitation des œuvres entre les deux femmes), mandat ayant pris fin par le décès du mandataire : Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2009 : 07-14526.

³ « *L'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ».

⁴ Elle soutint également que l'argumentation développée devant la cour était diffamatoire, et que la communication des lettres dans le cadre de la procédure constituait une violation du secret des correspondances. L'un et l'autre points seront écartés de l'étude, en ce qu'ils intéressent les conditions d'application de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, pour le premier, et celles afférentes à l'article L. 226-15 du code pénal, pour le second.

⁵ Selon lequel « *Les droits [reconnus aux auteurs par le] présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique* ».

⁶ Il s'agit même d'une triple cassation, la cour d'appel ayant également violé l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

⁷ Ainsi qu'avec les dispositions du code pénal afférentes au secret des correspondances. A cet égard, les lettres litigieuses avaient été échangées entre l'auteur défunt, et son amante, mère des demandeurs, auxquels elles furent remises par l'épouse de l'auteur. On cherchera donc en vain à quel titre le fait, pour les demandeurs, héritiers de leur mère, amante et destinataire de ces lettres, constituerait l'infraction énoncée à l'article L. 226-15 du code pénal, lequel dispose que « *Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* ».

⁸ Celle-ci était en effet susceptible – sans de telles précautions – de porter atteinte au droit de divulgation de la veuve, en tant qu'héritière du droit moral de feu son époux, sur les lettres litigieuses.

Il est vrai que la cour d'appel pouvait légitimement hésiter à faire échec au droit de divulgation d'un auteur, nonobstant les dispositions de l'article L. 331-4 du CPI, dans la mesure où il est traditionnellement enseigné que le droit moral - dont le droit de divulgation est l'une des prérogatives - ne souffre aucune exception. En censurant la décision de la cour d'appel, la Cour de cassation dément ce postulat, et donne pleinement effet aux dispositions de l'article L. 331-4 du CPI : la communication de l'œuvre lors d'une procédure judiciaire est autorisée de plein droit, et sans restriction. La solution n'est pas surprenante, une fois rappelé que la genèse de cet article⁹ tiendrait à la volonté du législateur de revenir sur une décision de la Cour de cassation de 1997¹⁰ ayant désapprouvé une cour d'appel d'avoir jugé que le fait de produire une œuvre inédite en justice ne constituait ni une communication au public, ni un acte de divulgation¹¹.

En revanche, la position de la Cour de cassation exprimée dans l'arrêt du 9 juin 2011 sur la charge de la preuve d'un éventuel abus de l'héritier dans le non usage du droit de divulgation appelle de plus amples développements, en ce qu'elle permet d'évoquer plus largement les conditions d'exercice *post mortem* de ce droit, et les antagonismes auxquels leur mise en œuvre peut donner lieu, entre l'intérêt du public et les vœux – exprimés ou présumés – de l'auteur.

D'UNE PRESOMPTION DE LA VOLONTE DE DIVULGUER *POST MORTEM*

Selon les juges du fond, il incombait à l'héritière, défenderesse, de prouver que la demande en divulgation qui lui fut adressée était mal fondée, et ce en établissant deux faits : le refus de divulguer, que l'auteur aurait exprimé de son vivant, serait-ce implicitement, ajouté à l'absence d'intérêt d'une telle divulgation au regard de l'ensemble de l'œuvre de l'auteur.

Pour la Cour de cassation, une telle analyse viole la règle énoncée par l'article 1315 du code civil, faisant peser la charge de la preuve sur le demandeur. Puisque les héritiers soutenaient que le refus de la veuve d'autoriser la divulgation de la correspondance entretenue par son mari avec des tiers était un « abus notoire » du « non usage du droit de divulgation », il leur appartenait, en tant que demandeurs à l'action en justice, de rapporter la preuve de cet abus, et la cour d'appel ne pouvait donc inverser cette charge, l'article L. 121-3 du CPI ne dérogeant pas au droit commun sur ce point.

Pour opérer un tel renversement de la charge de la preuve, la cour d'appel eut recours à une présomption, soit le principe consistant à déduire un fait inconnu d'un fait connu. Le code civil en distingue deux espèces : les présomptions légales¹², et celles dites « de l'homme », ou judiciaires, « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes »¹³, bien que la jurisprudence ait sensiblement atténué la rigueur de cette recommandation légale faite aux juridictions. Par ailleurs, la rigueur d'une présomption varie selon trois degrés : si les présomptions simples supportent la preuve contraire, les présomptions irréfragables, elles, n'en supportent aucune¹⁴, tandis que les présomptions mixtes ne peuvent être renversées que par certains faits.

C'est cette dernière catégorie que la cour d'appel utilisa, en estimant que la seule existence des œuvres comme le fait que l'auteur ait communiqué son art de son vivant (les faits connus) présumeraient qu'il aurait souhaité voir publiées, après son trépas, les œuvres qui ne le furent pas avant (le fait inconnu), et que cette déduction ne pourrait être combattue que par la preuve cumulative « que l'auteur n'entendait pas divulguer l'œuvre en cause et que sa divulgation n'apporterait aucun éclairage utile à la compréhension et à la valorisation des œuvres déjà publiées ».

Ainsi, un héritier ne pourrait s'opposer à la divulgation des œuvres du *de cuius*, sauf circonstances tenant tant à la volonté de ce dernier qu'à une appréciation critique des œuvres en cause, au regard de l'ensemble des créations de l'auteur. En revanche, dans la situation inverse, soit celle où un tiers considérerait que la divulgation d'une œuvre posthume autorisée par l'héritier serait abusive, ledit tiers resterait tenu de démontrer le caractère abusif d'une telle divulgation, conformément à l'article 1315 du code civil.

Cette asymétrie de la charge de la preuve – puisqu'elle ne profite qu'au tiers combattant la volonté de l'héritier de ne pas divulguer – pourrait traduire la prise en compte, par la cour d'appel, des intérêts du public : lorsque l'enjeu du procès tient à la divulgation d'une œuvre, il conviendrait que la charge de la preuve de la volonté de divulguer soit facilitée pour celui qui entend voir l'œuvre révélée au public, quel que soit le côté de la barre où il se trouve. Le cas échéant, la cour d'appel rejoindrait le courant idéologique soutenant que la finalité du droit d'auteur, et plus largement de tout système de réservation de la création, est de promouvoir la diffusion des savoirs qu'elle recèle, quand d'autres courants de pensées, sans contester cette finalité, l'estiment toutefois secondaire par rapport à la volonté de l'auteur, personnage central du système législatif français.

DE LA PERTINENCE D'UNE TELLE PRESOMPTION

⁹ Introduit dans le code par la loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998 transposant la directive sur les bases de données.

¹⁰ Civ. 1^{ère}, 25 février 1997 : n°95-13545.

¹¹ En ce sens, M. Desgorges, *CCE 1999, comm. 51*, cité par A. Lucas, J.-Cl. PLA, Fasc. 1248, n°82.

¹² Art. 1350 à 1352 du code civil.

¹³ Art. 1353.

¹⁴ Hormis en cas de contre preuve parfaite, par aveu ou serment judiciaires.

Avant même de relever les arguments plaidant pour et contre l'existence d'une présomption de la volonté de divulguer les œuvres posthumes, la première question à résoudre tient au point de savoir si une juridiction dispose du pouvoir d'édicter une telle présomption, *a fortiori* en lui conférant un caractère mixte, donc partiellement réfragable.

Quant au pouvoir d'édicter une présomption simple, il a été rappelé que le juge le tient du code civil¹⁵, même si sa lettre suggère que cette faculté soit mise en œuvre espèce par espèce, plutôt que de manière générale.

Quant aux présomptions mixtes, si elles sont normalement réservées au législateur, la Cour de cassation a cependant déjà eu l'occasion, en propriété littéraire et artistique, d'y recourir : depuis plus de quinze ans, les juges du droit ont développé une présomption de titularité des droits afférents à une création protégée, qui bénéficie à la personne morale qui l'exploite, sauf à ce qu'il soit démontré que l'auteur de cette création conteste une telle titularité¹⁶. Il s'agit donc bien d'une présomption mixte, d'une part¹⁷, et prétorienne, d'autre part. Dès lors, force est de constater que les juridictions créent telle ou telle présomption, dans le cadre de leur pouvoir d'interprétation de la norme. La question se réduit alors à celle de l'opportunité de la présomption retenue par la cour d'appel.

En matière de refus de divulgation *post mortem*, la Cour de cassation a eu l'occasion, en 2000 et 2004, de souligner la place prépondérante qu'y tient la volonté de l'auteur, par référence à la condition de « *notoriété de l'abus* » de l'article L. 121-3 du CPI.

Dans l'affaire jugée en 2000, le dernier héritier d'un auteur s'opposait à la publication posthume d'un vingt-sixième tome de ses œuvres, alors que les vingt-cinq tomes posthumes précédents furent publiés avec l'accord des héritiers. La Cour de cassation énonça alors que :

*« le droit de divulgation post mortem n'est pas absolu et doit s'exercer au service de l'œuvre, en accord avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant »*¹⁸

Appliquant cette règle, elle approuva la cour d'appel d'avoir jugé abusif le refus du dernier héritier au motif que l'auteur avait, de son vivant, clairement exprimé son souhait de voir l'ensemble de ses œuvres publiées.

La question restait ouverte lorsque l'auteur n'avait pas exprimé de son vivant ses intentions à l'égard de ses œuvres inédites. L'affaire tranchée en 2004 donna l'occasion à la Cour de cassation de répondre. Les œuvres en cause (apparemment documentaires ou scientifiques) avaient été classées et répertoriées par la veuve de l'auteur. Au décès de celle-ci, ses héritiers décidèrent de ne pas s'attribuer des lots de l'ensemble ainsi constitué, mais au contraire de prévoir une indivision sur celui-ci, afin d'éviter la dispersion du fonds. Les différents héritiers refusèrent cependant que ces œuvres soient divulguées, à l'exception de l'un d'eux, qui saisit la justice pour voir jugé que le refus des autres était abusif. La Cour de cassation énonça presque la même solution qu'en 2000, avec une nuance de taille :

*« le droit de divulgation post mortem, s'il doit s'exercer au service de l'œuvre, doit s'accorder avec la personnalité de l'auteur et à la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant »*¹⁹

La Cour de cassation approuva ainsi la cour d'appel d'avoir relevé qu'aucun fait ne permettait d'établir, ou même de présumer, que l'auteur avait, de son vivant, souhaité que ses œuvres soient divulguées après sa mort. Partant, face au silence de l'auteur, le refus de ses héritiers de divulguer ses œuvres ne pouvait être abusif.

Le premier de ces deux arrêts put être considéré par une partie de la doctrine comme accordant à l'intérêt du public une place prépondérante ou à tout le moins concurrente de la volonté de l'auteur, par les références faites au caractère relatif du droit de divulgation *post mortem* et au « *service de l'œuvre* ». L'arrêt de 2004 fit échec à une telle interprétation, en remettant l'intérêt du public à une place subalterne par rapport à l'auteur, conformément à la tradition personnaliste du droit d'auteur français : si le droit de divulgation doit s'exercer au service de l'œuvre, il doit avant tout s'accorder avec la personnalité et la volonté de l'auteur.

Dans ces conditions, sauf revirement de la Cour de cassation, la présomption mixte retenue par la cour d'appel de Paris dans l'affaire commentée avait peu de chances d'être approuvée. En effet, non contente de supposer l'accord de l'auteur à la divulgation posthume de ses œuvres, la cour d'appel de Paris limitait la preuve contraire au cumul de deux faits : établir le refus de l'auteur de voir ses œuvres divulguées après sa mort, et que cette « *divulgation [n'apporte] aucun éclairage utile à la compréhension et à la valorisation des œuvres déjà publiées* ». Ainsi, selon la cour d'appel de Paris, la volonté de l'auteur (de ne pas divulguer son œuvre) était une condition nécessaire mais insuffisante à faire échec à la présomption énoncée, en ce que cette volonté pouvait être ignorée si les œuvres en cause apportaient un éclairage utile aux œuvres déjà publiées.

Cette seconde exigence était d'ailleurs difficilement compatible avec d'autres dispositions du code de la propriété intellectuelle. En effet, la question de l'intérêt de l'œuvre inédite par rapport à l'ensemble des œuvres publiées de l'auteur

¹⁵ Art. 1353.

¹⁶ Pour un panorama des décisions de la Cour de cassation sur ce point, cf. L111-1.fr, Index, V° Présomption de titularité. On relèvera également que les décisions les plus récentes en la matière sont fondées sur l'article L. 113-5 du CPI, relatif aux œuvres collectives, et donc parfaitement étranger à la solution ainsi énoncée.

¹⁷ Dans le cas contraire, la présomption pourrait non seulement être renversée par la preuve que l'auteur de la création exploitée en revendique les droits, mais encore par le fait que la personne morale exploitant l'œuvre n'est effectivement pas titulaire des droits dont elle se prévaut.

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000.

¹⁹ Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004.

aurait dû *in fine* être tranchée par le juge. Or, l'inviter à se prononcer sur l'intérêt – ou non – de l'œuvre litigieuse reviendrait à le prier de statuer sur le mérite de cette oeuvre, serait-ce par seule comparaison avec les autres créations de son auteur, ce qu'interdit l'article L. 112-1 du CPI²⁰. Certes, il pourrait être objecté que l'indifférence du mérite ne s'applique qu'au caractère protégeable d'une œuvre, et non à l'opportunité de sa divulgation, mais l'article L. 112-1 est majoritairement interprété comme énonçant une règle valant pour toute la matière, tant il y aurait une incohérence certaine à permettre au juge, dans le silence de la loi, de tenir compte du mérite d'une œuvre pour motiver sa décision dans certains cas, et pas dans d'autres.

Est-ce à dire que la divulgation *post mortem* ne donnera jamais lieu à une présomption qui permettrait de la favoriser ? Pas nécessairement. D'abord, parce que l'article 1353 du code civil l'autorise au cas par cas. Ensuite, parce que ce n'est peut-être pas tant le principe d'une présomption de la volonté de divulguer qui est rejeté par la Cour de cassation que la rigueur résultant du caractère mixte que lui avait donné la cour d'appel, *a fortiori* si l'un des éléments de preuve pouvant y faire échec était illégal.

En d'autres termes, déduire de l'arrêt rendu le 9 juin 2011 que la Cour de cassation y marquerait sa préférence pour les vœux des héritiers de l'auteur, lorsque ce dernier est resté muet sur le sort de ses œuvres, par rapport à l'intérêt du public, serait sans doute excessif. La cassation prononcée ne dit rien de l'appréciation de la Cour sur la finalité poursuivie les juges du fond ; elle ne s'intéresse qu'au moyen retenu pour la mettre en œuvre. Rien ne dit donc qu'une décision qui retiendrait l'existence d'une présomption simple de la volonté de divulguer, pouvant dès lors être combattue par tout moyen, n'aurait pas les faveurs de la Haute Juridiction.

Enfin, le recours au mécanisme de la présomption n'est peut-être pas le seul permettant de favoriser la divulgation des œuvres posthumes. L'encadrement de l'exercice du droit de divulgation *post mortem* par la prise en compte de son éventuel caractère (notoirement) abusif, alors qu'il est discrétionnaire du vivant de l'auteur, peut en effet permettre – au moins implicitement – de laisser une place à l'intérêt du public : il suffit que le caractère abusif d'un refus de divulguer soit facilement admis par les juridictions, et qu'à l'inverse, l'abus d'une divulgation ne soit retenu que dans des circonstances exceptionnelles, sinon jamais.

²⁰ « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. »