



HAL
open science

La notion de création intellectuelle

Pierre-Yves Ardoy

► **To cite this version:**

Pierre-Yves Ardoy. La notion de création intellectuelle. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2006. Français. NNT: . tel-03189135

HAL Id: tel-03189135

<https://univ-pau.hal.science/tel-03189135>

Submitted on 2 Apr 2021

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.

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
Faculté de droit d'économie et de gestion

LA NOTION DE CREATION INTELLECTUELLE

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit
(Arrêté du 25 avril 2002)

Présentée et soutenue publiquement
Le 27 mai 2006 par

Pierre-Yves ARDOY

Jury :

Directeur de recherche :

Madame Virginie LARRIBAU-TERNEYRE
Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Suffragants :

Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND
Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Monsieur Pierre SIRINELLI, rapporteur
Professeur à l'Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Daniel VIGNEAU
Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Monsieur Michel VIVANT, rapporteur
Professeur à l'Université de Montpellier I

L'Université de Pau et des pays de l'Adour n'approuve ni n'improove les opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme personnelles à leur auteur.

« L'unicité du « moi » se cache justement dans ce que l'être humain a d'inimaginable. On ne peut imaginer que ce qui est identique chez tous les êtres, que ce qui leur est commun. Le « moi » individuel, c'est ce qui se distingue du général, donc ce qui ne se laisse ni deviner, ni calculer d'avance, ce qu'il faut d'abord dévoiler, découvrir, conquérir chez l'autre ».

Milan Kundera
L'insoutenable légèreté de l'être, p.286.

Introduction

1. Selon Albert Camus « *il n'y a pas de mystère dans la création humaine. La volonté fait ce miracle* »¹. Une telle assertion, si péremptoire puisse-t-elle paraître, est d'une séduction extrême, et l'esprit est tenté de s'abandonner à la puissance d'une telle évidence. L'analyse juridique de la création intellectuelle, objet de l'étude, ne peut toutefois être menée sous le seul angle de l'origine de celle-ci car les contours de la notion dépendent non seulement de sa cause (la volonté humaine) mais également - et surtout - de son environnement juridique.

2. Le droit prend diversement en compte la notion de création intellectuelle, et s'il développe plusieurs régimes particuliers -chacun cherchant à embrasser un type de création - une réflexion sur l'appréhension globale des produits de l'activité intellectuelle humaine est des plus récentes². Il sera vu pourtant que par delà la multitude des régimes de protection, c'est bien à l'unité de la notion que l'on peut conclure, tant en ce qui concerne son domaine qu'en ce qui concerne ses caractères.

Il convient au préalable de préciser l'objet de l'étude (paragraphe premier) avant de montrer les possibilités d'une approche unitaire de la création intellectuelle (paragraphe deuxième).

¹ Albert Camus, *Le mythe de Sisyphe*, folio p.155.

² Des réflexions d'ensemble sur le droit d'auteur se sont engagées. Paul Edward Geller propose ainsi une réflexion sur les principes fondamentaux du droit d'auteur (*Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur : la richesse sémiotique*, RIDA 1994, n°159 p.3), tandis que Valérie-Laure Bénabou invite quant à elle à « *puiser à la source du droit d'auteur* » (RIDA 2002, n°192, p.3). Au delà du droit d'auteur, une réflexion sur l'unité des propriétés intellectuelles est amorcée. Cf. Sophie Alma-Delette : *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse, Montpellier I, 1999. « *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles* », Colloque CUERPI, Grenoble, 28 novembre 200 », JCP éd. E supplément au n°42, cahiers du droit de l'entreprise 2004, n°4. Une proposition de loi fut en outre déposée en vue de protéger les créations réservées, cf. Christian Le Stanc : *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées"*, D. 1993, chron. p. 4.

Paragraphe premier : Objet de l'étude : la création en tant que résultat d'un travail de l'esprit

La création intellectuelle telle que nous l'appréhendons est un résultat (1), produit de l'esprit (2).

1- La création est un résultat

3. La notion de création est une notion ambivalente reposant sur un maillage de concepts.

Le verbe créer peut ainsi être pris de deux manières : d'une part « *tirer du néant* »³, faire chose ce qui n'existait pas, d'autre part être la cause de quelque chose. Une synthèse de la définition nous est donnée par André Comte-Sponville pour qui, « *au sens strict ou absolu ce serait produire quelque chose à partir de rien, ou plutôt à partir de soi seul* »⁴. De là une double définition du terme de création qui désigne à la fois l'action, le fait de créer, mais aussi le résultat, l'objet créé. Concernant le fait de créer, le dictionnaire Lalande précise néanmoins que la création s'entend d'une « *production d'une chose quelconque, en particulier si elle est nouvelle dans sa forme, mais au moyen d'éléments préexistants* »⁵.

D'origine religieuse, le terme de création semble toujours revêtir une certaine connotation sacrée⁶. Tout d'abord en ce que qu'elle suppose l'origine d'une chose dans l'action « *de*

³ Définition du petit Robert.

⁴ *Dictionnaire philosophique*, Puf, article « création » p.136.

⁵ André Lalande : *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf, article « création », p.194.

⁶ Le Chapelier, dans sa fameuse déclaration affirme ainsi que « *la plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain* ». En une période de sacralisation de la loi et de certains droits fondamentaux comme le droit de propriété, ce qui sera la propriété intellectuelle semble atteindre, dans l'esprit du rapport Le Chapelier, un zénith, une forme de degré suprême: « *la plus sacrée* » ! Cité, entre autres, par Colombet, n°7 p.5. Nous ne pouvons qu'attirer l'attention sur ce rapprochement que nous avons peine à considérer comme fortuit entre le caractère sacré de la propriété de l'ouvrage et l'immanente personnalité de cette propriété sous la plume d'un juriste révolutionnaire.

soi seul », la création est à la fois le moyen et le but de la volonté⁷. Ensuite, en ce qu'elle suppose un effort en tant que moyen de la volonté, la création est magnifiée comme étant le fruit du labeur humain.

4. La création est tout d'abord un fait et, en tant que tel, la création est envisagée comme phénomène. Or un phénomène est classiquement entendu comme tout ce qui est l'objet d'expérience possible, c'est-à-dire tout ce qui apparaît dans le temps ou dans l'espace et qui manifeste les rapports déterminés par catégories. On peut toutefois se demander si le droit appréhende réellement les faits en tant que tels. Il semblerait *a priori* que non.

L'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle pose en effet que la protection du droit d'auteur est accordée du seul fait de la création. Ce fait ne peut toutefois être avéré que s'il s'incarne en un résultat. A lire ce texte, on peut penser que l'« objet – création » n'est protégeable et ne donne lieu à la naissance de droits que pour autant qu'il est sa propre preuve. Si le droit reconnaît donc la création en tant que phénomène, il ne donne toute sa mesure que dans l'incarnation de ce fait.

5. La création peut alors être considérée comme un résultat, et partant, un objet. Penser que la création en tant que phénomène débouche sur la création en tant qu'objet est toutefois maladroit. En effet, les notions de fait et d'objet sont des catégories juridiques, insusceptibles d'être appréhendées par les sens en tant que telles. Un objet, dans l'acception courante, peut ainsi être considéré comme étant un phénomène dans la mesure où l'on en fait l'expérience sensible dans le temps et dans l'espace. Les catégories juridiques sont, comme l'ensemble du droit, des fictions permettant une certaine appréhension intelligible du réel. Toutefois, si l'appréhension de l'objet suppose l'expérience sensible, la catégorie elle-même ressort de la réalité intelligible. Or les catégories ne peuvent faire l'objet ni de l'intuition, ni de l'expérience. Elles sont pourtant une réalité pratique permettant l'appréhension juridique du monde. Il s'agit alors d'« objets simplement conçus par l'entendement (que nous) appelons êtres intelligibles »⁸, autrement dit des noumènes. Fait et objet sont donc des catégories au même titre qu'acte et sujet. Rien ne les distingue du point de vue de leur appréhension en tant que noumènes. Il s'agit alors de les distinguer eu égard à la fonction qui leur est assignée.

⁷ « La liberté fait de l'être humain son propre maître et son seul maître ; elle le rend infiniment respectable et sacré ; elle l'élève à la dignité de 'fin en soi' », Emmanuel Gounot : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Paris 1912, p.27.

⁸ Emmanuel Kant : *Critique de la raison pure*, trad. Barni revue par Archambault, GF Flammarion p.275.

6. Juridiquement, le « *fait - création* » est le fait générateur des droits, tandis que l'« *objet - création* » est l'assiette de ces droits.

Le « *fait - création* » peut alors s'analyser en un processus au sein duquel l'apparition de certains éléments sera considérée comme donnant lieu à création et, partant, à protection. La doctrine a pu souligner l'unité du processus créatif. Non seulement n'existe-t-il pas de différences fondamentales entre les processus artistiques et les processus scientifiques ou industriels⁹, mais encore est-il possible de proclamer une « *unité de la création : l'acte créateur est toujours le même dans son essence* »¹⁰. C'est au cours de ce processus, schématiquement considéré comme une chronologie, qu'il s'agit d'identifier la phase où l'on verse du monde de la spéculation vers celui de la matérialisation. Or si la démarche a pu séduire la jurisprudence, la doctrine et, dans une certaine mesure, le législateur, l'appréhension du fait créatif présente des difficultés manifestes dès lors qu'il s'agit de déterminer le point à partir duquel il y a création¹¹.

Le « *fait - création* » soulève donc une redoutable difficulté d'un point de vue conceptuel car le droit prend en considération une succession d'états – il ne se représente que la fixité – et non un phénomène évolutif. Si donc le phénomène ne se résout pas obligatoirement en un phénomène, pour le droit, le « *fait - création* » aboutit nécessairement à un « *objet - création* ». C'est ce dernier qui fera l'objet de notre étude.

2- La création est le produit de l'esprit

7. Le spiritualisme de la création trahit l'origine éminemment religieuse de la notion. De l'idée de création découlent en effet deux conséquences : la première c'est qu'elle est le fruit de l'esprit, la deuxième c'est qu'il ne saurait y avoir de création sans créateur.

8. La tradition théologique occidentale fonde la création du monde sur l'intervention du seul esprit divin. En effet, l'Évangile selon Saint Jean commence par poser qu'« *au com-*

⁹ Sophie Alma-Delette : Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?, thèse Montpellier I, 1999, n°43 p.44.

¹⁰ Michel Vivant : *Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels*, cité par S. Alma-Delette, thèse précitée, n°44 p.44.

¹¹ Cf. infra, Partie I, Titre II.

mencement était le Verbe (...) » et que « *Tout fut par lui et sans lui rien ne fut* ». L'Apôtre ne reprend en cela que la Genèse où la création du monde intervient par la seule parole - « *Dieu dit* » - et c'est par le terme grec *Logos* que Jean désigne le Verbe de Dieu¹². Or le *logos* revêt plusieurs significations. Le *logos* est, originellement, la loi fondamentale du monde. Pour Héraclite d'Ephèse (v. 535-475 av. J.-C.), les choses sont en perpétuel changement, gouverné par le *logos* qui, comme loi, achève le processus de la transformation. Le *logos* s'entend alors comme un « *feu intelligent* » ou une « *pensée unique et souveraine* »¹³. Or une conception rationnelle du monde suppose que sa loi fondamentale le gouverne selon le principe de la raison. C'est ainsi que le terme de *logos* désigne la raison chez Socrate lequel s'emploiera à se départir d'un savoir apparent au profit d'une connaissance plus sûre. Le *logos* prend la même signification pour les Stoïciens qui vont fonder leur théologie sur l'unité de Dieu, porteur des germes rationnels de toutes choses, et du *logos*.

Parole, Raison, Loi fondamentale, ainsi Jean pouvait-il concevoir l'esprit divin en tant que principe de toute chose.

9. L'analyse de la création humaine part du même constat, à ceci près que l'homme « *façonne un corps avec un autre corps, au gré de son esprit, qui a le pouvoir d'extérioriser la forme qu'il aperçoit en lui-même au moyen de l'œil intérieur* »¹⁴. Toute création suppose donc comme règle une intervention volontaire de l'homme. Plus profondément, la création semble avoir « *moins d'importance en elle-même que dans l'épreuve qu'elle exige d'un homme et l'occasion qu'elle lui fournit de surmonter ses fantômes et d'approcher un peu plus sa réalité nue* »¹⁵. La création serait ainsi « *un témoignage de la seule dignité de l'homme : la révolte tenace contre sa condition* »¹⁶.

Bien qu'elle puisse être approchée, la notion de création demeure « *un sujet de perplexité qui déborde le cercle des controverses philosophiques, et qui se mêle au problème de la créativité ou de la spontanéité intellectuelle* »¹⁷.

¹² Il rédigea d'ailleurs son Evangile en grec.

¹³ On peut trouver une idée similaire dans la pensée confucéenne : « *Ma Voie procède d'une pensée unique qui relie le tout* », *Entretiens de Confucius*, IV, 15, trad. A. Cheng, éditions Du Seuil, 1981, p.46.

¹⁴ Saint Augustin : Les confessions, Liv. XI, chap. V, trad. J. Trabucco, GF-Flammarion, p.256.

¹⁵ Albert Camus : Le mythe de Sysiphe, précité, p.156.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Paul Clavier : *La liquidation du concept de création dans la métaphysique allemande*, in *La Création*, revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France n°7, éd. Odile Jacob, p.26.

10. Le droit traduit directement l'idée de l'origine spirituelle de la création humaine à travers différents concepts. En matière de propriété littéraire et artistique tout d'abord, la notion d' « *œuvre de l'esprit* » paraît suffisamment éloquente dans son libellé : l'œuvre¹⁸ renvoie au travail, l'esprit à l'origine de ce travail. On notera la gémellité de la notion d'œuvre avec celle de création : elle désigne aussi bien l'action que le résultat de cette action. Elles sont, la plupart du temps, tenues pour synonymes. Nous les distinguerons cependant pour une raison pratique : la notion d'œuvre de l'esprit est une notion connue désignant l'objet du droit d'auteur, la notion de création, objet de notre étude, ayant une ambition plus vaste. L'œuvre de l'esprit est donc une création particulière.

La notion d'invention propre au droit des brevets renvoie de la même façon à l'origine spirituelle de la création. Si le terme est en lui-même susceptible de renvoyer tant à l'idée de création qu'à celle de découverte, l'exigence d'activité inventive et l'exclusion expresse des découvertes du champ d'application des brevets tendent à exclure cette deuxième acception. A l'instar de la notion de création, l'invention désigne aussi bien l'action d'inventer que le fruit de cette action. Nous établirons la même distinction qu'en matière de propriété littéraire et artistique entre l'invention – ressortant du droit des brevets – et la notion de création, à vocation unificatrice.

11. Puisqu'elle est le fruit de l'activité de l'esprit, toute création suppose alors nécessairement un créateur. Dans une remarque à l'article « *Création* » du dictionnaire Lalande, J. Lachelier écrit : « *Création ne pourrait pas se dire, ce me semble, d'un commencement sans créateur ; et, en revanche, il n'implique pas nécessairement l'idée de commencement* »¹⁹. L'idée de création suppose donc la recherche d'une causalité entre le résultat de l'action et l'action elle-même. Mais celle-ci ne saurait être attribuée qu'à un créateur. Aussi la notion de création est-elle indissociable de celle de créateur.

12. Or le créateur doit nécessairement penser : la création étant le fruit de l'esprit, seule une personne physique peut être à la source d'une création²⁰. Le droit envisage ce créateur de manière tantôt spécifique, tantôt neutre. Dans la première hypothèse, la dénomination du créateur est fonction de la création considérée : il s'agira de l'auteur pour les œuvres de

¹⁸ Du latin *opera*.

¹⁹ Souligné par l'auteur.

²⁰ Qu'elle ait pu être expliquée par la théorie de la réalité, par la théorie de l'organe ou encore par celle de l'entreprise, jamais il n'a pu être soutenu qu'une personne morale puisse penser par elle-même.

l'esprit²¹, de l'artiste-interprète ou exécutant pour les interprétations d'œuvres de l'esprit²², ou de l'inventeur pour les inventions²³. Dans la deuxième hypothèse, seule mention est faite du créateur, sans spécification eu égard à la création considérée. Tel est le cas en matière de dessins et modèles²⁴ ou de topographies de produits semi-conducteurs²⁵. Il est toutefois remarquable que si la création tire son principe du créateur qui en est la cause, le droit prend la chaîne des causalités à l'envers. En effet, c'est en considérant un type de création que l'on remontera à la personne du créateur, bien que ce soit celui-ci qui se détermine en tant que tel par son activité²⁶. La création est donc un objet « *subjectivisé* ».

Dès lors, quel besoin aurait-on de penser la création sous l'angle de l'unité et non plus sous celui de la diversité ?

Paragraphe deuxième : Une possible approche unitaire de la création intellectuelle

13. Le droit de la propriété intellectuelle recouvre des réalités très différentes dont la création intellectuelle n'est qu'un aspect (1). Il apparaît cependant que malgré l'hétéronomie des propriétés intellectuelles, la notion de création peut, quant à elle, être appréhendée de manière unitaire (2).

²¹ Art. L.111-1 CPI.

²² Art. L.212-1 CPI.

²³ Art. L.611-9 CPI.

²⁴ Art. L.511-4 ou L.511-9 CPI.

²⁵ Art. L.622-1 CPI. Il s'agit des circuits intégrés. L'article premier de la directive CE 87/54 du 16 décembre 1986 définit ainsi le produit semi-conducteur : « *Forme finale ou intermédiaire de tout produit*

(1) *composé d'un substrat comportant plusieurs une couche de matériau semi-conducteur*

(2) *constitué d'une ou de plusieurs autres couches de matières conductrices, isolantes ou semi-conductrices, les couches étant disposées conformément à une configuration tridimensionnelle prédéterminée*

(3) *destiné à remplir, exclusivement ou partiellement, une fonction électronique »*

Le même texte définit le terme de topographie de produit semi-conducteur de la manière suivante : « *Série d'images liées entre elles, quelle que soit la manière dont elles sont fixées ou codées*

(1) *représentant la configuration tridimensionnelle des couches qui composent un produit semi-conducteur ;*

(2) *dans laquelle chaque image reproduit le dessin ou une partie du dessin de la surface du produit semi-conducteur à n'importe quel stade de sa fabrication ».*

²⁶ Cf. infra n°557s.

1- Le droit de la propriété intellectuelle : un droit bigarré

14. Un simple regard sur la structure du Code de la propriété intellectuelle suffit à convaincre de la nature protéiforme de la matière²⁷. La variété des domaines est telle que l'on peut valablement se demander si une appréhension globale est possible. Un auteur a même pu éprouver un « *sentiment de diversité sinon de désordre* »²⁸. Notre parti est d'essayer de dégager une définition opératoire de la notion de création.

Il reste cependant à déterminer si l'ensemble des domaines que recouvre le Code repose sur une idée pré-requise de création. A ce titre, l'ensemble des matières qui relèvent du Code ne tombe manifestement pas sous le coup d'une telle exigence.

15. Le droit des marques a ainsi soulevé une discussion sur ce point. La marque est définie comme étant « *un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* »²⁹. De « *pratique immémoriale* », la marque est, d'un point de vue tant anthropologique que sociologique, une « *empreinte visible de la personne sur la chose* »³⁰. Une telle subjectivisation primitive de la chose par une marque d'appartenance relève-t-elle néanmoins de la création ? Une partie de la doctrine a pu soutenir l'affirmative, partant du principe que l'exigence de distinctivité de la marque supposait un effort de création, implicitement du moins, car résultant semble-t-il du dépassement des contraintes posées par la liste de l'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle³¹.

Il semble néanmoins qu'il faille distinguer le signe considéré en tant que tel d'une part, et le signe considéré en tant que marque d'autre part. S'il est indéniable que la recherche

²⁷ Le Code embrasse ainsi la propriété littéraire et artistique (comprenant le droit d'auteur, les droits voisins, les droits de producteurs de bases de données), la propriété industrielle (incluant les dessins et modèles, les brevets et certificats d'utilité, les secrets de fabrication, la protection des topographies de produits semi-conducteurs, ainsi que les obtentions végétales), ainsi que les marques et dénominations (marques de fabrication, de commerce ou de service, ainsi que les appellations d'origine contrôlée). En outre le Code règle différentes questions relatives aux actions destinées à protéger ces droits, à l'organisation de diverses institutions (sociétés de perception des droits pour le droit d'auteur, l'institut national de la propriété industrielle, le comité de protection des obtentions végétales) ainsi que de l'organisation de la profession de conseil en propriété industrielle.

²⁸ Jacques Raynard : *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, p.527.

²⁹ Art. L.711-1 CPI.

³⁰ Jean Carbonnier, : *Flexible droit*, L.G.D.J. 10^{ème} édition, p.195.

³¹ Sont de cet avis : Jacques Raynard : Art. préc. spécialement p.539 ; Michel Vivant : *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in mélanges Françon, Dalloz 1995 p. 415 ; Sophie Alma-Delette : *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse, Montpellier I, 1999, n°63 et suivants p.55.

du signe en tant que tel peut donner lieu à une véritable création³², le signe considéré en tant que marque ne suppose pas un tel effort. Cela est d'autant plus observable que le droit ne naît pas d'une chose nouvelle, mais du dépôt d'un signe qui peut être connu. Peu importe dès lors que « *les termes choisis comme marque ne soient pas le fruit d'une œuvre d'imagination et soient déjà tout à fait connus ou même courants et appartiennent au langage usuel* »³³. Le signe en tant que marque ne suppose donc, en soi, aucune plus-value résultant d'un effort de création³⁴, et ce sans préjudice d'un éventuel droit d'auteur sur le signe en tant que tel. En outre, une recherche de créativité dans la marque supposerait que le droit des marques fasse une place au créateur de celle-ci, si modeste fut-elle (comme c'est le cas en matière de brevet de salarié par exemple). Or le droit des marques n'envisage que le seul rapport entre la marque et son détenteur légitime et non un éventuel rapport de création initial. Pour ces raisons, le droit des marques ne paraît pas avoir partie liée avec la notion de création.

16. Poursuivant un objectif d'identification similaire, les appellations d'origine sont évoquées au détour d'un titre II du livre VII se bornant à reprendre la définition posée par l'article L.115-1 du Code de la consommation et renvoyant, pour le reste, au dit Code. Il va presque de soi que, ne remplissant qu'un rôle de détermination géographique d'un produit qui est originaire d'un pays, d'une région ou d'une localité, les appellations d'origine n'entretiennent aucun lien avec une quelconque création préalable. Bien que relevant, matériellement du moins, du domaine de la propriété industrielle³⁵, les appellations d'origine renvoient à des caractéristiques naturelles ou humaines du secteur géographique considéré³⁶. Elles ne ressortent donc pas d'une quelconque création.

17. La création suppose une manifestation de volonté du créateur en vue de la production d'une chose. A ce titre doivent nécessairement être écartées toutes les choses qui résultent d'une simple découverte, autrement dit de la simple mise en évidence d'un existant préalable.

³² Que l'on songe par exemple au développement des logos par les bureaux de graphistes auxquels font très souvent appel les entreprises soucieuses de promouvoir une nouvelle activité ou de rafraîchir leur image.

³³ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°981, p.548.

³⁴ En ce sens : A. et H.-J. Lucas : n°24 p.34 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°15, p.6 : « *Les droits exclusifs d'exploitation ne visent pas, ici, à encourager la création mais seulement à assurer l'ordre dans les relations entre concurrents et une certaine information de la clientèle en permettant aux agents économiques d'identifier leurs produits, services ou entreprises et de les distinguer ainsi de ceux des concurrents* », et les auteurs de renvoyer à la définition de l'objet de la marque selon deux arrêts de la CJCE des 31 octobre 1974 et 23 mai 1978.

³⁵ Art. 1^{er}, 2^o) de la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883. CA Paris, 15 décembre 1993, J.C.P. 1994 éd. E, panorama n°1, II, 540 note Frédéric Pollaud-Dulian ; D. 1994, jur. p.145, note Philippe Le Tourneau ; PIBD 1994, 560, III, 92 ; RDPI 1993, n°50, p.61.

³⁶ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°1396 et suiv. p. 851 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°611 et suiv. p.251.

C'est un semblable argument qui a, entre autres, motivé l'exclusion d'une propriété scientifique à propos des découvertes mises à jour par les sciences expérimentales, découvertes naissant de la simple observation des effets d'une manipulation ordonnée selon un plan méthodique préalable³⁷. De ce point de vue, une catégorie d'objet peut néanmoins poser une difficulté.

Une obtention végétale est en effet définie comme étant une « *variété nouvelle, créée ou découverte* »³⁸. Le Code vise donc expressément un objet résultant d'une simple découverte et pouvant donner lieu à un monopole d'exploitation. L'alternative entre création et découverte est ici significative car il semble qu'il faille y voir une irréductible opposition dans l'esprit du Code³⁹. Ne peut-on y voir une timide incursion d'une possible propriété scientifique sur une découverte de nature végétale ? N'y aurait-il pas une sorte de récompense de l'investissement consacré à cette découverte ? Toujours est-il que, en tant que création, une obtention végétale ressort de notre domaine d'investigation. En tant que découverte, elle en est nécessairement exclue.

18. Concernant ces objets très spécifiques que sont les topographies de produits semi-conducteurs, le Code ne laisse pas de place à l'incertitude concernant l'exigence préalable de création. L'article L.622-1 du Code de la propriété intellectuelle accorde en effet protection à une topographie dès lors qu'elle traduit « *un effort intellectuel du créateur* ». Même si « *l'exigence d'effort intellectuel n'est pas à confondre avec la notion d'activité inventive comme en matière de brevet, ni avec celle d'originalité [que] connaît le droit d'auteur* »⁴⁰, le législateur se place bien dans une logique d'exigence créatrice, par l'intervention d'un « *effort intellectuel* ».

19. Concernant enfin les régimes du droit d'auteur et droits voisins, des dessins et modèles, ainsi que des brevets (et certificats d'utilité), nous dirions simplement qu'ils sont le fondement de notre recherche. Ils recouvrent en effet, tant en termes quantitatifs que qualitatifs, le domaine prééminent de la création humaine. Tous ces régimes, à des degrés divers,

³⁷ Le droit des brevets exclue expressément de son champ d'application les découvertes ainsi que les principes scientifiques et méthodes mathématiques (art. L.610-11, 1° a) CPI). Le droit d'auteur procède à une similaire exclusion, à la remarque près qu'un écrit scientifique exposant une découverte est, quant à lui, protégeable (art. L.112-2, 1° CPI).

³⁸ Art. L.623-1 CPI. La définition est « *retrogradée* » à l'article L.623-2 dans le projet de loi adopté le 2 février 2006 en première lecture au Sénat. Cf. A. Chavanne et J.-J. Burst : n°653 p.370 qui observent « *avec intérêt* » cette distinction.

³⁹ Déjà exposée par les livres I et VI.

⁴⁰ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°710 p.395.

prennent en considération un lien entre un homme et une chose née de son labour intellectuel pour y attacher des droits et des obligations. Ils sont, par nature, les régimes organisant le rapport non seulement entre l'homme et « sa » chose, la propriété « *la plus sacrée* »⁴¹, mais aussi l'expression du rapport nécessaire de l'homme créateur avec son environnement social. En outre, la question du droit sur son interprétation d'un artiste-interprète entre de la même manière dans le champ naturel de la réflexion, une interprétation étant nécessairement créatrice⁴². C'est d'ailleurs par la porte de l'œuvre de l'esprit que l'interprétation artistique fit son entrée en droit d'auteur avant la consécration d'un droit voisin spécifique par la loi n°85-660 du 3 juillet 1985⁴³.

Droit d'auteur, droits voisins, dessins et modèles ainsi que brevets constituent donc le cadre de la recherche.

2- L'unité de la notion de création intellectuelle : la démarche adoptée

20. Par delà la multiplicité des créations, il semble qu'il soit possible de trouver dans les différents régimes de protection légaux ainsi que dans leur mise en œuvre jurisprudentielle les caractères communs à l'ensemble de ces créations. Ainsi pourra-t-on démontrer *in fine* l'unité de la notion de création intellectuelle, ce qui suppose que l'on atteigne son cœur, son noyau et tel est précisément le but de la recherche.

21. Pour y parvenir, c'est à une approche concentrique de la notion de création que l'on doit se livrer : partant de l'infini des possibles quant au domaine de l'activité humaine, premier cercle, premier champ concevable de la création, l'appréhension se fera plus précise

⁴¹ Le Chapelier, précité.

⁴² L'interprétation se définit comme le fait de « donner une signification » (dictionnaire Robert). L'interprétation est, partant, nécessairement subjective car une chose n'acquiert une existence que dans un premier acte de cognition de la part d'un sujet, et un sens dans un deuxième acte d'interprétation. On peut néanmoins penser que la simple cognition est, en soi, attributive de sens aux choses car toute connaissance de l'étant est une combinaison du donné (l'objet) et de son explication par une conscience interprétante : « *L'interprète est l'individu particulier engagé dans les processus sémiotiques (...) et cet individu est toujours en quête d'interprétation : (...) le rapport qu'il entretient avec un objet éventuel demande **nécessairement** à être interprété* » (Jean-Marie Klinkenberg : *Précis de sémiotique générale*, Points, p.313), souligné par nous. Aussi l'interprétation suppose-t-elle un choix entre différentes significations possibles. Ce choix s'avère créateur à la différence de la simple mise en évidence des significations. Voir sur ce point la distinction entre interprétation authentique (qui crée) et interprétation non-authentique (qui ne crée pas) opérée par Hans Kelsen in *Théorie pure du droit*, traduction de la 2^{ème} édition par Charles Eisenmann, Bruylant - LGDJ p.335s.

⁴³ Robert Badinter : *Le droit de l'artiste sur son interprétation (l'arrêt Furtwängler)*, JCP 1964, I, 1844.

lorsqu'il s'agira de montrer qu'une création ressort nécessairement du domaine du tangible. Ce n'est qu'à ce prix, en effet, que la création tombera sous l'emprise du droit, soumise à ses catégories et obéissant à ses définitions. L'étude de la notion de création intellectuelle montre en effet que certaines conditions préalables doivent être remplies avant que la création n'accède à la juridicité. A ce titre, la création intellectuelle doit pouvoir être appréhendée de façon tangible, être une réalité tangible, ce qui limite le champ des possibles. Alors seulement elle pourra être considérée comme un bien comportant des caractères juridiques propres qu'il faudra mettre en évidence, avant de pouvoir parvenir à celui qui se trouve au cœur de toute création et qui fait sa spécificité.

22. La notion de création intellectuelle révèle ainsi plusieurs facettes. Elle signale tout d'abord l'activité de l'homme puisqu'elle en est le produit. Elle s'incarne ensuite en une forme pour acquérir la qualité de bien lui permettant d'accéder à la vie juridique. Le droit ne saurait en effet se satisfaire d'évanescence et c'est bien dans l'appréhension première de la matière que la création pourra lui donner prise. Au titre des identités remarquables communes aux objets des propriétés intellectuelles, la création a, en outre, la faculté d'être reproduite sous une forme ou sous une autre. Enfin, et il s'agit de sa caractéristique fondamentale, la création est le fruit de la volonté humaine.

23. Aussi se propose-t-on un voyage du premier cercle jusqu'au dernier, une pénétration progressive de la notion de création pour atteindre, in fine, son noyau, qui révèle le rôle essentiel de la volonté. Le périple, bien qu'il y ait plusieurs cercles, se fera en deux étapes : La détermination du domaine de la création intellectuelle (PREMIERE PARTIE) nous conduira, en resserrant progressivement l'étude, à la détermination de ses caractères juridiques, jusqu'à atteindre celui qui consacrera la spécificité et l'unité de la notion (DEUXIEME PARTIE).

I- Le domaine de la création intellectuelle

II- Les caractères de la création intellectuelle

PREMIERE PARTIE :
LE DOMAINE DE LA CREATION

24. Une approche de la création d'après son domaine constitue le premier cercle de notre investigation. En effet, la création intervient là où se déploie l'activité humaine, ce qui confère à ce premier cercle la plus étendue des circonférences. Ce domaine se compose lui-même de deux cercles concentriques le premier contenant le second : La création ressort de l'activité humaine, activité devant être rendue tangible.

Le Code de la propriété intellectuelle semble offrir une répartition des domaines de la création selon l'art et la technique. Cette distinction classiquement admise dans les traités présente des faiblesses car le champ de l'activité humaine semble difficilement réductible à cette distinction. Aussi paraît-il préférable de distinguer selon que la création est contingentée par sa finalité ou, au contraire, qu'elle est libre de toute finalité.

25. L'activité humaine peut par ailleurs se scinder selon deux autres catégories que l'on peut se représenter selon deux cercles sécants : les activités de la pensée pure et les activités tangibles. L'activité déployée par le créateur doit alors recevoir une traduction sensible à travers la création. En effet, si le domaine de l'activité humaine est théoriquement infini, il ne peut toutefois y avoir création au sens juridique qu'à partir du moment où il y a une communication tangible. L'idée doit s'incarner en une forme imprimée à une matière pour que le droit étende son empire. Une fois objectivée, et seulement à partir de ce passage au monde sensible, la création pourra donner prise au droit.

Le principe d'exclusion des idées du bénéfice d'une appropriation privative ne manque cependant pas de susciter la perplexité. En effet, il semble que le droit brille ici par son incapacité à se saisir des idées et le principe apparaît davantage comme un refus d'admettre cette incurie.

26. Il apparaît donc que, loin de proposer à notre jugement une évidence, l'incarnation du « *fait – création* » en un « *objet – création* » pose davantage de problèmes qu'il n'en ré-

sout. Ainsi la dichotomie traditionnelle entre l'art et l'industrie se trouve-t-elle impuissante à rendre compte de la richesse des activités possibles. De la même façon, la distinction entre l'idée et la forme ne va pas sans poser des difficultés tout en marquant l'exigence fondamentale de matérialisation de la création.

L'unité de la notion de création apparaît toutefois d'ores et déjà : **la création révèle une activité intelligible de l'homme rendue sensible par l'objectivation de la pensée du créateur à travers la réalisation d'un objet.**

Aussi étudiera-t-on le nécessaire dépassement de l'antagonisme classique entre le beau et le technique (Titre I) avant d'envisager l'accession de la création au monde sensible (Titre II).

TITRE I :

Le dépassement de l'antagonisme classique entre le beau et le technique

27. Ce qui fait l'intelligence et la grandeur de l'Homme réside sans doute en ce qu'il a conscience de ses limites. Il éprouve donc la nécessité de les dépasser au moyen d'outils adaptés à ses besoins. La création intellectuelle est au nombre ceux-ci. En effet, non seulement l'Homme conçoit-il dans un but déterminé, mais encore peut-il ne rechercher aucune autre finalité que la simple nécessité de s'exprimer. Le Code de la propriété intellectuelle traduit cette dichotomie en connaissant d'une part des créations à fin utilitaire, et, d'autre part, des créations à visée esthétique.

28. La distinction paraît de prime abord simple et relativement secondaire car il ne semblerait pas que l'on doive ratiociner sur ce qui a l'air de ressortir de l'évidence. Pourtant, « *la distinction entre les créations qui correspondent à un avantage d'utilité, et celles qui répondent à une note d'élégance et à une recherche du goût est fondamentale* »⁴⁴ car il y va d'un impératif théorique catégoriel ainsi que d'un impératif pratique de qualification, car la vocation esthétique ou technique d'une création conduit à la détermination du régime de protection approprié⁴⁵.

La réponse à la question de savoir si la vocation d'une création intellectuelle peut servir de critère de détermination de la nature de celle-ci doit en effet être recherchée dans l'opposition formelle entre propriété littéraire et artistique d'une part et propriété industrielle d'autre part. Une partie de la jurisprudence et de la doctrine opposent ainsi vocation esthétique et vocation utilitaire pour tracer une démarcation. Aussi peut-on tenter de « *déterminer les limites respectives de la protection du beau par rapport à celles du vrai, du bien, de l'utile* »⁴⁶.

⁴⁴ Roubier : t.II, n°128 p.6.

⁴⁵ Certains auteurs proposent ainsi de limiter le bénéfice du droit d'auteur aux créations relevant du domaine des beaux-arts, Cf. infra n°38s.

⁴⁶ René Savatier : *Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, L.G.D.J. 1953, n°95 p.76.

Or la distinction si aisée, *a priori*, entre art et industrie recèle une redoutable difficulté. En outre, s'il paraît couvert par cette dichotomie, le domaine de la création est en réalité loin de s'y limiter.

Un exposé critique de la distinction entre objet d'art et objet d'industrie est nécessaire (Chapitre I) avant de procéder à la recherche d'une systématique dépassant le clivage formel de la distinction (Chapitre II).

CHAPITRE I : Exposé critique de la distinction entre objet d'art et objet d'industrie

29. La distinction classique entre objet d'art et objet d'industrie semble fondée sur une approche déterministe de l'objet-crédation. La clé de répartition est en effet traditionnellement recherchée dans l'opposition entre esthétique et technique, c'est-à-dire selon la fonction de la création qui tantôt exprimerait une information, tantôt mettrait en œuvre une information⁴⁷. Nous envisagerons successivement et de manière critique chacune des catégories.

Paragraphe premier : L'objet à vocation esthétique

30. Le Code de la propriété intellectuelle ainsi que la doctrine opposent de manière formelle la propriété littéraire et artistique à la propriété industrielle. Il paraîtrait donc, *a priori*, possible d'envisager la création intellectuelle sous un angle discriminant entre d'une part les créations à vocation littéraire et artistique et, d'autre part, les autres créations. Cependant, une telle approche s'avère d'emblée délicate dans la mesure où le livre I du Code ne définit à

⁴⁷ Sophie Alma-Delette : Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?, thèse Montpellier I 1999, n°86 p.71.

aucun moment ce que l'on doit entendre par « propriété littéraire et artistique ». Seul est évoqué l'objet du droit sous l'expression « œuvre de l'esprit », résultat de la création d'un auteur.

La loi exclut expressément la prise en considération du mérite de l'œuvre comme condition de la protection par le Code de la propriété intellectuelle⁴⁸. La Cour de cassation déclare ainsi que « *la protection légale s'étend à toute œuvre procédant d'une création intellectuelle originale, indépendamment de toute considération d'ordre esthétique ou artistique* »⁴⁹.

Quelle conclusion peut-on tirer de cette assertion ? D'une part, et sans aucun doute, la cour rappelle utilement le principe selon lequel le mérite ne doit pas être pris en considération en tant que critère de protection de l'œuvre. C'est le sens de l'article L.112-1. Par mérite, on entend généralement **valeur** esthétique ou artistique de l'œuvre. Un tel jugement de valeur de la part du juge est bien entendu interdit par la loi, principe conforté à maintes reprises tant par la Cour de cassation⁵⁰ que par les juridictions du fond⁵¹. Il ne s'agit pas cependant de porter un jugement de valeur sur la création proposée à la protection - ce que l'art. L.112-1 du Code prohibe formellement - mais plutôt de proposer un critère distinctif basé sur la fonction de l'œuvre, permettant ainsi d'effectuer une « opération de *qualification* de l'œuvre de l'esprit »⁵² en vue de la rattacher sûrement au domaine de la propriété littéraire et artistique.

A- Exposé de la catégorie

Aussi bien la loi (1), la jurisprudence (2) que la doctrine (3) semblent confirmer l'idée que la vocation esthétique d'un objet est déterminante lorsqu'il s'agit de choisir le régime de protection approprié.

1- L'invitation textuelle

⁴⁸ Art. L.112-1 CPI, ancien article 2 de la loi de 1957.

⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, Bull. civ. I n°133 p.117.

⁵⁰ Crim. 2 mai 1961, JCP 1961, II, 12242 ; Crim. 13 février 1969, D. 1969, p.323 ; AP 7 mars 1986, 2 arrêts, D. 1986, p.405, Concl. Cabannes et note Edelman, RIDA 1986, 136, note Lucas.

⁵¹ CA Paris, 23 mai 1991, RIDA janvier 1992, p.313.

⁵² Thomas Rabant : *La notion d'œuvre de l'esprit*, thèse, Paris II, 2000, n°364 p.294.

31. Rien dans la partie relative au droit d'auteur ne permet, *a priori*, d'ériger la vocation esthétique d'une création en tant que critère de qualification de celle-ci en œuvre de l'esprit. A y regarder de plus près cependant, certain texte relatif au droit d'auteur suscite l'interrogation.

En effet, l'art. L.112-1 prohibe la prise en compte du mérite en vue de conférer protection à l'œuvre de l'esprit. Ce qu'interdit formellement ce texte c'est la prise en compte du mérite, autrement dit la **valeur** esthétique, de l'œuvre de l'esprit. Ce qu'il n'interdit pas en revanche, c'est de prendre en compte la **vocation** esthétique d'une création non encore qualifiée d'œuvre de l'esprit. La vocation esthétique semblerait dès lors pouvoir jouer comme critère de qualification d'une création en œuvre de l'esprit, dans une acception structurelle discriminante : toute création à vocation esthétique est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur et, corollairement, toute création n'ayant pas une telle vocation se verra refuser la protection.

32. Autrement dit, en recherchant la vocation esthétique d'une création, on se situe en amont du droit d'auteur et de la propriété industrielle, c'est-à-dire dans l'opération préalable consistant à rechercher le rattachement possible de la création à tel ou tel régime de protection. Lorsque sa vocation esthétique est avérée, elle relève alors incontestablement du droit d'auteur. Par la suite, pour être qualifiée d'œuvre de l'esprit, il faudra qu'elle soit originale, mais ceci est une autre histoire.

33. La propriété industrielle nous fournit par ailleurs un fondement autrement plus convainquant. En effet, le droit des brevets exclut expressément de son bénéfice « *les créations esthétiques* »⁵³, ce qui implique que de telles créations relèvent de la protection conférée par le droit d'auteur⁵⁴.

34. En outre, une création ne pourra recevoir la protection particulière des dessins et modèles que si son caractère esthétique est séparable de la fonctionnalité utilitaire⁵⁵. De manière négative, mais relativement peu équivoque, la propriété industrielle invite donc plus sûrement à prendre en considération la vocation esthétique de la création pour sa qualification d'œuvre de l'esprit.

⁵³ Art. L.611-10, 2° b) CPI et art. 52, 2° b) de la convention de Munich du 5 octobre 1973 (CBE).

⁵⁴ Thomas Rabant, : Op. préc., n°365 p.296.

⁵⁵ Art. L.511-8 nouveau du CPI : « *N'est pas susceptible de protection : 1° L'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit (...)* ».

2- L'approbation jurisprudentielle

35. Les juges se prononcent relativement souvent à propos de la vocation esthétique d'une création donnée, en particulier lorsque celle-ci est susceptible d'avoir pour vocation une application industrielle.

Ainsi les magistrats recherchent-ils, en application de l'ancien article L.511-3 alinéa 2 du Code de la Propriété intellectuelle si la forme que l'on se propose de protéger par le droit des dessins et modèles est le résultat d'une recherche esthétique ou si au contraire elle est inséparable de la fonction utilitariste de l'objet. La Cour de cassation exerce son contrôle sur le point de savoir si les juges ont effectué cet examen⁵⁶. La création dépourvue de « *caractère esthétique ou ornemental* » et dont « *les formes déposées ne remplissent qu'une fonction technique* » n'est donc pas susceptible de protection sur le terrain des dessins et modèles⁵⁷, et encore moins sur celui du droit d'auteur en vertu du principe de l'unité de l'art⁵⁸.

36. Cette recherche se traduit par différentes formulations émaillant la jurisprudence et tournant autour de la vocation esthétique de la création. L'on peut citer, pêle-mêle, l'exigence de « *parti pris esthétique* »⁵⁹, de « *forme esthétique* » et de « *travail esthétique arbitraire initial* »⁶⁰, de « *recherches d'ordre artistique* » du « *souci d'esthétique* » de l'auteur ou de sa « *volonté de recherche esthétique* »⁶¹, de « *fruit d'une recherche esthétique (en sorte que) ce dessin n'est pas indissociable du résultat industriel recherché* »⁶², de « *nouveauté esthétique* »⁶³ ou encore de « *souci esthétique* »⁶⁴, de « *résultat esthétique certain* »⁶⁵, voire de

⁵⁶ Com. 28 janvier 2003, inédit, pourvoi n° 00-10657, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr> : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher pour chaque modèle si les éléments argués de contrefaçon revêtaient un caractère original dissociable de la fonction technique ou utilitaire, constituaient une création révélant la personnalité de son auteur, la cour n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

⁵⁷ CA Versailles 14 janvier 1999, Gaz. Pal. 15 avril 2000 p.23. En l'espèce la création déposée reprenait les éléments d'un brevet tombé dans le domaine public depuis 1931. La nullité du dépôt intervient du double chef de défaut de nouveauté ainsi que du défaut de caractère esthétique ou ornemental propre.

⁵⁸ Art. L.112-1 CPI, cf. infra n°88s.

⁵⁹ CA Paris 31 janvier 2001, Gaz. Pal. 2 août 2001 p.25 ; CA Paris 14 février 2001, Gaz. Pal. 2 août 2001, note A. Le Tarnec.

⁶⁰ CA Paris, 11 octobre 2000, Gaz. Pal. 2 août 2001 p.30.

⁶¹ Cf. Thomas Rabant, précité, n°367 p.298 et la jurisprudence citée.

⁶² CA Paris, 13 juin 1985, Ann. Prop. Ind. 1986, p.180 à propos d'un modèle d'accoudoirs pour baignoires. La cour déduit la recherche d'un effet esthétique dissociable du résultat industriel de la « *très grande variété des formes* » possibles et fait donc, en l'espèce, application du critère de la multiplicité des formes.

⁶³ CA Paris 8 janvier 1990, D. 1992, Somm. p.311, obs. J.-J. Burst. Nous ne pouvons que relever la maladresse de rédaction consistant à exiger une « *nouveauté esthétique* » pour conférer protection à l'objet. En

« *fonction esthétique* »⁶⁶. Une forme peut également se voir dénier toute vocation esthétique, dès lors qu'elle est « *inséparable du procédé de fabrication employé* »⁶⁷.

37. La Cour de cassation a en outre jugé que l'exclusion de l'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle jouait également pour le droit d'auteur en admettant que le modèle dont les éléments de la forme sont inséparables de ses fonctions utilitaires et dont la combinaison de ses éléments ne peut être dissociée des impératifs techniques ne peut bénéficier du régime de protection des dessins et modèles ni de la protection de la propriété littéraire et artistique⁶⁸. La solution se justifie également au regard de l'article L.611-10 2° b)⁶⁹ qui exclut les créations esthétiques, sans faire de distinction selon qu'il s'agit d'une œuvre de l'esprit du livre I ou d'un dessin ou modèle du livre V.

3- L'aval doctrinal

38. Une certaine partie de la doctrine a adopté une position plutôt radicale concernant la visée artistique du droit d'auteur. Selon ce courant, en effet, la propriété littéraire et artistique a pour vocation de ne protéger que les œuvres de l'art, même si elles ressortent du domaine des dessins et modèles, à moins que le caractère artistique de l'objet soit tel qu'il pourra être susceptible de recevoir la double protection.

l'espèce il avait été tenté de « *prolonger artificiellement la vie d'un brevet tombé dans le domaine public* », la cour rejetant la protection des lois de 1909 et de 1957 au motif que « *les caractéristiques de forme revendiquées sont des caractéristiques fonctionnelles* ».

⁶⁴ CA Paris, 1^{ère} ch. A. 23 octobre 1990, Sté Fotogram-Stone et a. c. La Cité des sciences et de l'industrie, Ann. Prop. Ind. 1992, n°1 p.70 : « *Mais considérant qu'il ne saurait être soutenu qu'il s'agit d'un monument purement fonctionnel dépourvu de tout caractère artistique, alors que le choix de sa forme sphérique et l'emploi sur toute sa superficie d'un matériau jouant le rôle de miroir ne répondent qu'à un souci esthétique portant l'empreinte de la personnalité de son auteur* » (à propos de la commercialisation de cartes postales représentant « La Géode »).

⁶⁵ CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., 15 mai 2003, décision n°2002/00227 disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁶⁶ CA Douai, ch.2 sect.1, 6 février 2003, décision n°2000/1851 disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr> : « (...) *le créateur ayant toute latitude pour déterminer la forme, les dimensions, les matériaux, les proportions relatives de chaque accessoire du vêtement dont la fonction n'est pas exclusivement technique mais aussi esthétique* » (à propos d'un modèle de blouson à l'usage des motocyclistes).

⁶⁷ CA Paris, 11 février 1998, Ann. Prop. Intellectuelle 1998 p.284, à propos d'un modèle de tissus d'aspect « gaufré ».

⁶⁸ Com. 29 mai 1980, Pourvoi n°78-14283, Bull. IV n°216. Décision rendue sous l'empire de l'art. 2 de la loi de 1909.

⁶⁹ Art. 6 de la loi de 1968.

39. Pouillet, traitant de l'indifférence de la destination industrielle d'une création, affirmait ainsi qu'il est « *plus raisonnable d'accepter toutes les œuvres comme œuvres d'art, du moment que les beaux-arts y ont une part, si faible, si chétive qu'elle soit* »⁷⁰. L'auteur justifiait sa position en fustigeant les juridictions qui s'élèveraient en censeurs de l'art pour dénier à l'art appliqué toute vocation à une protection par les droits d'auteur. Mais les arguments portent plutôt sur l'interdiction faite de juger du mérite d'une œuvre et l'opinion fait aujourd'hui figure de dogme. La doctrine contemporaine a partiellement confirmé cette idée.

40. Le doyen Roubier a ainsi pu estimer que seules les créations « *des créateurs d'art pur, dans lesquelles le but exclusif est un effort vers la beauté* » avaient vocation à recevoir la protection de la loi sur la propriété littéraire et artistique, l'œuvre étant « *non orientée vers l'utile, mais seulement vers le beau* »⁷¹.

L'expression d' « *art pur* », si troublante, vise à ne retenir dans le giron de la propriété littéraire et artistique que les créations qui n'ont aucune autre vocation que l'esthétique. L' « *art pur* » désigne sans doute l'esthétique comme fin en soi, et tend à exclure les créations industrielles dotées d'un certain caractère esthétique⁷².

Mais il est possible de discuter sans fin sur le caractère de pureté artistique de tel ou tel produit de l'esprit... sans compter que la pureté, notion éminemment controversée, est en réalité une notion très... subjective⁷³. Roubier en convint d'ailleurs car il opposa « *les créations purement ornementales, relevant de la mode ou du goût, et n'ayant pas par conséquent une valeur d'utilité (...)* »⁷⁴ aux créations « *se traduisant par des résultats utilitaires* »⁷⁵.

41. Robert Plaisant écrivait par ailleurs que « *pour protéger des créations de forme ayant un intérêt commercial, mais sans aucune valeur artistique, le juge en arrive à protéger des créations dans lesquelles on cherche vainement l'originalité esthétique sur laquelle se*

⁷⁰ Pouillet : n°78 p.97.

⁷¹ Roubier : n°214, p.383, souligné par nous.

⁷² Claude Colombet distingue ainsi l' « art pur » qu'il définit comme étant « l'art pour l'art » et l'art appliqué à l'industrie, op. cit., n°31, p.25. V. Yves Gaubiac : *La théorie de l'unité de l'art*, Thèse Paris II, 1980, p.260 : « *L'approche de l'art est incertaine et laisse insatisfait* ».

⁷³ L'art pur se distinguerait donc de l'art appliqué à l'industrie et, peut-être plus largement, de l'art à vocation utilitaire. Mais pourrait-on désigner nombre de « grandes » œuvres au nombre de l'art « pur » ? Un Goya peignait les grandes familles espagnoles et un Mozart composait ses concertos pour gagner de l'argent en sacrifiant par-ci par-là aux goûts de leur public... et quelle plus grande utilité que celle d'une création dont on cherche à subsister par elle ?

⁷⁴ A propos des dessins et modèles, t.II, n°127 p.4, souligné par nous.

⁷⁵ Ibidem.

fonde la propriété littéraire et artistique »⁷⁶. La formule ne peut laisser le lecteur indifférent car cet auteur évoque l'absence de « valeur artistique » de certaines créations à intérêt strictement commercial pour rappeler le décalage, selon lui, entre l'originalité requise implicitement par la loi du 11 mars 1957 et la vocation industrielle, « commerciale » écrit-il, de ces créations.

Il est néanmoins possible de lui opposer l'argument de la théorie de l'unité de l'art, d'une part, et celui selon lequel la loi prohibe la prise en considération du mérite de l'œuvre, autrement dit de sa valeur artistique, d'autre part⁷⁷. On pourrait même aller jusqu'à dire qu'une création totalement originale peut ne comporter aucun intérêt artistique, ce qui rend l'assertion de Plaisant encore moins convaincante. L'auteur ajouta, vingt ans plus tard à propos de la protection des logiciels que, « *en droit d'auteur, on considère que l'originalité doit être de caractère esthétique, même si la loi du 11 mars 1957, art.2, protège quel que soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* »⁷⁸. Il ne fait aucun doute que, pour Plaisant, la propriété littéraire et artistique se doit d'être artistique, c'est-à-dire n'a pour vocation que de protéger des créations dont la visée est essentiellement esthétique⁷⁹.

42. Monsieur Pierre-Yves Gautier propose, quant à lui, de définir l'œuvre de l'esprit comme « *tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-arts* »⁸⁰. La démarche paraît être à contre-pied de celle adoptée par Roubier qui semble exiger un maximum d'effet esthétique pour qu'une création ressorte à la fois des dessins et modèles et du droit d'auteur. Ce que nous propose Monsieur Gautier est ici un « minimum d'effet esthétique » pour qu'une création soit protégeable au titre du droit d'auteur, minimum d'effet la rattachant au domaine des Beaux-arts. L'innovation de la position de l'auteur est ici de proposer un critère discriminant de rattachement de l'œuvre selon lequel si une œuvre ressort du domaine des Beaux-arts elle peut accéder à la protection du droit d'auteur, l'inverse la bannissant irrémédiablement de

⁷⁶ Note sous Crim. 30 octobre 1963, JCP 1963, II, 13950.

⁷⁷ Cf. infra n°582s.

⁷⁸ Robert Plaisant : *Protections juridiques du logiciel*, Gaz.Pal. 1983, 2, 348.

⁷⁹ A noter que dans la plupart des pays de l'Union européenne la double protection ne va pas de soi comme en France. Ainsi, en Allemagne, les créations ressortant de l'« art appliqué » ne sont protégés par le droit d'auteur que si elles sont assimilables à « une œuvre d'art ». La Cour suprême a pu juger que « *la protection par le droit d'auteur est accordée, lorsqu'il s'agit d'une création portant l'empreinte de la personnalité de l'artiste, et dont le contenu esthétique est d'un tel niveau que les cercles intéressés par l'art et assez familiers de la contemplation de l'art peuvent le qualifier de prestation artistique* », cité par François Greffe, note sous Com. 26 mars 2002, J.C.P. éd. E 2002, I, 1043, p.1141.

⁸⁰ Op. cit. n°38 p.64.

la propriété littéraire et artistique. La définition de Monsieur Gautier plaide donc pour une double protection pure et simple des objets à vocation à la fois pratique et esthétique, ce qui se situe dans le droit fil de l'esprit des livres I et V combinés.

B- Appréciation

43. Peut-on affirmer péremptoirement que l'objet proposé à la protection doit nécessairement avoir une telle vocation esthétique ? La cour de cassation refuse que « *toute considération d'ordre esthétique ou artistique* » préside à la protection de l'objet. Il serait alors possible de penser que non seulement le mérite esthétique de l'objet n'a pas à être pris en considération, mais également que la vocation esthétique de l'objet ne semble pas être une condition de protection de la loi sur le droit d'auteur. Il a été montré, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la recherche de la vocation esthétique d'une création ne signifiait pas la recherche d'un mérite esthétique de celle-ci. Deux séries d'observations peuvent néanmoins être formulées à l'encontre de cette opinion.

a)

44. La première concerne le caractère éminemment flou de la notion d'esthétique. L'esthétique, en tant que substantif, est en effet définie en philosophie comme étant la théorie du beau. C'est une branche de la philosophie et non un des Beaux-arts car, ainsi que fait remarquer André Comte-Sponville, « *le concept de Beau n'est pas beau* »⁸¹.

L'adjectif désigne, quant à lui, ce qui concerne le Beau. Mais lorsqu'il est appréhendé par le droit, il a été vu que le caractère esthétique d'une création servait de critère de qualification en œuvre de l'esprit, étant précisé qu'une certaine doctrine a prôné comme exigence sous-jacente l'appartenance de cette création au domaine des Beaux-arts. Une remarque sur chacun des aspects de l'appréhension de l'esthétique par la propriété littéraire et artistique s'impose.

⁸¹ Dictionnaire philosophique, p.215. Le vocabulaire André Lalande définit l'esthétique comme étant la « *Science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du Beau et du Laid* », Puf, p.302.

45. Tout d'abord, le qualificatif aurait un champ étonnamment plus restreint en droit qu'en philosophie. En effet, dans cette dernière discipline, si la terre d'élection du Beau est constituée par l'Art, cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit aussi limitée. Ainsi, pour les philosophes, le Beau est ce qui procure une sensation agréable, « *en soi-même, indépendamment de quelque utilité ou intérêt que ce soit* »⁸². Compris de la sorte, non seulement un tableau ou une statue peuvent être beaux, mais également une pensée, un raisonnement peuvent donner un tel plaisir. Le Beau désigne alors une certaine perfection en toute chose procurant, par sa perfection même, la satisfaction de l'esprit. En outre, « *il n'y a pas de beauté objective ou absolue(,) Il n'y a que le plaisir de percevoir et la joie d'admirer* »⁸³, ce qui rend la perception et le sentiment du Beau très subjectif et donc éminemment relatif⁸⁴.

46. Par ailleurs, le champ du droit d'auteur qui serait celui des Beaux-arts souffre historiquement d'une évolution inapte à fixer de manière quelque peu définitive son domaine⁸⁵. Les premiers textes relatifs au droit des auteurs en tant que tels⁸⁶ distinguaient implicitement entre productions de l'esprit à caractère esthétique et productions de l'esprit sans caractère esthétique⁸⁷. Si le décret de 1791 ne s'appliquait qu'aux seules œuvres destinées à être jouées sur un théâtre, le décret de 1793, lui, protégeait « *les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux* » qui « *jouiront leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou partie* »⁸⁸.

Rien dans le texte de 1793 ne permettait de cantonner la protection de la loi aux créateurs d'objets à vocation esthétique. C'est pourquoi la jurisprudence a d'abord interprété la formule « *écrits en tous genres* » comme s'entendant de toute expression littérale dès lors qu'elle révèle, de la part de son auteur, un « *travail de l'esprit* ». Ont pu ainsi être protégés des écrits techniques⁸⁹, des catalogues, des almanachs, des annuaires⁹⁰, des abrégés, des ta-

⁸² André Comte-Sponville : op. cit. p.83. « (...) pour donner à quelque chose le nom de beauté, il faut qu'elle vous cause de l'admiration et du plaisir », Voltaire, Dictionnaire philosophique, article « *Beau, Beauté* ».

⁸³ Ibidem, p.84.

⁸⁴ « *Il conclut, après bien des réflexions, que le beau est très relatif, comme ce qui est décent au Japon est indécent à Rome, et ce qui est de mode à Paris ne l'est pas à Pékin ; et il s'épargna la peine de composer un long traité sur le beau* », Voltaire, Ibidem.

⁸⁵ Olivier Laligant : *La Révolution française et le droit d'auteur*, R.R.J. 1989-2 p.343.

⁸⁶ Les décrets des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793.

⁸⁷ Olivier Laligant : Ibidem.

⁸⁸ Art. 1^{er} du décret du 19-24 juillet 1793.

⁸⁹ T. correct. de la Seine, 2 février 1912, Ann. Prop. Ind. 1912, 190.

⁹⁰ CA Paris, 18 décembre 1924, DH 1935, 30.

bleaux synoptiques, des tables des matières, etc.... autant d'objets qui, en soi, ne participent pas d'une recherche esthétique⁹¹.

47. Par la suite, la jurisprudence a étendu la notion d' « *écrit en tous genres* » aux œuvres orales, qu'elles aient ou non une finalité esthétique, tels que les discours, sermons⁹², plaidoiries⁹³, cours⁹⁴, etc.... suivant en cela la pensée de Renouard qui mettait en avant le fait que « *lorsqu'on sort de l'interprétation judaïque de quelques termes équivoques pour s'élever jusqu'à l'esprit de la législation, on reconnaît de suite que l'auteur d'une production orale a seul le droit de la publier par la voie de l'impression* »⁹⁵. Plus récemment, ce fut par la porte de l'écrit que le logiciel fit son entrée en droit d'auteur.

48. Il faudrait, pour achever de relativiser les notions d'art et d'esthétique, relever qu'en outre le rapport de l'homme à l'art n'a pas été constant au fil des siècles. Tantôt expression d'une perfection de proportions, tantôt intégré à l'artisanat et donc renvoyant à une grande habileté technique, tantôt transcendant, tantôt immanent, l'art n'a jamais fait l'objet d'une conception univoque dans l'histoire de l'humanité⁹⁶.

Que l'œuvre d'art soit imitation ne retenant que l'essence du modèle (Aristote) et qu'à ce titre elle soit nécessairement mensongère, les artistes n'étant que de simples imitateurs traduisant une apparence sans traduire une essence⁹⁷, qu'elle soit une image de l'intelligible car « *la forme est dans la pensée qui la conçoit avant que d'advenir à la pierre* »⁹⁸, l'œuvre d'art a longtemps été entendue comme une représentation de la nature. Dépassant la vision classique d'un art représentatif, Schopenhauer pensait, lui, que l'art révèle la nature plus qu'il ne l'exprime en réalisant un pressentiment, l'Idée, qui « *se dégage a priori et qui, en cette qualité, rejoint et complète les données a posteriori de la nature* », condition de son passage dans le domaine de l'art⁹⁹. A moins que « *la règle du beau n' (apparaisse) jamais que dans l'œuvre, et y reste prise, en sorte qu'elle ne peut servir jamais, d'aucune manière, à faire une*

⁹¹ A pu être condamné le contrefacteur d'une simple notice sur le clysopompe, T. correct. de la Seine, 29 janvier 1836, Gazette des Tribunaux du 30 janvier 1836, cité par O. Laligant, article précité p.358.

⁹² CA Lyon, 17 juillet 1845, DP 1845, 2, 128.

⁹³

⁹⁴ CA Paris 1838, cité par Dalloz, *jurisprudence générale*, t.38, 1857, *propriété littéraire* n° 129. Trib. civ. de la Seine, 9 décembre 1893, DP 894, 2, 262.

⁹⁵ Cité par O. Laligant, article précité, p.359.

⁹⁶ V. Yves Gaubiac : La théorie de l'unité de l'art, thèse précitée, p.270 et suivantes.

⁹⁷ Platon : *La République*, livre X.

⁹⁸ Plotin : *Ennéades*, Du beau intelligible.

⁹⁹ Arthur Schopenhauer : *Le monde comme volonté et comme représentation*, traduction par A. Burdeau, revue par Richard Roos, Puf, p.286.

autre œuvre »¹⁰⁰ ? L'art doit-il exprimer quelque chose de préexistant ou au contraire doit-il provoquer une réaction *a posteriori* ? Autant de questionnements, autant de conceptions de l'art dans lesquelles chacun peut ou peut ne pas se reconnaître sans que jamais se dégage une définition satisfaisante et « *provisoirement définitive* » de l'œuvre d'art¹⁰¹.

Il paraît donc à priori improbable, et le législateur s'en est bien gardé, de donner une liste limitative de créations protégeables par le droit d'auteur fondées sur un critère tel que l'appartenance aux Beaux-arts. Pouillet reconnaissait d'ailleurs qu' « *il est impossible de donner une définition exacte de ce qui constitue l'œuvre artistique ou littéraire* »¹⁰². Il semble plus raisonnable de s'en tenir à une recherche d'originalité, seul critère susceptible, à notre sens, de qualifier une œuvre de l'esprit. A ce titre, les critiques formulées à l'encontre de l'introduction récente de certaines créations dans le livre 1^{er} du Code semblent porter à faux au regard de ce critère de l'esthétique.

b)

49. La seconde observation porte sur des créations considérées comme perturbatrices¹⁰³ du droit d'auteur. Celles-ci ont été soit intégrées par le législateur dans le Livre I en dépit de leur étrangeté au regard du critère de la vocation esthétique, soit protégées sur le même fondement par la jurisprudence n'effectuant qu'un simple contrôle d'originalité, sans se préoccuper d'une éventuelle vocation esthétique. Ces créations, perturbatrices ou révélatrices selon le point de vue, sont reconnues par la grande majorité de la doctrine comme ayant une vocation technique et certains n'hésitent pas à les qualifier d'anomalies du droit d'auteur.

50. La littérature surabondante relative aux logiciels est révélatrice des malaises qu'a pu provoquer et que continue de provoquer leur protection par le droit d'auteur. Ce type de création subit en effet une véritable crise identitaire : ambivalents de par leur fonction et leur nature d'œuvre de l'esprit, les logiciels peuvent « *a priori prétendre à la fois au bénéfice du brevet d'invention et à celui du droit d'auteur* » mais ils ne peuvent « *trouver commodément [leur] place ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux branches de la propriété intellec-*

¹⁰⁰ Alain : *Système des beaux-arts*, Liv. 1^{er} chap. VII, « *De la matière* », Gallimard, p.38.

¹⁰¹ Sur une évolution historique de la conception de l'œuvre d'art, cf. Yves Gaubiac, thèse précitée, p. 270 et suivantes.

¹⁰² Pouillet : n°19 p.41.

¹⁰³ D'aucuns préfèrent parler de créations révélatrices, en ce sens que la crise subie par le droit d'auteur permet d'en tester les limites et de s'interroger sur son identité, son efficacité et ses objectifs.

tuelle »¹⁰⁴. Le législateur, en optant pour un régime spécifique au sein du Livre I n'a fait que prendre parti pour un relatif moyen terme, solution qui a pu être qualifiée de « *subterfuge* »¹⁰⁵. Il est en effet remarquable que, du point de vue de la vocation esthétique supposée de toute œuvre de l'esprit susceptible de recevoir protection au titre du Livre I, les créations logicielles portent cruellement à faux. La vocation d'un programme d'ordinateur ne s'analyse-t-elle pas comme étant un « *procédé permettant de tirer parti des ressources de la machine (l'ordinateur) en vue d'un résultat déterminé* »¹⁰⁶ ?

La question, « résolue » hier et sérieusement reposée aujourd'hui de la brevetabilité du logiciel traduit bien cette complexe pathologie et l'inadaptation du droit d'auteur, même aménagé, pour régir pareille création¹⁰⁷. En admettant, au prix de contorsions et de négations diverses, la vocation esthétique du logiciel, son appréciation en tant qu'œuvre de l'esprit pose de redoutables difficultés quant à la détermination de l'originalité requise pour sa protection, ce qui paraît là encore symptomatique. Doit-on considérer le logiciel comme une « création périphérique » pour conserver la cohérence du droit d'auteur ? Ce serait « *un peu facile* » ! Le logiciel nous invite, nous impose même, à repenser le droit d'auteur, peut-être en l'affranchissant de cette belle et romantique vocation esthétique de la création. Décidément, l'informatique est réellement une épreuve de vérité pour le droit d'auteur¹⁰⁸.

51. Le même type de remarques est valable pour les bases de données. Protégées en tant qu' « *anthologies* » ou « *recueils d'œuvres ou de données diverses tels que les bases de données* »¹⁰⁹, le seul critère proposé par la loi réside dans le choix ou la disposition des matières qui est censé révéler la personnalité de l'auteur. L'analyse selon laquelle seule est protégée l'architecture de la base¹¹⁰ relègue à un plan indéfini le caractère éventuellement esthétique de celle-ci. Ce qui va déterminer la protection de la base de données sur le terrain du

¹⁰⁴ André Lucas in *Droit de l'informatique et de l'Internet*, par MM in André Lucas, Jean Devèze et Jean Frayssinet, Puf, collection Thémis droit privé, 2001, n°511 p.304.

¹⁰⁵ Michel Vivant et Christian Le Stanc : *Lamy Droit de l'informatique*, 2000, n°194.

¹⁰⁶ André Lucas, précité, n°511 p.303. Pierre-Yves Gautier le définit également comme un « *programme d'instructions générales ou particulières, adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée* », n°81 p.125.

¹⁰⁷ Sur le débat antérieurement à la loi de 1985, V. Desbois, n°38 p.55.

¹⁰⁸ Michel Vivant : *Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique*, in « *L'avenir de la propriété intellectuelle* », actes du colloque du 26 octobre 1992 organisé par l'IRPI, Librairies Techniques, 1993, p.43.

¹⁰⁹ Art. L.112-3 CPI complété respectivement par la loi 96-1106 du 18 décembre 1996 transposant la directive, art.1^{er}, et par la loi 98-523 du 1^{er} juillet 1998, art. 1^{er}.

¹¹⁰ En ce sens V. Michel Vivant : « *Recueils, bases de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne* », D.1995, chron. p.197 ; Gautier n°114 p.169.

droit d'auteur, c'est en fin de compte le classement et l'accessibilité des données contenues dans la base. C'est donc une considération d'ordre pratique qui commande la protection¹¹¹.

51. La vocation esthétique d'une création, si elle permet une orientation préalable vers la protection par le droit d'auteur, ne saurait en soi suffire à expliquer la logique du livre I aujourd'hui¹¹². En effet, nombre d'objets accèdent à la protection sans pour autant revêtir un tel caractère, n'en déplaise aux tenants d'un droit d'auteur classique fondé sur une vision romantique. Sans porter de jugement, le constat s'impose d'un hiatus entre les textes et la pratique du droit d'auteur d'une part, et sa prétendue idéologie d'autre part. Un décalage similaire existe dans le domaine des créations à vocation utilitaire.

Paragraphe second : L'objet à vocation utilitaire

52. Par opposition à la recherche d'une vocation esthétique, la création intellectuelle peut avoir une vocation utilitaire ou, ce qui semble être synonyme en doctrine, une vocation technique ou encore une finalité industrielle.

La technique s'entend de plusieurs façons, notamment dans le domaine de l'art où il est fait la part entre ce qui ressort des procédés employés pour atteindre la réalisation de la création et ce qui ressort du pur domaine esthétique. Ainsi peut-on définir la technique par l'ensemble des procédés employés à produire un résultat déterminé, peu important, ajoutons-nous, la nature de ce résultat¹¹³. Etymologiquement cependant, la racine grecque *technê* renvoie aussi bien à l'art qu'au métier. Aussi se propose-t-on de se rattacher à une définition plus courante et plus précise de la technique désignant les « *méthodes organisées qui reposent sur une connaissance scientifique correspondante* »¹¹⁴.

¹¹¹ Sans parler de la protection « *sui generis* » accordée pour une présentation qui « *atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* » (art. L.341-1 CPI) dont la philosophie est aux antipodes de celle du droit d'auteur classique.

¹¹² Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 juin 1985 semblerait avoir amorcé le virage mais il demeure bien seul : « *La protection de la loi de 1957 ne nécessite pas le caractère « esthétique » relevé à tort par les premiers juges* ». Ann. prop. ind. 1986 p.296.

¹¹³ André Lalande : Vocabulaire technique et critique de la philosophie. Définition du Petit Robert : *Ensemble de procédés employés pour produire une œuvre ou obtenir un résultat déterminé.*

¹¹⁴ André Lalande : op. cit.

La technique ainsi définie désigne dès lors tout ce qui relève de la manière d'atteindre un résultat, par opposition au traitement artistique de tel objet : la manière opposée à l'art ou, d'une certaine façon, le reproductible opposé à l'unique¹¹⁵. Partant d'une telle appréhension, la technique ne saurait être qu'utile, autrement dit, elle ne peut en aucun cas être gratuite. Or « nous appelons quelque chose bon à... (utile) lorsque cela ne nous intéresse que comme moyen »¹¹⁶. L'utile a donc sa valeur non en soi mais comme moyen d'une fin. La technique, utile par définition, trouve donc sa valeur comme moyen. L'esthétique peut, tout au contraire être considérée comme une fin en soi, la simple recherche du beau pour le beau, l'esthétique comme simple moyen d'elle-même, l'esthétique pour soi¹¹⁷.

53. L'appréhension d'une création intellectuelle selon le critère de la vocation technique reviendrait à étudier celle-ci non pas en tant que telle, mais en tant que moyen d'un résultat, lequel résultat peut à son tour n'être que le moyen d'un autre résultat. Ce qui définit en fin de compte une création à vocation technique, c'est la mise en œuvre de cette création et non la création en soi¹¹⁸. Cette mise en œuvre intervient à deux niveaux relevant tous deux de la vocation utilitaire de la création considérée : un niveau inférieur, primaire, celui de l'« utilitarité »¹¹⁹ industrielle de l'objet considéré (1), puis un niveau supérieur, celui de l'« utilitarité » sociale de la création à vocation technique (2).

A- Exposé de la catégorie

1- L'« utilitarité » technique

54. Martin Heidegger concevait la technique comme un dévoilement compris comme une « *interpellation pro-voquante* » accomplie par l'homme « *partout où (il) ouvre son œil et son oreille, déverrouille son cœur, se donne à la pensée en considération d'un but, partout où*

¹¹⁵ A noter que la valeur juridique et économique d'une création intellectuelle repose sur sa reproductibilité, alors qu'il a pendant longtemps été soutenu que, en matière d'art, l'unicité faisait la valeur artistique. Cette dernière « vérité » a volé en éclat avec le « *pop art* » d'Andy Warhol.

¹¹⁶ Emmanuel Kant : Critique de la faculté de juger, I, 1, §4.

¹¹⁷ Cf. infra n°100s.

¹¹⁸ « Car le brevet qui constitue un monopole d'exploitation, suppose, par son essence même, qu'il y a quelque chose à exploiter, qu'il y a donc matière à industrie », Roubier, t.II, n°127 p.5.

¹¹⁹ Néologisme par lequel nous entendons la vocation utilitaire.

il forme et œuvre, demande et rend grâces »¹²⁰. L'auteur appelle « arraisonnement » cet « appel pro-voquant » : c'est l'interpellation qui requiert l'homme, autrement dit « *qui le provoque à dévoiler le réel comme fonds dans le monde du commettre* »¹²¹. Aussi, et toujours selon Heidegger, l'essence de la technique moderne réside dans l'arraisonnement. Celui-ci n'est rien de technique, il est « *le mode suivant lequel le réel se dévoile comme fonds* »¹²².

55. La vocation technique d'une création se manifeste de prime abord par son utilité au sein de l'industrie¹²³. La technique serait, en ce sens, définie comme un « *ensemble de procédés bien définis et transmissibles, destinés à produire certains résultats jugés utiles* »¹²⁴. A cet égard, il est traditionnellement enseigné que, pour être brevetable, une invention doit être industrielle dans son caractère et dans son application¹²⁵.

L'état initial de la loi de 1968 réputait industrielle « *toute invention concourant dans son objet, son application et son résultat, tant par la main de l'homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques* »¹²⁶. Moins contraignant, le Code n'exige plus qu'une simple application industrielle qui sera acquise si l'objet de l'invention « *peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* »¹²⁷. La loi reprend en cela textuellement l'art. 57 de la CBE. Or, selon l'OEB, le terme *industrie* doit être pris dans un sens large comme relevant de l'exercice de toute activité de caractère technique¹²⁸.

56. L'« utilitarité » industrielle semble donc se définir non seulement par la vocation technique de l'objet¹²⁹ mais également par son mode d'exploitation. L'OEB a ainsi précisé que le sens implicite de la Convention semblait être qu'« *une invention doit présenter des caractéristiques techniques* »¹³⁰ et que ce caractère technique devait s'entendre comme une exi-

¹²⁰ Martin Heidegger : *La question de la technique*, in essais et conférences, trad. André Préau, tel Gallimard, p.25.

¹²¹ Ibidem p.27.

¹²² Ibidem p.32.

¹²³ Par industrie il faut bien évidemment comprendre « secteur technique de l'activité économique » et non « activité » au sens large, car l'art relève également, dans ce dernier cas, de l'industrie.

¹²⁴ André Lalonde : *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf, p.1106.

¹²⁵ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°17 et s. p.31.

¹²⁶ Art. 7.

¹²⁷ Art. L.611-15 CPI.

¹²⁸ V. Dictionnaire permanent de droit européen des affaires, t.1, Brevets, feuillet 41, n°50 p.749. V. également Chambre des recours techniques de l'OEB, décision du 1^{er} juillet 1998 T 1173/97 – 3.5.1, JOOEB octobre 1999 p.609 et décision T 935/97 non publiée au JO.

¹²⁹ Il en est ainsi, par exemple d'un procédé de stabilisation des nitrites et polynitrites d'alkyles inférieurs, CA Paris, 20 juin 2001, Gaz. Pal. 7-8 juin 2002 p.5.

¹³⁰ Décision de la chambre des recours techniques du 5 octobre 1988, T22/85-3.5.1, JOOEB 1990,12.

gence de brevetabilité¹³¹. La chambre des recours techniques reconnaît néanmoins sans ambages que le critère n'est pas d'une absolue clarté. En effet, selon elle, le « *caractère technique* » doit tout de même être recherché « *en l'absence d'un terme meilleur* »¹³². Plus rare mais non moins importante, la jurisprudence nationale relève le caractère technique de l'invention proposée à la protection¹³³. Ce caractère technique se déduit d'une invention « *manifestement susceptible d'être utilisée dans l'industrie* »¹³⁴ et, plus largement, d'une invention susceptible de fabrication industrielle¹³⁵.

57. Plus subtile est cependant l'exigence de résultat industriel. L'art. 7 de la loi du 2 janvier 1968 originaire exigeait en effet un résultat industriel pour que l'objet puisse recevoir la qualification d'invention. Selon Messieurs Chavanne et Burst, ce résultat ne doit s'entendre que du résultat premier procuré par l'invention¹³⁶. Autrement dit, seul le résultat procuré par l'effet technique que produit un moyen déterminé dans la fonction qui lui est assignée doit revêtir un caractère industriel. Cette exigence paraîtrait abandonnée par le Code ainsi que par le droit international et européen, manifestant ainsi un souci de simplification concernant les critères de brevetabilité d'une invention. La jurisprudence de l'OEB semblerait néanmoins attachée à une telle exigence¹³⁷.

1- L'« utilitarité » sociale

58. Les créations industrielles, bien plus que les créations relevant du livre premier du Code de la propriété intellectuelle, ont une vocation naturelle à « servir », à quelque titre que ce soit, la société. Roubier relève ainsi que, premier droit privatif industriel apparu dans

¹³¹ Décision de la chambre des recours techniques du 8 septembre 2000 T 931/95-3.5.1, JOOEB octobre 2001, Propriété industrielle novembre 2002, commentaire n°77 p.21, note Privat Vigand.

¹³² Décision du 8 septembre 2000 T 931/95 - 3.5.1, précitée. On peut lire dans le point 6 de la décision le paragraphe suivant : « *Il se peut, comme l'affirme le requérant, que la signification du terme « technique » ou « caractère technique » ne soit pas particulièrement claire (...) De l'avis de la Chambre, le fait que le sens exact d'un terme puisse être discuté n'est pas nécessairement en soi une raison suffisante pour ne pas l'utiliser comme critère, surtout en l'absence d'un terme meilleur. C'est là une question que la jurisprudence pourrait clarifier* ».

¹³³ Com. 2 juin 1965, Bull. civ. III, n°354, p.322 ; TGI Paris, 1^{er} octobre 1987, PIBD 1988, 427, III, 56.

¹³⁴ TGI Paris, 12 février 1997, PIBD 1997, 635, III, 361. Où l'on ne peut que remarquer le salutaire recours à l'évidence comme moyen de dire le droit. Peut-être est-il possible d'y voir une contribution à la théorie de l'apparence ?

¹³⁵ CA Paris 30 mai 1997, PIBD 1997, 639, III, 493 réformant TGI Paris 21 janvier 1993, PIBD 1994, 544, III, 308.

¹³⁶ N°20, p.32.

¹³⁷ Décision du 19 mars 1992 T854/90-3.4.1, non publiée ; JCP éd. E 1995, I, 471 n°8, obs. J.-M. Mousse-ron et J.-J. Burst.

l'histoire, le brevet correspond « *sans doute à une idée de justice en faveur du créateur, mais plus encore à une pensée d'intérêt social, pour obtenir, en échange du droit concédé, la révélation du secret de l'invention qui doit profiter au progrès industriel du pays* »¹³⁸.

Cette « utilitarité » sociale de l'objet à vocation technique est manifeste à plusieurs niveaux à commencer par un monopole de courte durée afin de « *ne pas créer trop longtemps d'entraves au progrès industriel* »¹³⁹. La remarque vaut, en principe, tant pour les brevets que pour les dessins et modèles. La théorie de l'unité de l'art vient cependant remettre en cause cette assertion car un dessin ou un modèle peut continuer d'être protégé par le droit d'auteur après l'extinction du droit de nature industrielle si toutefois il s'avère original. Messieurs Vivant et Foyer résumant ainsi la « *règle du jeu* » en matière de brevet : « *exploiter et exploiter d'une manière propre à satisfaire l'intérêt général* »¹⁴⁰.

59. La première manifestation de ce « contrat » entre le breveté et la société réside en ce que le brevet, concédé en échange de la divulgation de l'invention, « *doit livrer l'information que constitue l'invention de manière telle qu'elle soit accessible et réalisable par l'homme du métier* »¹⁴¹. Tel est le sens de l'article L. 612-5 alinéa premier du Code de la propriété intellectuelle. Si l'incertitude dans laquelle l'homme du métier entache la demande d'une insuffisance de description, le breveté n'a pas non plus à faire... « *œuvre littéraire* »¹⁴² ! La solution peut être également justifiée par l'intérêt du développement technique et industriel de la société par l'effet d'émulation que provoque le brevet¹⁴³. Quoi qu'il en soit, puisque le breveté s'engage à divulguer son invention, il est dès lors logique que l'on s'attende à ce qu'il divulgue quelque chose de réalisable¹⁴⁴.

60. Mais l'« utilitarité » sociale du brevet se traduit surtout par une obligation d'exploitation pesant sur le titulaire du brevet¹⁴⁵. Celui-ci doit, par sa propre industrie ou par

¹³⁸ Roubier : t.II, n°127 p.3.

¹³⁹ Roubier, Ibidem.

¹⁴⁰ J. Foyer et M. Vivant : p.279.

¹⁴¹ Michel Vivant : *Savoir et avoir*, in Arch. phil. droit 2003, t. 47, *La mondialisation entre illusion et utopie*, p.333, not. n°7 p.336.

¹⁴² CA Paris, 21 juin 1990, Ann. prop. Ind. 1992, p.306.

¹⁴³ Michel Vivant, article précité : « *Il faut bien comprendre que c'est la justification même de la rente de situation offerte au breveté, qui se voit octroyer une position éminente dans l'attente que la divulgation à laquelle il est contraint permette aux concurrents de dépasser les réalisations mêmes du breveté* ».

¹⁴⁴ Le système américain va jusqu'à exiger la divulgation d'un « *mode de réalisation optimal* », Michel Vivant, précité.

¹⁴⁵ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°267, p.179. Une simple exploitation symbolique ne saurait ainsi être considérée comme satisfaisante : TGI Rennes, 16 novembre 1970, JCP 1971, II, 16852 note Desjeux ; RTD Com. 1971 p.316 obs. Azémat.

le biais de licences d'exploitation, mettre en œuvre la création objet du brevet sous peine de voir son invention faire l'objet d'une licence obligatoire¹⁴⁶, voire une licence d'office si l'absence ou l'insuffisance d'exploitation « *porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public* »¹⁴⁷. La proposition de règlement sur le brevet communautaire du 1^{er} août 2000¹⁴⁸ prévoit également une procédure de licence obligatoire fondée sur le défaut ou l'insuffisance d'exploitation du brevet¹⁴⁹, mais le texte ne prévoit cependant pas de procédure de licence d'office.

61. Une licence dite « *de dépendance* » peut être délivrée dans le cas spécifique d'une invention de perfectionnement. Par hypothèse, une personne réclame et obtient un brevet pour une invention (brevet de perfectionnement) qui vient améliorer une invention préexistante non encore tombée dans le domaine public (premier brevet). Le second breveté ne peut dès lors exploiter son invention sans porter atteinte aux droits du titulaire du premier brevet. L'article L.613-5 met alors en place une procédure de licence obligatoire spécifique lorsque le second breveté n'a pu obtenir l'accord du premier. L'alinéa 2, issu de la loi 96-1106 du 18 décembre 1996¹⁵⁰, prévoit qu'une telle licence sera accordée par le Tribunal de grande Instance « *dans l'intérêt public* », et à condition que l'invention de perfectionnement présente « *un progrès technique et un intérêt économique importants* ».

Semblable disposition est prévue à l'article 21 §2 du projet de règlement communautaire, à quelques différences près : aucune mention n'est faite de l'intérêt public, et il faut que l'invention de perfectionnement « *suppose un progrès technique important, (d') un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le premier brevet* ». Le texte n'est, en l'état, que peu satisfaisant. Mis à part l'ignorance de l'intérêt public, il s'agit de savoir si les conditions de progrès technique et d'intérêt économique sont cumulatives ou al-

¹⁴⁶ Art. L. 613-11 CPI. Le législateur avait d'abord opté pour la déchéance du titre. La sanction, par trop sévère, a été abandonnée au profit du régime de licences obligatoires qui permet à tout tiers de se faire accorder une licence du brevet considéré sous certaines conditions lorsqu'il s'avère que celui-ci n'est pas exploité ou est sous-exploité. Le breveté originaire ne perd pas la possibilité d'exploiter par lui-même (art. 613-13 CPI), ce qui, d'une certaine manière, établit une situation de concurrence.

¹⁴⁷ Art. L.613-18 CPI. Souligné par nous. Le texte prévoit la mise en demeure préalable du propriétaire du brevet « *d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale* ».

¹⁴⁸ Proposition 2000/0177.

¹⁴⁹ Accordée dans des conditions semblables à celles posées par l'article L. 613-11 CPI, c'est-à-dire « *si le titulaire du brevet n'a pas exploité le brevet dans la Communauté dans des conditions raisonnables ou n'a pas fait des préparatifs sérieux et effectifs à cet effet, à moins qu'il justifie son inaction par des excuses légitimes* » (art. 21 §1). A noter cependant que le CPI distingue l'exploitation de l'invention objet du brevet (art. L.613-11 a) de la commercialisation du produit objet du brevet (art. L.613-11b).

¹⁵⁰ Texte modifiant le Code en application de l'accord OMC.

ternatives¹⁵¹. En outre, il reste à déterminer si un intérêt économique « *considérable* » est supérieur à un intérêt économique « *important* », ce qui, au vu du caractère éminemment énigmatique, pour ne pas dire fumeux, des qualificatifs employés, risque de poser problème. Sans doute doit être pris en considération l'impact sur le marché l'exploitation de l'invention de perfectionnement qui, de par le présupposé de progrès technique inhérent au perfectionnement d'une invention déjà exploitée, vient en concurrence directe avec celle-ci. Sans doute l'intérêt général suppose-t-il ici un progrès technique significatif. Toujours est-il que le mécanisme, en droit français du moins, demeure fondé sur l'intérêt de la société via la liberté du commerce et de l'industrie, bien qu'un intérêt privé soit plus immédiatement perceptible¹⁵².

62. A son tour - qu'il détienne son droit en vertu d'une convention ou en vertu d'une décision judiciaire ou administrative¹⁵³ - le licencié est tenu à pareille obligation. Cette obligation essentielle pèse sur le licencié, même en cas de silence du contrat ou de la décision de licence obligatoire sur ce point¹⁵⁴, et il faudra une « *difficulté insurmontable* » d'exploitation pour que le licencié en soit libéré¹⁵⁵. Selon Messieurs Jean Foyer et Michel Vivant, l'introduction dans le contrat de licence d'une clause d'exploitation minimale est donc licite¹⁵⁶. En effet, non seulement une telle clause joue en faveur du concédant qui fait ainsi connaître son invention et qui s'assure un revenu par l'exploitation, mais encore cette stipulation va-t-elle dans le sens de l'intérêt général.

63. L'article L.613-14 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que le retrait de la licence peut être réclamé par le propriétaire du brevet ainsi que par d'autres licenciés s'il s'avère que le titulaire d'une licence obligatoire ne satisfait pas aux conditions auxquelles la licence a été accordée. Ces conditions, énumérées par l'article L.613-12 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle, portent sur la durée et le champ d'application de la licence, ainsi que sur la fixation des redevances. La liste du texte n'est cependant pas limitative et il est possible de considérer qu'un défaut d'exploitation de la part du licencié motive un tel retrait.

¹⁵¹ Elles sont cumulatives dans le texte national.

¹⁵² A. Chavanne et J.-J. Burst : n°377 p.230.

¹⁵³ Les licences obligatoires obéissent globalement, quant à leurs effets, aux mêmes règles que le contrat de licence.

¹⁵⁴ J.-L. Pierre et J. Schmidt-Szalewski : n°271 p.109 ; A. Chavanne et J.-J. Burst : n°342 p.215 ; J. Foyer et M. Vivant : p.443 et la jurisprudence p.448 ; J.-J. Burst : Licence de brevets, J.-Cl. fasc. 491 n°70 et s. et la jurisprudence citée.

¹⁵⁵ La jurisprudence ne considère pas ainsi que des difficultés de mises au point ou qu'une mise en œuvre onéreuse de l'invention sont des difficultés insurmontables, TGI Paris 5 juillet 1984, DB 1986, I, 6 ; PIBD 1985, 360, II, 7 ; Cf. J. Foyer et M. Vivant : p.448.

¹⁵⁶ p.449.

64. Concernant la cession de brevet, la question qui se pose est de savoir si le contrat transmet au cessionnaire l'obligation pesant jusqu'alors sur le cédant. La jurisprudence répond par l'affirmative lorsque le prix de la cession est constitué par une redevance proportionnelle, la sanction d'un tel manquement étant la résolution de la cession aux torts du cessionnaire défaillant¹⁵⁷.

Le TGI de Paris a ainsi pu juger que le cessionnaire, débiteur d'une obligation d'exploitation en raison d'une clause de prix proportionnelle au titre du contrat de cession, ne remplissait pas son obligation lorsque, cédant à son tour le brevet en cause, il ne prévoit pas une telle clause à la charge de son propre cessionnaire¹⁵⁸.

Mais de telles obligations demeurent dans le strict cadre conventionnel et ne s'expliquent que par les mécanismes du contrat : l'exécution de l'obligation de payer le prix suppose, par hypothèse, l'exploitation du brevet puisque le prix est proportionnel à celle-ci et que l'objet de l'obligation du cessionnaire réside précisément dans le paiement du prix, contrepartie de la titularité des droits sur le brevet. Il s'agit donc d'une obligation d'exploitation « *inter partes* », bien différente de l'obligation d'exploitation dans l'intérêt général. Est-ce à dire pour autant que le cessionnaire ne soit pas tenu à exploitation ? Répondre par l'affirmative reviendrait à nier cet aspect fondamental du droit des brevets ainsi que le transfert des droits et obligations intervenant par l'effet de la cession : l'obligation d'exploitation doit donc être considérée comme étant cédée en tant qu'accessoire du titre. Aussi le cessionnaire sera-t-il tenu à l'égard de la société de la même manière que le cédant, sous peine de se voir imposer une licence obligatoire¹⁵⁹. Le cessionnaire n'est plus dès lors considéré comme l'obligé du cédant, mais comme l'obligé de la société dans son ensemble.

Sans doute doit-on distinguer entre la vocation utilitaire de l'invention « en soi » et la vocation utilitaire de son exploitation. Une telle distinction, pour byzantine qu'elle apparaisse revient à distinguer entre l'invention et la pertinence de son exploitation. Si l'exploitation s'avère peu propice, non seulement au breveté, mais également au développement de l'industrie, le titulaire a toujours la possibilité de cesser le paiement des annuités provoquant

¹⁵⁷ A. Chavanne et J.-J. Burst, n°299 p.197 et la jurisprudence citée ; Olivier Lestrade : Cession de brevet, J.-Cl. Fasc. 4730 n°107 et suivants.

¹⁵⁸ TGI Paris 22 mars 2002 Anne Léauté veuve Guigan et a. c/ SARL Icauna et a., Propriété industrielle janvier 2003, commentaire n°1 p.20

¹⁵⁹ A. Chavanne et J.-J. Burst, n°299, p.197.

ainsi la déchéance de son droit et faisant ainsi tomber l'invention dans le domaine public, à condition que cette cessation soit volontaire¹⁶⁰.

65. Toujours est-il que ce qui détermine le caractère utilitaire d'une création c'est son application « concrète », c'est-à-dire l'irréductible lien entre la création et le « *ce pour quoi* » elle a été pensée¹⁶¹. Il reste à déterminer cependant si cette vocation utilitaire est un critère suffisamment déterminant pour permettre une classification nette et précise des créations intellectuelles.

B- Appréciation

66. Tant sur le plan de la technique que sur le plan de sa visée sociale, la vocation utilitaire d'une création ne paraît pas devoir emporter la totale adhésion en tant que critère de qualification. Il apparaît en effet, d'une part, que la notion de technique s'avère être très relative (1), et, d'autre part, que l'utilitarité sociale soit une donnée commune à tous les types de créations (2).

1- La relativité conceptuelle de la notion de technique

Le concept s'avère relatif tant dans sa définition (a) qu'en raison de son ancrage social (b).

a) Un concept relatif dans sa définition même

67. La vocation technique d'une création a pu être définie par son utilité au sein de l'industrie et la vocation industrielle pourrait alors se définir non seulement par la vocation technique de l'objet mais également par son mode d'exploitation¹⁶².

¹⁶⁰ Le défaut de paiement de l'annuité ou de la seule surtaxe fait ainsi présumer la volonté du breveté d'abandonner son droit. Cette présomption est néanmoins une présomption simple car l'art. L.613-22, 2° prévoit un recours gracieux contre la décision constatant la déchéance en vue de faire restaurer les droits du breveté, à condition qu'il « *justifie d'une excuse légitime du non-paiement de l'annuité* ».

¹⁶¹ La création en tant que mise en œuvre d'une information.

¹⁶² Cf. supra n°56.

Mais l'industrie se définit également par opposition à... l'esthétique ! Ainsi l'article L.611-10 2° b) du Code de la propriété intellectuelle déjà rencontré exclut-il vigoureusement les créations esthétiques du champ d'application du droit des brevets et les directives relatives au brevet européen précisent que « *le terme industrie doit être pris au sens large comme l'exercice de toute activité physique à caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts* »¹⁶³.

68. A prendre un peu de recul, un tel système de définitions croisées est préjudiciable à la détermination du domaine précis du droit des brevets. Qu'est-ce que l'industrie ? C'est, nous dit-on, ce qui, d'une part, concourt à la « *production de biens ou de résultats techniques* », et d'autre part, ce qui ne relève pas du domaine des beaux-arts. Dès lors, qu'entend-on par technique ? Il s'agit de la mise en œuvre méthodique de connaissances en vue de produire un résultat utile. Or, par hypothèse, l'utilité dont il est question pour l'heure ne peut être qu'industrielle. L'industrie ne peut donc être ici que technique, et la technique ne saurait être autre chose qu'industrielle... Ne serait-ce que par commodité, nous nous rangerions au jugement du TGI de Paris pour qui une invention « *manifestement susceptible d'être utilisée dans l'industrie* » est susceptible... d'application industrielle¹⁶⁴ !

69. La technique opposée à l'art permettrait en outre de faire la distinction entre la simple habileté du créateur, et le sujet ou la valeur expressive et affective de l'œuvre¹⁶⁵. Or cette acception de la notion de technique s'avère impuissante à fournir une clef de répartition satisfaisante dans la mesure où l'œuvre d'art n'a pas pour vocation, aux yeux du juriste, de provoquer l'affect. En outre, la référence à la « *valeur expressive* » renvoie par trop au talent, au génie, du créateur dont on sait qu'il ne doit pas servir à qualifier la création en œuvre de l'esprit.

70. La frontière entre l'art et la technique, entre les « beaux-arts » et l'« industrie », entre l'utile et l'esthétique, semble, conceptuellement, parfaitement incertaine. Un exemple flagrant de la difficulté rencontrée se retrouve en matière de dessins et modèles. Ces créations de caractère hybride ne sauraient recevoir protection au titre du livre V du Code de la propriété intellectuelle si leurs « *caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction tech-*

¹⁶³ C. IV.4.1., cité par A. Chavanne et J.-J. Burst, n°21 p.34, note 1. Notons d'ores et déjà l'ambivalence de l'emploi de la notion d'art.

¹⁶⁴ 12 février 1997, précité.

¹⁶⁵ André Lalande : *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf p.1105.

nique du produit »¹⁶⁶. Nous verrons à loisir les difficultés rencontrées par le juge pour faire la part entre ce qui relève du caractère esthétique du dessin ou modèle, de ce qui relève du caractère purement technique¹⁶⁷.

71. Que penser en outre de la décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 16 juin 1992¹⁶⁸ ? Cette décision pose, sous le visa de l'article 14bis de la loi du 2 janvier 1968 - devenu l'article L.612-5 du Code de la propriété intellectuelle - le principe qu'« *une invention doit être exposée dans la demande de brevet de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter* » et casse l'arrêt d'une Cour d'appel qui, à la condition de description de l'invention ajoute l'exigence d'un résultat. Un brevet pourrait-il être accordé à une invention qui ne sert à rien ? La réponse doit *a priori* être négative car la Cour de cassation ne stigmatisait que l'ajout d'une exigence à la demande de brevet par les juges du fond. La décision a ainsi pour but d'empêcher la revendication d'un résultat, non de permettre l'odieuse entrée des créations inutiles dans le droit des brevets.

b) Un concept relatif en raison de son fondement social.

72. Relatif en ce qu'il peut être défini par rapport à un concept lui-même éminemment relatif, le concept de technique s'avère également évolutif dans son acception historico-sociale. Ainsi que l'ont démontré Messieurs Pitois et Vivant, la technique est loin d'être un concept uniforme dans le temps et dans l'espace¹⁶⁹ : « *Est technique pour le brevet et les « spécialistes » du brevet ce qui est perçu par ces derniers comme technique. Ce qui manifestement renvoie à une certaine représentation sociale* »¹⁷⁰. Une conception « classique » de la technique conçue comme modalité de production du réel matériel et sensible s'opposerait à une conception nouvelle englobant le développement des connaissances et les manipulations de l'infiniment petit et de l'énergie. A l'instar du malaise éprouvé par le droit d'auteur face à des créations d'une nouvelle époque, le droit des brevets connaîtrait donc une crise conceptuelle face aux données du génie génétique et de la physique quantique.

¹⁶⁶ Nouvel article L.511-8 1°) CPI.

¹⁶⁷ Cf. infra n°92s.

¹⁶⁸ Bull. civ. 1992, IV, n°234 ; JCP éd. E 1993, I, 290 n°16, obs. Mousseron et Burst.

¹⁶⁹ Thierry Pitois et Michel Vivant : *La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif*, Droit et société 1996 p.117.

¹⁷⁰ Thierry Pitois et Michel Vivant : article précité, p.119.

En conclusion de leur article, Messieurs Pitois et Vivant font ce constat désarmant de vérité et d'humilité : « *A la question qu'est-ce que la technique ? il n'y a pas de réponse. Il y a une réponse pour un temps, pour un lieu, pour une certaine compréhension des choses et de l'univers* »¹⁷¹. La notion de technique, comme toute notion, obéit à la règle de la contingence et de la relativité de toute définition. Combien de définitions ont reçu le contrat, la société, la faute, la responsabilité ? Le droit positif n'est-il pas ce droit en vigueur en un endroit et en un temps déterminé ?

Le droit fondé tout entier sur les définitions ne peut donc prétendre à l'immutabilité du marbre, ce qui est heureux, car si la société, complexe et passionnante, pose des problèmes au juriste, celui-ci se doit, en revanche, d'en poser le moins possible au corps social.

2- La fonction sociale n'est pas l'apanage des créations utilitaires

73. Un certain nombre de remarques peut également remettre en cause la vocation d'intérêt général du droit des brevets. Ainsi le changement de sanction du défaut d'exploitation par le législateur de 1968 et le passage d'une déchéance à une licence d'office ou obligatoire semblent prendre davantage en considération un intérêt particulier. En effet, une déchéance du brevet fait tomber l'invention dans le domaine public ce qui, assurément, profite au plus grand nombre¹⁷². L'option pour un régime de licences d'offices ou obligatoires restreint d'autant le champ des intéressés qui seront tenus à verser une redevance au breveté¹⁷³.

74. Encore faut-il qu'une telle licence soit demandée. S'agissant de la licence obligatoire, il faut nécessairement introduire une requête auprès du tribunal de grande instance justifiant que « *le demandeur n'a pu obtenir du breveté une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective* »¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ibidem, p.129.

¹⁷² Encore que l'on puisse penser qu'un breveté décidera de ne pas exploiter une invention au vu du peu d'intérêt qu'elle représente, en fin de compte, sur le marché.

¹⁷³ Art. L.613-12 al. 2 CPI pour la licence obligatoire, art. L.613-18 al. 5 et 6 pour la licence d'office. Dans le premier cas la redevance est fixée par le TGI, celle-ci pouvant par la suite être modifiée par le tribunal sur requête du breveté ou du licencié. Dans le deuxième cas, le TGI fixera le montant de la redevance seulement si aucun accord amiable n'est intervenu préalablement.

¹⁷⁴ Art. L.613-12 al. 1^{er} CPI.

Dans le cas de la licence d'office, une mise en demeure préalable par le ministre chargé de la propriété industrielle est exigée. Sans doute l'intérêt public est-il bien plus manifeste dans la lettre même de l'article L.613-18 et dans les variantes de la licence d'office relatives aux brevets de médicaments¹⁷⁵ et aux inventions intéressant la défense nationale¹⁷⁶. Toujours est-il qu'une licence donnant lieu à perception de redevances par le breveté « défaillant » est choisie de préférence à une déchéance pure et simple qui aurait pour autre mérite d'éviter toute spéculation sur la valeur du brevet le temps plus ou moins long des diverses procédures.

75. En outre, si l'on prend en considération la fonction sociale des créations utiles du fait même de leur utilité, on s'aperçoit que le droit d'auteur est à même de remplir une telle fonction. On le présente souvent en des termes similaires, comme un contrat entre le créateur et la société¹⁷⁷. Le droit d'auteur serait ainsi un trait d'union entre l'intérêt strictement privé du créateur et le droit du public, destinataire naturel de la création¹⁷⁸. C'est pourquoi Renouard estimait qu'une loi sur le droit d'auteur « *ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni celui du public à celui des auteurs* »¹⁷⁹.

Cette médiation revêt, tant en droit d'auteur qu'en propriété industrielle des caractères communs plus ou moins aigus selon le régime considéré tels qu'un monopole temporaire et des palliatifs à l'exercice abusif de ses droits par le titulaire.

L'opposition formelle entre d'une part l'esthétique et d'autre part la technique ne permet donc pas, en dépit d'une doctrine majoritaire en ce sens, de fournir une clef d'ensemble des créations intellectuelles. En effet, chaque concept s'avère en soi très relatif et chacun se définit par opposition à l'autre, d'où le trouble qui en résulte. Sans doute la fonction de la création considérée est-elle un indice permettant son classement dans l'une ou l'autre catégorie, mais il paraît toutefois nécessaire de rechercher une autre systématique libérée du carcan de l'opposition traditionnelle.

¹⁷⁵ Art. L.613-16 CPI.

¹⁷⁶ Art. L.613-19 CPI.

¹⁷⁷ André Bertrand : *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^{ème} édition, Dalloz 1999, n° 1.6 p.79 ; Cf. également Daniel Bécourt : *Le rôle social du créateur*, LPA 1^{er} mars 2001, n°43 p.4.

¹⁷⁸ Thomas Rabant : *La notion d'œuvre de l'esprit*, thèse Paris II, 2000, n°308 et suivants, p.251.

¹⁷⁹ *Traité des droits d'auteur*, t. 1 p.437. Cette « médiation » prend un tour particulier dans le développement récent d'un conflit entre le droit du public à l'information et le droit de l'auteur ou de ses ayants droit.

CHAPITRE II : Recherche d'une systématique et dépassement formel de l'opposition entre objet d'art et objet d'industrie

76. Le dépassement formel de l'opposition entre esthétique et technique peut emprunter plusieurs voies. Certaines paraissent sans issue (paragraphe premier). D'autres au contraire s'avèrent plus séduisantes, et peut-être plus satisfaisantes (paragraphe second).

Paragraphe premier : Les voies sans issue (critères inopérants)

La première tentative consisterait à combiner les critères (A). La seconde s'appuierait sur le régime d'octroi de la protection (B).

A- La combinaison des critères

77. Est-il possible de s'affranchir du clivage traditionnel en essayant, sinon de rapprocher, du moins de combiner, les critères de l'esthétique et de la technique ? La réponse qui n'est pas évidente au premier abord semble néanmoins devoir être négative pour un certain nombre de raisons.

Une création pourrait revêtir tout à la fois un caractère technique et un caractère esthétique. C'est le cas, semble-t-il de tout ce qui touche à l'art « appliqué », c'est-à-dire à la présentation esthétique d'une création utile. La question a déjà été évoquée à propos de la re-

cherche par les tribunaux de la vocation esthétique en matière de dessins et modèles et l'on sait que, de manière irrémédiable, le Code fait nécessairement s'exclure et s'opposer les créations esthétiques et les créations techniques. Ce qui sera protégé au titre des dessins et modèles sera ce qui n'a pas de fonction utile, technique. La création hybride, la création relevant du domaine de l'art appliqué, loin d'inviter au dépassement de l'opposition, ne fait que mieux la stigmatiser.

L'objet d'art serait alors, *a priori*, un objet à vocation esthétique principale et à vocation utilitaire secondaire ou indépendante (la forme ne devant pas être dictée par les nécessités de la fonction de l'objet). Inversement, l'objet d'industrie serait un objet à vocation utilitaire principale (dessins et modèles) voire exclusive (brevets). Mais nous voilà déjà au bout de l'impasse : la protection par le droit d'auteur se justifierait dès lors que la création, par son caractère esthétique, est nécessairement et irrémédiablement exclue du cercle des créations utiles.

Une tentative de conciliation s'avère dès lors tragique dans la mesure où chaque critère est défini par opposition à l'autre, ce qui donne la possibilité de savoir ce que chaque création n'est pas, mais non ce qu'elle est.

B- Le recours à un critère fondé sur le régime d'octroi de la protection

1- L'opposition traditionnelle du fait et de l'acte

78. Il est traditionnellement enseigné que la propriété sur une création intellectuelle naît différemment selon le type de protection recherché¹⁸⁰.

Ainsi, en matière de propriété littéraire et artistique le droit sur la création est accordé du simple fait de la création¹⁸¹. Le droit de l'auteur sur son œuvre ne dépend donc pas de for-

¹⁸⁰ Sophie Alma-Delette : thèse précitée n°33 et suivants p.227.

¹⁸¹ Art. L.111-1 CPI : « 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 opposable à tous ».

malités, il est simplement attaché au fait juridique que constitue l'accession de l'objet créé au monde sensible¹⁸².

Le droit portant sur une invention, au contraire, dépend d'une procédure et d'un formalisme lourds conduisant à l'obtention d'un titre étatique¹⁸³. La protection dépend donc d'un acte juridique délivré par une autorité administrative compétente. Le titre, une fois délivré, est constitutif de droits¹⁸⁴.

Le caractère hybride des dessins et modèles se confirme à travers le régime qui leur échoit : un dépôt est prévu par la loi, mais il n'a qu'un simple effet déclaratif¹⁸⁵. En effet, la double protection par le droit des dessins et modèles et par le droit d'auteur conduit à penser que le droit sur la création préexiste à la formalité de dépôt qui n'est pas une condition de la protection. L'Administration n'ayant qu'un rôle passif d'enregistrement n'interviendrait en rien dans la création d'un droit exclusif, contrairement au brevet, où son rôle actif dans le contrôle *a priori* des critères de brevetabilité lui donne un pouvoir d'attribution¹⁸⁶.

79. Les justifications avancées à cette différence d'approche sont de plusieurs ordres. Le caractère opposé des œuvres de l'esprit et des inventions utiles serait une première raison de conférer à chaque catégorie non seulement ses critères, mais également ses modalités de création des droits¹⁸⁷. En effet, si l'œuvre de l'esprit, qui a vocation naturelle à la publicité se suffit en elle-même pour déterminer l'étendue des droits de son auteur, il n'en serait pas de même pour l'invention qui, par son caractère technique, abscons, vouée à un public restreint

¹⁸² Colombet : n°37 p.32.

¹⁸³ Le brevet reste lié au développement économique et industriel du pays, raison pour laquelle il est un titre étatique manifestant la souveraineté nationale. Ainsi le traité de Washington de 1970 permet-il une recherche unique de nouveauté et éventuellement un examen de brevetabilité, mais la délivrance du titre demeure nationale. La convention unioniste de Paris de 1883 ne crée pas non plus de titre supranational mais instaure une priorité d'un an pour tout breveté d'un état signataire. La Convention de Munich de 1973 n'organise que la délivrance d'un titre européen soumis, dans ses effets, au droit national, des « *brevets nationaux d'origine européenne* », J.-L. Pierre et J. Schmidt-Szalewski n°1090 p.420). Seul le brevet communautaire engendrera un titre réservant l'invention sur l'ensemble des territoires de l'Union européenne (Convention de Luxembourg non entrée en vigueur et projet de règlement de la Commission du 1^{er} août 2000, article premier).

¹⁸⁴ Cela n'empêche pas l'inventeur d'opter pour un autre mode de protection, le secret de fabrique, qui, par hypothèse, suppose une absence de divulgation de la création. Celle-ci demeure dans la stricte sphère privée et sa protection ne découle que de la sanction de sa divulgation : Violation d'une stipulation contractuelle (obligation de non-concurrence, obligation de discrétion), indiscretion extra-contractuelle (parasitisme, concurrence déloyale), voire délit pénal (art. L.612-1 CPI reproduisant l'art. L.152-7 du Code pénal).

¹⁸⁵ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°765 p.426.

¹⁸⁶ Patrice Level : *Les rapports du droit et de la formalité en matière de propriété industrielle*, RTD Com. 1961 p.241. L'auteur faisait remarquer, antérieurement à la réforme de 1968, que l'effet attributif de la formalité était lié au rôle passif ou actif de l'Administration. Ses remarques demeurent valables, dans le sens où le contrôle *a priori* des conditions d'obtention du brevet viennent conforter l'opinion d'un rôle actif de l'Administration relativement à la création d'un droit exclusif sur une invention par la délivrance d'un titre.

¹⁸⁷ Sophie Alma-Delettre : thèse précitée, p.235.

de techniciens et d'industriels, nécessiterait un formalisme et un titre permettant son identification d'une part, et sa publicité efficace d'autre part.

Ce serait cependant faire bon marché non seulement des créations logicielles non soumises à publicité qui ont pour public immédiat un ordinateur, mais également des dessins et modèles, créations soumises à dépôt dont on sait que cette formalité ne confère pas attribution de droits, contrairement au brevet, mais simplement publicité de la création. En outre, pareille justification se réfère aux fonctions et vocations respectives de chaque création. Or, faut-il le rappeler, les définitions traditionnelles des critères de la technique et de l'esthétique s'avèrent impuissantes à systématiser le droit des propriétés intellectuelles en ce début de XXIème siècle.

80. Une justification tirée de la nécessité de la détermination du point de départ des droits dans le temps a pu être également avancée. S'agissant d'un monopole temporaire orienté chacun vers des finalités distinctes et présentées comme radicalement opposées, le droit d'auteur, protection d'une personnalité, s'éteint 70 ans à partir du décès du créateur¹⁸⁸, alors que le droit du breveté s'éteint 20 ans à compter du dépôt de la demande¹⁸⁹. La dissociation du point de départ de la prescription des droits patrimoniaux marque différemment, dans chaque cas, la politique et la philosophie de chaque régime. Personnaliste pour le droit d'auteur, la protection doit être accordée « à moindre frais » et assurer la subsistance de l'auteur et des siens. Le droit des brevets doit davantage ménager la communauté qui est censée retirer un profit rapide de l'invention, par un délai plus court et un point de départ plus avancé. Or il a été vu que non seulement l'intérêt de la société était présent en droit d'auteur, mais qu'il fallait également remettre l'inventeur au centre du droit des brevets d'invention¹⁹⁰.

81. Difficile à justifier d'un point de vue théorique, il semble que la distinction prenne toute sa valeur au regard des politiques économiques et industrielles des états qui ont présidé à l'établissement du droit de propriété intellectuelle. La scission entre droit d'auteur et brevet commence en effet à s'accroître au XIXème siècle, en pleine époque industrielle... mais aussi en plein romantisme !

¹⁸⁸ Art. L.123-1 CPI. L'auteur jouit sa vie durant des droits patrimoniaux, traduction de la nature personnelle du droit d'auteur.

¹⁸⁹ Art. L.611-2 1°) CPI.

¹⁹⁰ Sophie Alma-Delette : précitée n°375 p.246.

82. La sécurité que postulent les relations commerciales a conduit à l'élaboration progressive d'un droit de plus en plus rigide, que l'on a également souhaité de plus en plus fiable. Le décret du 7 janvier 1791 déclarant les inventeurs propriétaires de leurs inventions prévoyait l'octroi de brevets d'invention délivrés sans examen préalable (« *sans garantie du gouvernement* », SGDG) à tout demandeur. La loi du 5 juillet 1844 maintiendra le principe d'un brevet « SGDG » et il faut attendre la réforme du 2 janvier 1968 pour qu'un examen préalable soit désormais pratiqué en vue de l'attribution du titre. Les réformes successives n'ont fait qu'accentuer la garantie accordée par l'octroi d'un brevet à son titulaire, notamment par la mise en conformité avec les différentes conventions internationales. Un tel mouvement de protection des relations d'affaires est, du reste, perceptible dans bien d'autres domaines¹⁹¹. L'évolution du droit des brevets se fait donc dans le sens d'une plus grande sécurité du breveté, comme des tiers, à travers un examen préalable et une publicité adéquate.

83. Les présupposés du droit d'auteur classique et contemporain sont bien différents. S'agissant de protéger le « génie », le droit d'auteur a pris très tôt une coloration spiritualiste et personnaliste. Spiritualiste dans le sens où l'accent est mis sur l'origine de la création (et non plus sa fonction comme en matière de brevets)¹⁹². Cette essence spiritualiste irrigue toujours notre droit positif : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit (...)* »¹⁹³. Sans correspond-t-elle au mythe du Démiurge, ce qui expliquerait sans doute la très haute opinion que certains commentateurs peuvent avoir du droit d'auteur : un droit assurément naturel, pour ne pas dire, osons le terme, divin, qui ne saurait avoir besoin de l'assistance d'une quelconque formalité pour exister. Sans doute est-il possible de mesurer à cette aune la méfiance, parfois accompagnée d'ire, de certains à l'égard de la pratique jurisprudentielle du droit d'auteur ainsi que la corruption de ce noble droit par un esprit mercantile¹⁹⁴.

La saveur personnaliste est le corollaire nécessaire de la dimension spiritualiste du droit d'auteur. Puisqu'il s'agit de protéger l'œuvre de l'esprit, il s'agit de protéger par la même occasion la personne de l'auteur sans qui l'œuvre ne serait pas. Nous n'insisterons pas

¹⁹¹ Que l'on songe au bail commercial et à l'évolution jurisprudentielle garantissant au plus près l'intérêt du locataire, qu'il suffise de penser à l'évolution du droit des sociétés, aux effets de commerce. Il est légitime de penser que l'évolution de notre droit des brevets s'inscrit dans ce mouvement visant à la fois la sécurité et l'efficacité des relations d'affaires.

¹⁹² « *La création est la cause efficiente de la propriété littéraire et artistique (...)* l'absence de création entraîne l'absence de droit ». Pouillet, n°12 p.34-35.

¹⁹³ Art. L.111-1 CPI. Profession de foi inscrite en début non seulement du livre premier, mais également (est-ce un pur hasard ?) du Code tout entier.

¹⁹⁴ « Noblesse » commandant sans doute que le livre premier du Code soit consacré au droit d'auteur.

sur cette dimension historique, sociologique et philosophique du droit d'auteur, bien connue et par ailleurs développée à de multiples reprises.

84. L'écart conceptuel entre le droit d'auteur et le droit des brevets explique donc pour une grande part l'exigence de formalités dans le second cas. Ce qui ne signifie pas que l'opposition soit toujours d'actualité. Des auteurs de plus en plus nombreux semble-t-il s'interrogent en effet sur l'opportunité d'une formalité, ne fut-ce que de dépôt, en matière de propriété littéraire et artistique¹⁹⁵. Il est surprenant, à la lecture des tables de jurisprudence, que les litiges relatifs aux brevets et notamment aux conditions de brevetabilité sont en nette infériorité par rapport aux litiges portant sur la propriété littéraire et artistique, étant compris dans cette dernière les dessins et modèles¹⁹⁶. Sans doute est-ce l'effet bénéfique d'une procédure préalable de contrôle des critères de brevetabilité.

2- La vanité d'une approche fondée sur le régime de protection

85. Une approche selon le régime de protection est-elle pour autant satisfaisante dès lors qu'il s'agit de dépasser l'opposition traditionnelle pour déterminer les caractères de la création intellectuelle ? Il semble que la réponse soit négative car ce n'est pas le régime qui doit déterminer la nature mais la nature qui doit déterminer le régime.

86. Le fait qu'une création intellectuelle soit nouvelle, démonstrative d'activité inventive et susceptible d'application industrielle sans être protégée par un brevet ne remet pas en cause le fait qu'elle soit une invention. Elle sera certes brevetable mais si l'inventeur décide de ne pas faire une demande en ce sens elle n'en demeurera pas moins intrinsèquement une invention.

Il est même possible d'imaginer une création intellectuelle n'entrant de manière satisfaisante dans aucune des catégories proposées par la loi. Ainsi en fut-il des créations logicielles, toujours elles, qui aussitôt proclamées œuvre de l'esprit se virent accorder un habit sur mesure¹⁹⁷. Ne peut-on imaginer de la même manière certains types de créations qui, sans res-

¹⁹⁵ Sophie Alma-Delettre : op. cit. n° 370, p.244.

¹⁹⁶ Une donnée chiffrée serait néanmoins nécessaire, mais on peut penser légitimement que cette différence est significative.

¹⁹⁷ Encore qu'il semble que certaines coutures craquent ici et là...

sortir du domaine de l'esthétique, ne relèvent pas pour autant du domaine de la technique industriellement comprise. N'est-ce point le cas des méthodes commerciales qui, pis-aller, ne trouvent pour seul habillage que le bon vieux droit commun¹⁹⁸ ?

Une clef de répartition fondée sur le régime d'octroi de la protection s'avère donc être une impasse. Rechercher les critères d'après les deux seules voies proposées pour ensuite appliquer ces voies aux créations remplissant les critères, voilà qui ressemble fort à une tautologie. Ne peut-on dès lors songer à explorer des voies rénovées, voire nouvelles ?

Paragraphe second : Les voies nouvelles

87. S'agissant de transcender la distinction de l'art et de l'industrie, il faut rechercher dans les principes guidant la propriété intellectuelle une clef permettant d'appréhender la création en tant que telle, indépendamment de son contexte et de sa finalité. Cette indifférence de finalité de l'objet a été posée en doctrine, en jurisprudence puis consacrée par la loi sous l'appellation de « *théorie de l'unité de l'art* ». Pour correcte qu'elle soit en ce qui concerne le droit d'auteur qui n'a pas à tenir compte de la finalité de la création, elle ne résout qu'un aspect du problème.

La richesse de l'esprit est là : au-delà des catégories juridiques, la création humaine embrasse un univers de possibles insoupçonnables dont la distinction traditionnelle est incapable de rendre compte. Aussi se propose-t-on de tenter une relecture de la théorie de l'unité de l'art (A). Cette relecture seule se révélerait vaine à proposer une systématique. Par conséquent, la volonté du créateur apparaît comme étant un critère de répartition mais également comme étant la clef du dépassement des catégories (B).

A- L'indifférence de la finalité de l'objet (pour une relecture du principe de l'unité de l'art)

¹⁹⁸

Dont on peut se demander, pour continuer de filer la métaphore, s'il ne s'en trouve pas plus élimé ?

Pour autant qu'il demeure cantonné aux rapports de l'art et des créations utiles, le principe de l'unité de l'art (1) soulève un certain nombre de difficultés (2), d'où la nécessité d'en proposer une nouvelle lecture (3).

1- Exposé du principe

88. Dégagé par Pouillet, repris par la jurisprudence, l'idée de l'unité de l'art est aujourd'hui l'un des principes directeurs de la propriété littéraire et artistique. De théorie, l'idée devint principe de droit positif et fut intégrée dans le corpus législatif par une loi du 11 mars 1902 appliquant la loi de 1793 aux sculpteurs et dessinateurs d'ornements « *quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* »¹⁹⁹.

Pouillet présente ainsi la théorie : « *Le fait que l'œuvre artistique soit destinée à être indéfiniment reproduite par l'industrie, comme il arrive pour les modèles des fabricants de bronze notamment, ne saurait lui enlever son caractère d'œuvre d'art. Ce n'est pas sa destination qu'il faut considérer, c'est sa création. La loi récompense et protège toute composition due à un effort de l'esprit humain et se rapportant aux beaux-arts. Elle ne considère ni l'importance ni la beauté de l'œuvre ; elle n'envisage que le fait de la création* »²⁰⁰.

Si le début fait plutôt songer au principe d'indépendance de la propriété de l'œuvre et de la propriété du support matériel, Pouillet pose très clairement qu'une œuvre, fut-elle destinée à un mode de production industriel, n'en perd pas pour autant son caractère artistique. Ce qui part du présupposé selon lequel le droit d'auteur porte nécessairement sur une création artistique²⁰¹.

89. Le principe fut accueilli favorablement en jurisprudence²⁰² et la conséquence immédiate fut le refus de la distinction entre art pur et art appliqué à l'industrie, avec pour corollaire le « *cumul total de protection des créations artistiques industrielles par le droit de la propriété artistique et celui plus spécifique des dessins et modèles* »²⁰³.

¹⁹⁹ Article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 19-24 juillet 1793 tel que modifié par la loi du 11 mars 1902.

²⁰⁰ N°78 p.96-97.

²⁰¹ Cf. supra n°38s.

²⁰² Crim. 9 juillet 1931, Ann. prop. idn. 1932, p.324.

²⁰³ Thierry Lambert : *L'unité de l'art désunie*, R.J.Com. janvier-février 2004 p.9.

Selon Monsieur Kamina, le nouveau droit des dessins et modèles issu de l'ordonnance de 2001 aurait toutefois pour effet de supprimer ce cumul de protection en raison de l'éviction de la personnalité de l'auteur²⁰⁴. L'argument ne saurait toutefois emporter l'adhésion car le nouvel article L.511-4 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle invite le juge à tenir compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou du modèle pour déterminer le caractère propre de ce type de création. Or bien souvent l'originalité est caractérisée par un arbitraire dans l'activité créatrice. On peut en outre remarquer que si l'ancien texte mentionnait également le créateur, jamais il ne fit de l'originalité la condition d'accession à la protection par le livre V du Code. C'est en effet la jurisprudence qui édicta la condition²⁰⁵ laquelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰⁶. Force est donc de se ranger à l'opinion de Monsieur Greffe pour qui l'ordonnance confirme le principe de l'unité de l'art et le principe du cumul de protection²⁰⁷.

90. Repris dans l'article 2 de la loi du 11 mars 1957, le principe est aujourd'hui inscrit dans le Code de la propriété intellectuelle²⁰⁸. La justification avancée par Pouillet n'a que peu varié : le caractère d'une œuvre ne dépend que de la création de son auteur, non de sa destination. Plus récemment, Monsieur Gaubiac faisait le constat de la vitalité et de la nécessité de la théorie²⁰⁹. L'auteur achevait néanmoins son étude en faisant le constat d'une impossible et vaine démarcation entre l'art « *appliqué* » et l'art « *pur* », rendant ainsi à la théorie toute sa force - l'idée de nécessité prenant par là même tout son sens - et réduisant en même temps les conditions de protection d'une œuvre de l'esprit à la seule condition d'originalité.

91. Loin d'être théoriquement ou idéologiquement justifiée²¹⁰, il apparaît toutefois que la théorie de l'unité de l'art n'est que le fruit d'un souci pratique : empêcher les juges d'avoir à se prononcer sur la valeur artistique de telle ou telle création²¹¹.

En toute hypothèse, l'œuvre de l'esprit, quelle qu'en soit sa destination, demeurerait rattachée au domaine des beaux-arts : unité de l'art, et non pas indifférence de vocation. Il

²⁰⁴ Pascal Kamina : Propriété industrielle 2003, commentaires n° 32 et 64.

²⁰⁵ CA Paris 2 décembre 1991, PIBD 1992, III, p.238. CA Paris 26 février 1992, D.1993, Somm. p.299 obs. J.-J. Burst. CA Paris 7 juin 1995, PIBD 1995, III, p.43. CA Paris 17 janvier 1997, PIBD 1997, III, p.217 ; RDPI 1997, n°73 p.35 ; JCP éd. E 1997, I, 655, obs. F. Greffe.

²⁰⁶ Com. 6 mars 1990, Bull. IV, n°63.

²⁰⁷ François Greffe : Propriété industrielle 2003, commentaire n°103.

²⁰⁸ Art. L.112-1 CPI.

²⁰⁹ Titres respectifs de chacune des parties de sa thèse.

²¹⁰ Pascal Kamina : J.-Cl. propriété littéraire et artistique, fasc. 1155, « *règles spécifiques à certaines œuvres* », Arts appliqués, n°24.

²¹¹ Thierry Lambert : art. précité, n°12 p.13.

semble donc que par « *unité de l'art* » il faut nécessairement présupposer la vocation esthétique de l'objet proposé à la protection. Ce qui n'a pas été sans soulever de difficultés.

2- Les difficultés soulevées par le principe

92. Les créations dont la recherche de la vocation esthétique est primordiale sont celles qui peuvent être susceptibles de relever tant de la propriété littéraire et artistique que de la propriété industrielle. Le législateur, a de ce point de vue, adopté une démarche non dénuée d'ambiguïté. La loi interdit en effet de prendre en considération la destination de l'œuvre et protège expressément par le droit d'auteur les œuvres des « *arts appliqués* »²¹², mais elle prévoit, à côté de cela, un régime spécifique de protection pour de telles créations²¹³. Ainsi, un même objet peut, s'il remplit les conditions du livre I et du livre V, recevoir le bénéfice d'une double protection sur le terrain de la propriété littéraire et artistique et sur celui de la propriété industrielle.

93. La doctrine n'a pas manqué de faire remarquer que, s'il est déjà possible de s'interroger sur l'opportunité réelle d'une double protection²¹⁴, celle-ci ne manque pas de soulever des difficultés, justement à cause du champ respectif des grands régimes de propriété intellectuelle, c'est-à-dire du droit d'auteur, des brevets et des dessins et modèles.

94. Le principe de l'unité de l'art ne s'oppose pourtant aucunement à la prise en considération du caractère esthétique, puisqu'il pose qu'il ne peut être fait de distinction selon que l'œuvre a une vocation utilitaire ou n'en a pas. Il signifie donc l'indifférence de destination, non l'exclusion du caractère esthétique. La difficulté est alors de faire le départ entre ce qui ressort exclusivement du domaine artistique et esthétique d'une part, et tout le reste d'autre part. Le problème sera de déterminer ce qui, sur un même objet, relève de la création artistique et ce qui n'est dicté que par la destination utile. La jurisprudence utilise diverses méthodes pour opérer ce partage. Aucune ne s'est avérée satisfaisante tant est « *diaphane* » la

²¹² Art. L.112-2 10°) CPI.

²¹³ Livre V du CPI relatif à la protection des dessins et modèles.

²¹⁴ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°775, p.431. Les auteurs mettent au compte de la double protection et au succès du droit d'auteur auprès des industriels le faible nombre de dépôts. Pierre-Yves Gautier est, quant à lui, plutôt virulent : incertitude de frontière, incertitude des critères, distinction byzantine entre l'ornement et l'application utilitaire... n°68 et suivants.

frontière d'avec les brevets²¹⁵, cependant que le droit d'auteur semble « cannibaliser » le droit des dessins et modèles²¹⁶.

95. Le critère de la multiplicité des formes fut ainsi l'un des outils au service de la recherche du caractère artistique des créations. Il consistait à admettre le caractère ornemental d'une création à partir du moment où une autre forme pouvait procurer le même résultat utile²¹⁷.

D'un maniement malaisé, le critère semble avoir été abandonné par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 octobre 1998 en ces termes : « *Mais attendu qu'en retenant que le renforcement du cadre du modèle de la société Vélo 2000 et sa triangulation monotube étaient inséparables du résultat technique, alors même que ce renforcement pouvait être obtenu par d'autres formes, la Cour d'appel (...) a pu décider que cette forme n'était pas protégeable et rejeter la demande fondée sur la contrefaçon* »²¹⁸.

96. La jurisprudence contemporaine serait plutôt orientée vers le critère de la forme séparable des fonctions²¹⁹. Un tel critère semble conforme à la lettre de l'ancien article L.511-3 alinéa 2 du Code aux termes duquel : « *si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle nouveau et comme une invention brevetable et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que conformément aux dispositions du livre VI* ». Cela signifie qu'une forme entièrement dictée par la fonction de l'objet ne peut être protégée en tant que création ornementale. Il faut ajouter, comme complément nécessaire au critère de séparation de la forme et de la fonction l'exclusion « naturelle » d'une forme résultant exclusivement du seul procédé technique utilisé pour sa production²²⁰.

²¹⁵ L'expression est de Pierre-Yves Gautier : n°71 p.112.

²¹⁶ Jacques Azémat et Jean-Christophe Galloux : RTD Com. 2000 p.86, à propos de Com. 19 octobre 1999.

²¹⁷ Pour un exemple parmi d'autres : CA Paris, 13 juin 1985, Ann. prop. ind. 1986 p.180, à propos d'accoudoirs et de poignées de baignoires.

²¹⁸ Ann. Prop. ind. 1999 p.81. V. déjà CA Paris 1^{er} février 1990, Ann. Prop. indus. 1992 p.77 : « *Il importe peu que la stabilité du présentoir puisse être obtenue par d'autres moyens, dès lors que la forme sur laquelle un droit privatif est revendiqué est inséparable du résultat technique* ».

²¹⁹ J.-L. Pierre et J. Schmidt-Szalewski : n°334 et suivants, p.140. V. Carine Bernault : La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction, D. 2003, doct. p.957.

²²⁰ CA Paris 11 février 1998, PIBD 1998, III, 330 ; Ann. prop. indus. 1998 p.285 (motif de tissu inséparable du procédé de fabrication).

« *Sommet de subtilité* » pour Monsieur Gautier, le critère semble pourtant recueillir les suffrages des juges. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle censuré un arrêt sur le fondement de l'ancien article L.511-3 au motif que les juges n'avaient pas recherché « *si les éléments argués de contrefaçon revêtaient un caractère original dissociable de la fonction technique ou utilitaire* » de telle sorte que puisse être caractérisée une création révélant la personnalité de son auteur²²¹.

97. Dès lors qu'une création sera convaincue d'avoir une forme dictée par sa fonction technique ou utile, elle ne peut faire l'objet que d'un brevet, si elle remplit les conditions de brevetabilité²²². En tout état de cause, elle doit être exclue du bénéfice de protection du droit des dessins et modèles²²³.

98. Le principe d'unité de l'art permet également d'expliquer en grande partie le succès de la propriété littéraire et artistique, succès qui la conduirait droit au déclin en lui conférant une sorte de vocation universelle. Il ne semble pas pour autant que ce mouvement puisse surprendre outre mesure : « *ce que le droit d'auteur a toujours entendu protéger, c'est toute expression de la pensée s'incarnant dans une forme, et non certaines expressions de la pensée seulement : celles qui sont marquées par des préoccupations esthétiques... L'indifférence du caractère esthétique de l'objet du droit d'auteur ne tient pas d'ailleurs dans l'impossibilité de trouver un critère objectif de cet élément esthétique que dans le souci du législateur et des juges d'ouvrir le plus largement possible la protection offerte par le droit d'auteur, même si certaines des prérogatives qui le constituent –celles du droit moral- ont été dégagées à partir de litiges portant quasi exclusivement sur des œuvres appartenant au monde de l'art...* »²²⁴.

Le principe de l'unité de l'art est donc nécessaire, car il fonde la bonne intelligence du droit d'auteur. Mais sa nécessité semble devoir sceller le déclin du droit d'auteur traditionnel fondé sur une recherche d'ordre esthétique. Cette nouvelle optique du droit d'auteur et, partant, l'articulation d'ensemble des propriétés intellectuelles, peut trouver sa traduction dans une relecture du principe.

²²¹ Com. 28 janvier 2003, Inédit, pourvoi n°00-10657. Arrêt disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>. Cf. également François Greffe, note sous CA Paris 6 mars 2002 et TGI Paris, 15 février 2002, Prop. indus. novembre 2002 p.26, spécialement n°3 p.28.

²²² Ancien art. L.511-3 al.2 CPI et art. L.511-8 1°) nouveau.

²²³ Com. 22 février 1966, JCP 1967, II, 15196, conclusions Gégout : « (...) l'adoption de la forme (...), quoique harmonieuse, découle de pures considérations techniques et se trouve inséparable du résultat industriel (...); En l'état de ces constatations et appréciations, la Cour d'appel pouvait exclure le cumul du bénéfice de la législation sur les dessins et modèles avec celui de la loi sur les brevets d'invention ».

²²⁴ Olivier Laligant : La Révolution française et le droit d'auteur, R.R.J. 1989, 2, p.343, spéc. p. 369.

3- La nécessaire relecture du principe : de l' « unité de l'art » à l' « indifférence de fonction ».

99. Il est possible qu'en désignant par l'expression « unité de l'art » l'indifférence de destination d'une œuvre de l'esprit, une partie de la doctrine ait pris ses désirs pour des réalités. En effet, tant l'exégèse de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle que l'étude de la jurisprudence révèlent que la vocation artistique d'une création importe peu à sa qualification, le seul critère devant être retenu est celui, jurisprudentiel, d'originalité²²⁵.

Il serait sans doute possible d'imaginer comme clef de répartition la vocation entendue non plus sous l'angle de la distinction stérile entre art et industrie, mais considérée en tant qu'inhérente à la création. La question à se poser est donc de savoir si la création se suffit en elle-même ou si, au contraire, elle est indissociable de sa finalité.

100. Hegel nous fournit une piste pertinente. En effet, il écrit dans son Esthétique que « *la question du but devient une question d'utilité* ». L'auteur poursuit immédiatement en soutenant que « *en posant la question du but, et par conséquent, de l'utilité, on sous-entend donc qu'un objet, dans le cas particulier de l'art, se rapporte à quelque chose d'autre qui représente une valeur en soi et un devoir-être. Le but aurait ainsi une valeur essentielle, extérieure à la chose qui doit le réaliser* »²²⁶. On peut donc en déduire que l'œuvre d'art possède une fin en soi.

101. Dès lors, soit l'objet considéré se suffit en lui-même - en tant que son propre but - soit au contraire il n'est qu'une « recette » à mettre nécessairement en œuvre et ne saurait être une fin en soi. Madame Alma-Delettre distingue ainsi les créations qui expriment une information, des créations qui mettent en œuvre une information²²⁷. Peut-être est-il excessif et réducteur de considérer qu'une création exprime nécessairement une information. Est-il totale-

²²⁵ A noter l'opposition formelle dans l'expression « propriété littéraire et artistique », la conjonction de coordination laissant supposer qu'une « propriété littéraire » n'est pas nécessairement artistique. L'intitulé, plus neutre, du livre 1^{er} (« Le droit d'auteur ») semble confirmer cette appréciation qui a pour fondement l'origine révolutionnaire de l'opposition.

²²⁶ Hegel : *Esthétique*, trad. S. Jankélévitch, vol. 1 Champs Flammarion, 1979, p.84.

²²⁷ Thèse précitée, n°85 et suivants p.71.

ment inconcevable qu'une création n'exprime rien²²⁸ ? Ne peut-on pas considérer la chose « *en soi et pour soi* » sans rien chercher de plus ?

102. Un tel critère pourrait dès lors expliquer la partition entre les domaines classiques de la propriété intellectuelle : la création « *fin en soi* » ressortirait naturellement de la propriété littéraire et artistique, toute autre création devant être éliminée de son champ en ce qu'elle suppose la production de quelque chose d'autre qu'elle pour accéder au monde.

103. Un tel critère entraîne également une relecture du principe de l'unité de l'art. Ce principe est traditionnellement présenté comme étant l'expression de l'indifférence de destination de la création trouvant sa consécration législative dans l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle. Si la destination est indifférente, cela suppose donc qu'une création est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur dès lors qu'elle n'est pas irréductible à sa destination entendue dans le sens de fonction et de vocation. La création, pour être une œuvre de l'esprit, doit se suffire à elle-même : son but et son contexte doivent donc être indifférents.

104. La création doit donc pouvoir être appréhendée en soi. Le critère peut trouver son fondement dans l'examen rapide des créations respectives ressortant de la propriété littéraire et artistique.

La liste de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle est à ce titre éloquent : écrits littéraires, conférences, œuvres dramatiques, chorégraphiques, musicales, cinématographiques, dessins, sculptures, photographies, plans, croquis, logiciels, créations de l'habillement et de la parure, etc... L'énumération n'est pas limitative, mais ce qui frappe dans celle-ci, c'est que chaque type de création considérée est une « *fin en soi* ». La protection de la seule forme par le droit d'auteur, indépendamment de son contenu, semble corroborer l'idée du critère de l'indifférence de fonction, au profit de la seule volonté de l'auteur

B- La volonté du créateur : critère de répartition et clef du dépassement

105. Si la création est susceptible de recevoir protection indépendamment de son contenu, peut-être est-ce parce qu'on lui reconnaît une valeur en soi. Cette valeur n'est pas fruit

²²⁸

Ne peut-on songer à protéger une création absurde ?

du hasard mais relève d'une manifestation de volonté du créateur. En effet, il s'avère que la création ne saurait avoir pour seule limite initiale que l'imagination de son créateur : le droit d'auteur ne pose comme condition de protection que l'exigence d'originalité révélant la personnalité de l'auteur, le droit des brevets multipliant les conditions en raison de la fonction utilitaire de la création tout en exigeant une « activité inventive », une sorte de dépassement de soi et des difficultés inhérentes à la création industrielle²²⁹.

Ce qu'il s'agira de montrer plus loin est que la création intellectuelle est entendue par le droit comme la manifestation de volonté d'une personne physique, ce qui met le créateur au centre du système. Mais en tant que manifestation de volonté, la création peut ne pas ressortir de l'une des catégories classiques : la volonté humaine transcende les catégories juridiques, le droit ne pouvant appréhender dans sa globalité la complexité des faits qu'il peut avoir à connaître.

La voie d'un droit commun transcendant les régimes spécifiques du droit d'auteur et du droit des brevets présenterait alors le double mérite de prendre en considération la grande diversité et la grande complexité du réel sans affadir ou remettre en cause les régimes spéciaux.

Mais la volonté du créateur dans la qualification de la création ne peut résulter que d'un faisceau d'indices.

106. Cette volonté s'exprime tout d'abord de manière factuelle par l'acte de création lui-même, soit par l'évidence du rattachement en raison de la nature de la création, soit par la déclaration de volonté expresse du créateur. Manifeste en matière de droit d'auteur, le rattachement « naturel » de la création à la propriété littéraire et artistique peut se faire par une simple déclaration de volonté de la nature artistique de l'objet : l'art c'est ce que je décrète être l'art²³⁰. La simple imposition d'une signature sur un urinoir et sa « mise en scène » dans une exposition lui confèrent, par la seule volonté de l'artiste, la qualité d'œuvre d'art. Nous peinons à parler de création tant l'effort paraît minime. La véritable création tient plutôt de la mise en relation de l'objet hors contexte avec le public. L'exemple met néanmoins l'accent sur ce qu'une création n'a pas nécessairement à véhiculer une information : l'urinoir hors de

²²⁹ Sur les critères de la création, Cf. infra n°565s

²³⁰ Cf. les réflexions de Bernard Edelman : *L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même ! (sur l'arrêt de la Cour de cassation du 5 février 2002)*, D. 2003, chron. p.436 ; *De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly (à propos du jugement du TGI de Tarascon du 20 novembre 1998)*, D. 2000, chron. p.98.

son contexte ne possède aucune signification sinon celle que le public lui reconnaît de par l'utilisation commune.

107. Cette volonté s'exprime ensuite juridiquement par le choix d'un régime de protection à travers la démarche de qualification²³¹. Par le choix d'un régime, le créateur opère une qualification préalable nécessaire en fonction du but recherché. Il existe en effet « *un lien entre la nature juridique d'une notion et son régime, toute identité de nature impliquant une identité de régime* »²³².

L'opération de qualification se conçoit donc en tant que choix d'un résultat juridique. Or ce choix peut être explicite : choix entre les régimes légaux par une certaine forme de divulgation - acte positif de la part du créateur - ou choix du secret. Il peut également être implicite en fonction de la finalité de la création. La finalité de la création n'intervient ici qu'à titre résiduel en vue de conférer une protection, une telle protection ne pouvant intervenir que sur le terrain du fait juridique - absence d'intention positive de réclamer un brevet ou une protection au titre du livre V du Code.

Le droit d'auteur fait à ce titre tristement figure de droit résiduel en raison de la protection du seul fait de la création, ce qui paraît bien éloigné de la noblesse proclamée de sa raison d'être.

Loin de se cantonner à l'opposition vaine de la technique et de l'esthétique, la création intellectuelle dans toute sa complexe richesse dépasse largement le cadre étriqué des catégories juridiques. La volonté humaine est une fois de plus hors du droit. Celui-ci ne peut s'attacher qu'à certains aspects des manifestations de la volonté, soit pour leur conférer valeur juridique, soit pour les réprimer. Encore faut-il qu'il y ait une manifestation de volonté appréhensible par le droit.

Conclusion du Titre I

²³¹ François Terré : *L'influence de la volonté dans les qualifications*, thèse Paris 1955, LGDJ 1956.

²³² Jean-Louis Bergel : RTD Civ. 1984 p.255.

108. Il a été vu que la dichotomie traditionnelle entre l'art et l'industrie n'allait pas de soi. La contingence sociale inhérente à toute définition rend ainsi chaque domaine relatif. Aussi a-t-on pu proposer de distinguer selon que la création peut être considérée comme une fin en soi ou, au contraire, comme la traduction d'un besoin, la création devenant, dans ce dernier cas, réductible à sa fonction.

Le domaine de l'activité humaine ne se limite pas pour autant aux catégories qui émergent du Code de la propriété intellectuelle. En effet, le champ des possibles est bien plus vaste. Or s'il paraît possible et parfois nécessaire de classer les créations selon l'existence d'une finalité guidant ou non leur réalisation, force est de rechercher les indices de cette répartition dans la volonté du créateur.

Le champ de la création étant infini, il s'agit de resserrer l'étau de l'étude : si son origine est bien spirituelle, le droit ne considère la création que pour autant qu'elle soit tangible.

TITRE II :

L'accession de la création au monde sensible

109. Le droit ne se nourrit pas essentiellement de concepts, de définitions et de catégories. Son application au monde suppose qu'il puisse être traduit en réalité sensible et non plus seulement en réalité intelligible. La création intellectuelle suit le même cheminement. Pour qu'elle puisse donner prise au droit, il est au préalable nécessaire que la création accède au monde sensible. C'est à ce prix que la création pourra ensuite accéder au monde juridique.

110. Il est généralement considéré que la spécificité des propriétés intellectuelles tient en ce que les droits rattachés à l'objet sont indépendants de la matérialité de celui-ci. Cet aspect fondamental est manifeste autant en droit d'auteur²³³ qu'en droit des propriétés industrielles²³⁴. La spécificité des propriétés intellectuelles résiderait en effet dans le monopole de reproduction de la création dont seul le titulaire peut se prévaloir.

Ce divorce entre matière et droit qui semble consommé et qu'il n'est pas question de remettre en cause laisse néanmoins planer plus qu'un doute : si la propriété dite « corporelle » organise l'appréhension et autorise le commerce des différentes matières premières, la doctrine et la jurisprudence classiques semblent se refuser à accorder la protection du droit à ce qui est la matière première des créations intellectuelles, l'idée. La question, qui pourrait passer pour résolue et ne soulever qu'un strict intérêt académique a toujours été en réalité un des points d'achoppement des propriétés intellectuelles.

111. L'idée concentre en elle toute la problématique interne de ce droit en ce qu'elle est le principe de toutes les créations. Mais son aspect insaisissable et tellement cérébral²³⁵ a sans doute emporté l'adoption de ce que l'on appelle le principe d'exclusion des idées de la protection par les lois sur la contrefaçon. Une approche dialectique s'avère ici nécessaire : L'étude préalable de l'exclusion traditionnelle des idées (Chapitre I) soulève un certain

²³³ Art. L.111-3 al. 1^{er} CPI : « La propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 est indépendante de la propriété corporelle de l'objet matériel ».

²³⁴ Exigences de reproduction de l'objet soumise à la protection pour les dessins et modèles, description de l'objet pour le droit des brevets.

²³⁵ Emmanuelle Parent, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989, p.10 : « Par nature fugitive et immatérielle, l'idée est rebelle à toute appropriation ».

nombre de difficultés amenant à une critique du principe (Chapitre II) et qui peuvent être réglées par l'abandon de celui-ci au profit de la seule exigence d'expression déterminée.

CHAPITRE I : Le principe d'exclusion des idées du code de la propriété intellectuelle

112. L'opinion est fort répandue en doctrine : « *Les lois sur la contrefaçon ne protègent que l'exécution effective d'une forme, c'est-à-dire qu'une simple idée, quelle qu'en soit la valeur, n'est pas protégée, ce qui revient à dire que les lois prennent en considération la forme des droits d'auteur et non le fond* »²³⁶. Cette thèse serait même devenue, selon les enseignements classiques, un principe fondamental du droit de la propriété intellectuelle consacré en diverses occasions par la jurisprudence.

Il convient alors de brosser un rapide tableau de l'exclusion traditionnelle des idées du code de la propriété intellectuelle (Section I) avant de porter un regard critique sur les fondements de cette exclusion (Section II).

SECTION I : Exposé du principe d'exclusion

Le principe sera exposé tour à tour en matière de propriété littéraire et artistique (1), de brevets (2) et de dessins et modèles (3).

²³⁶

Pierre et François Greffe, *Traité des dessins et modèles*, 4^{ème} édition, Litec, p.88.

1- L'exclusion traditionnelle en propriété littéraire et artistique²³⁷

113. Synthétisant plus d'un siècle de jurisprudence et d'opinions doctrinales, le professeur Desbois déclarait que « *les idées sont, par essence et par destination, de libre parcours* »²³⁸. L'idée est toutefois le « *point névralgique des propriétés intellectuelles* »²³⁹ dans la conception du législateur révolutionnaire. Pourtant, la jurisprudence commença à exclure les idées de la protection par un droit privatif sous l'empire des lois de 1791 et 1793. Tant les juges que les auteurs se sont appuyés sur la distinction entre l'idée, assimilée au fond, et la forme, cette dernière étant seule susceptible de donner naissance au droit de propriété littéraire et artistique.

Pour ne retenir qu'un florilège d'opinions en ce sens, commençons par citer Pouillet : « *La pensée elle-même échappe à toute appropriation. Elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre* ». Et l'auteur de poursuivre : « *Le droit de l'auteur, quel qu'il soit, est nécessairement borné à l'expression particulière, à la forme, aux développements qu'il a donnés à la pensée* »²⁴⁰.

Planiol et Ripert scandaient quant à eux que « *l'idée répugne (donc) par sa nature au droit de propriété* ». Pour eux, en effet, une distinction doit être effectuée entre le monde ma-

²³⁷ V. Sophie Alma-Delette, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles*, thèse, Montpellier 1999, n°103 à 110 p. 79s ; André Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^{ème} édition Dalloz 1999 p.191ss ; Christian Brossard et Philippe Durnerin, *L'absence de protection des idées par le droit d'auteur*, Gaz. Pal. 1988, I, doct. p.69 ; Ivan Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, thèse, Lausanne 1985, publication CEDIDAC-Litec ; Claude Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, 2^{ème} édition, Litec, p.9s ; Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^{ème} édition Dalloz 1999 n°25s p.19 ; Henri Desbois : *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} édition, Dalloz 1978, n°17 p.22 ; Xavier Desjeux, *La protection des idées en droit positif*, Gaz. Pal. 1992, II, doct. p. 971 ; Bernard Edelman, *La main et l'esprit*, D.1980 chronique p.43 ; André Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les cours de droit, Litec 1999, p.158s ; Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} édition Puf, n°28ss p.50 ; Daniel Gervais, *La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé*, thèse, Nantes 1996, p.63ss, ; Raymond Lindon, *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*, J.C.P. 1970, I, 2295 ; André et Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, n°26 p.37 et n°56ss p.72ss ; Yves Marcellin, *Le droit français de la propriété intellectuelle*, CEDAT 1999 p.21s ; Claire Neirac-Delebecque, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, thèse, Montpellier I, 1999, n° 21s, p.24s. ; Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^{ème} édition, Paris 1908, n°20ter p.45 et n°76 p.95 ; Thomas Rabant, *La notion d'œuvre de l'esprit*, thèse, Paris II, 2000, n°26s, p.22s ; Jacques Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, Bibliothèque du droit de l'entreprise, n°49s ; Xavier Strubel, *la protection des œuvres scientifiques en droit français*, CNRS éditions, p.36s.

²³⁸ Henri Desbois : op. cit. n°17 p.22.

²³⁹ S. Alma-Delette, op. cit. n°103 p. 79.

²⁴⁰ Pouillet : op. cit. n°20 ter p.45.

tériel, « destiné à l'appropriation parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles », et « le monde des idées fait pour la communauté », « l'idée ne (devenant) utile que par son expansion »²⁴¹. A quelques exceptions près sur lesquelles nous reviendrons, la doctrine tant classique que contemporaine tient alors la règle suivante pour acquise : le droit de la propriété littéraire et artistique ne considère que les créations de forme et ne connaît pas de la protection des idées. Pour justifier cela, les auteurs se raccrochent d'une part à la nature, l'« essence » de l'idée, d'autre part à sa destination et enfin à son utilité. Nous verrons qu'un certain nombre d'arguments est de nature à semer le trouble sur ces assertions.

2- L'exclusion « naturelle » du droit des brevets²⁴²

114. Si elle a été discutée en propriété littéraire et artistique, l'exclusion des idées semble avoir fait couler beaucoup moins d'encre en matière industrielle. En effet, le droit des brevets exclut expressément de son champ d'application un certain nombre de créations considérées comme impropres à faire l'objet d'un droit privatif. L'article L.611-10, 2° du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 52 de la convention de Munich, vise en effet :

a) les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques (...)

c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques (...)

Ce même texte précise en son 3° que l'exclusion ne vaut que dans l'hypothèse où la demande de brevet est introduite pour protéger « l'un de ces éléments **en tant que tels** ». L'idée inventive a en outre pu être définie comme étant « la notion idéale, générale et abstraite dont l'invention concrète n'est qu'une des réalisations pratiques »²⁴³.

²⁴¹ Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, les biens, L.G.D.J. 1926, n°574 p.555.

²⁴² A. Chavanne et J.-J. Burst : n°71 p.67 et n°74 p.69 ; J. Foyer et M. Vivant : p.8 ; J.-L. Pierre et J.Schmidt-Szalewski : *Droit de la propriété industrielle*, 2^{ème} édition, Litec, n° 73 p.38.

²⁴³ Bonnet : *Etudes de la législation allemande sur les brevets d'invention*, p.13, cité par M. Regimbeau : *Des rapports de l'idée inventive et de l'invention brevetable dans les différentes législations*, thèse Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p.11-12.

115. Il semble dès lors tout autant acquis, par analogie avec le caractère abstrait des « éléments » visés par le code, que les idées ne peuvent recueillir protection par le droit des brevets. Ainsi Messieurs Jean Foyer et Michel Vivant considèrent-ils que le principe selon lequel « *les idées sont de libre parcours* » dégagé en propriété littéraire et artistique vaut pour tous les domaines de la création intellectuelle²⁴⁴.

Il semblerait là encore qu'une incompatibilité de nature entre le droit des brevets et l'idée soit décisive de l'exclusion : ce serait ainsi « *par l'exigence d'application industrielle et le résultat concret qu'elle suppose que les idées abstraites sont écartées* »²⁴⁵. L'exigence d'application industrielle de l'invention pour ouvrir droit à la protection serait alors décisive : « *les différents exemples de créations non considérées comme des inventions semblent être fondés sur l'absence de caractère concret des créations en cause (...)* » car ils « *correspondent aux cas où, sous la loi ancienne, la jurisprudence déclarait la « non-brevetabilité » pour absence de caractère industriel, entendu au sens de résultat concret* »²⁴⁶. Reconnaître à l'idée la possibilité de faire l'objet d'un brevet reviendrait en outre à voir ressurgir le spectre du brevet de résultat ou de principe²⁴⁷.

3- L'exclusion du droit des dessins et modèles²⁴⁸

116. Le droit des dessins et modèles aurait la même répugnance pour la protection des idées. L'article 2 de la loi du 14 juillet 1909 (ancien article L.511-3 du code de la propriété intellectuelle) visait tout dessin nouveau, toute forme plastique nouvelle tout objet industriel et exigeait, comme condition de la protection, la nouveauté d'un ou plusieurs de ses effets extérieurs.

Les nouveaux articles L.511-1 à L.511-4 du Code de la propriété intellectuelle issus de l'ordonnance du 25 juillet 2001²⁴⁹ définissent encore plus précisément ce que l'on doit en-

²⁴⁴ Jean Foyer et Michel Vivant : op. cit. p.8. Dans le même sens, Jacques Larrieu : *Idee et propriété*, in Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, tome XLVI, 1998, p.143, spécialement p.147-148.

²⁴⁵ Sophie Alma-Delette : op. cit., n°104 p.80.

²⁴⁶ Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre : op. cit. n° 73 p.38.

²⁴⁷ André Lucas : La protection des créations industrielles abstraites, thèse, Litec 1975, n°118s p.72. M. Regimbaud : précité, p.35 et suivantes.

²⁴⁸ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°751 p.421 ; Denis Cohen, *Le Droit des dessins et modèles*, Economica, p.5ss. ; Pierre et François Greffe : *Traité des dessins et des modèles*, 4^{ème} édition, Litec, p.88ss. Frédéric Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, collection Domat droit privé, n°871 p.385-386.

tendre par dessin ou modèle : « l'**apparence**²⁵⁰ d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux » (art. L.511-1 nouveau). Le texte exige, en plus de l'exigence traditionnelle de nouveauté, le caractère propre de l'objet (art. L.511-2 nouveau), caractère qui s'apprécie eu égard à « la liberté laissée au créateur dans la **réalisation**²⁵¹ du dessin ou modèle » (art. L.511-5 nouveau).

117. Quoi qu'il en soit, tout porterait à dire qu'*« il ne peut s'agir là que de réalisations, ce qui exclut forcément tout ce qui n'existe encore qu'à l'état de projet ou d'idée »*²⁵². Là encore la doctrine semble majoritairement encline à exclure du champ d'application de la loi toute idée. Ainsi Denis Cohen explique-t-il que *« par définition, la notion de dessin ou modèle désigne une création matérialisée, concrète (...) On ne peut protéger une idée au sens de « concept » ou de « pensée », mais seulement la forme tangible dans laquelle celle-ci s'est exprimée »*²⁵³. Pour Monsieur Pollaud-Dulian *« il est clair que la protection des dessins et modèles vise uniquement des créations de forme, comme le droit d'auteur. (...) C'est une forme particulière que l'on peut revendiquer, pas une idée abstraite ou un genre »*²⁵⁴. L'explication vient de ce que le droit des dessins et modèles « exige une « configuration » ou une « physionomie »²⁵⁵. L'idée, « au sens de concept ou de pensée », ne serait alors manifestement pas de nature à avoir une « physionomie »²⁵⁶, à se manifester aux sens.

SECTION II : Exposé critique des fondements de l'exclusion

118. Nous envisagerons tour à tour les fondements textuels (A), jurisprudentiels (B) et théoriques (C) du principe d'exclusion.

A- Fondements textuels

²⁴⁹ L'ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 est la transposition de la directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins ou modèles.

²⁵⁰ Souligné par nous.

²⁵¹ Souligné par nous.

²⁵² Pierre et François Greffe : op. cit. p.88.

²⁵³ Op. cit. p.5. Souligné par M. Cohen.

²⁵⁴ Op.cit n°871 p.385-386.

²⁵⁵ S. Alma-Delettre, op. cit. n°104 p. 80.

²⁵⁶ La physionomie est l'**aspect particulier propre à une chose**, Le petit Robert.

Le fondement du principe d'exclusion des idées sera recherché dans le Code de la propriété intellectuelle (1), en droit communautaire (2) ainsi que dans le droit international (3).

1- Code de la propriété intellectuelle

119. Contrairement au Copyright Act américain²⁵⁷, aucun texte du code de la propriété intellectuelle n'exclut expressément les idées de l'un ou l'autre régime de protection. La jurisprudence et les auteurs ont déduit de certains textes l'inadéquation naturelle entre l'idée et l'appropriation exclusive de celle-ci en propriété littéraire et artistique. Nous verrons que d'autres textes de propriété industrielle semblent pouvoir fonder cette exclusion.

a) Propriété littéraire et artistique

120. Monsieur Raynard fait remarquer que « *l'exclusion des idées du domaine matériel du droit d'auteur fait rarement l'objet d'une affirmation légale* »²⁵⁸ et seul un texte en propriété littéraire et artistique se réfère à la notion de forme. L'article L.112-1 vise ainsi « *toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression le mérite ou la destination* ».

Selon l'opinion de Claude Colombet, il ne fait pas de doute qu'à travers ce texte, « ce à quoi le législateur s'attache, c'est à la forme, non à l'idée elle-même qui, banale ou géniale, demeure de libre parcours »²⁵⁹. Desbois enseignait ainsi que « peu importe la forme que l'expression a revêtue ; du moins est-ce la *forme d'expression*, à l'exclusion de l'idée exprimée, qui donne prise à l'appropriation »²⁶⁰.

Cette opinion très répandue semble corroborée par l'article L.122-6-1 issu de la loi du 10 mai 1994 qui, en son III, autorise la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel à observer ou tester le fonctionnement de celui-ci, sans l'accord de l'auteur, « *afin de déterminer les*

²⁵⁷ Section 102 (b) : « en aucun cas, la protection accordée par le copyright à l'œuvre originale d'un auteur ne peut s'étendre aux idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes opératoires, concepts, principes ou découvertes quelle que soit la forme dans laquelle elles sont décrites, expliquées, illustrées ou incorporées dans une telle œuvre ».

²⁵⁸ Jacques Raynard : *Droit d'auteur et conflits de lois*, thèse précitée, n°51 p.51.

²⁵⁹ Op. cit. n°25 p.19.

²⁶⁰ n°17 p.22, souligné par l'auteur.

*idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel*²⁶¹ lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission, ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer ». C'est dire, en d'autres termes, que l'utilisateur légitime d'un logiciel est autorisé par la loi à « décompiler » celui-ci en vue d'une appropriation des idées qui forment la base de ce logiciel. « C'est dire, conclue un auteur, que les idées qui fondent le logiciel ne sont pas protégées »²⁶².

121. Il s'agit de répondre ici brièvement aux arguments textuels avancés ci-dessus. Concernant l'article L. 112-1 tout d'abord, certains auteurs ont déjà pu rejeter l'argument pour excès de formalisme²⁶³. Monsieur Rabant montre ainsi que ce texte n'a jamais eu pour objectif de fonder la dichotomie forme-idée. Il s'agit en réalité d'exclure toute prise en considération de la forme en tant que support de l'expression de l'auteur pour attribuer à celle-ci la qualité d'œuvre de l'esprit. Cette opinion est appuyée par deux autres textes fondamentaux du droit d'auteur : l'article L.111-1 qui ne subordonne la protection de la loi *qu'au « seul fait de (la) création »*, et l'article L.111-2 qui répute l'œuvre créée « *du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* »²⁶⁴.

122. Quant à l'article L.122-6-1, ce texte ne concerne que la création particulière qu'est le logiciel. Or nous aurons tout le loisir d'étudier les difficultés spécifiques concernant ce type d'objet protégé par le droit d'auteur mais à visée utilitariste²⁶⁵. La loi du 3 juillet 1985 avait en effet pour objectif ambitieux de « *faire entrer le droit d'auteur dans le XXI^{ème} siècle* » en faisant notamment accéder les logiciels au rang d'œuvres de l'esprit²⁶⁶.

Malgré la codification et la volonté manifeste de les fonder dans le régime général²⁶⁷, il n'en reste pas moins que les logiciels demeurent un type de création spécifique soumis à certaines règles spéciales. Or trouver dans une législation spécifique la consécration d'un principe général d'exclusion de protection des idées ne paraît en aucun cas décisif. Et l'on pourrait même avancer qu'en application de la maxime *specialia generalibus derogant*, si le législateur a éprouvé la nécessité de préciser que l'utilisateur du logiciel peut en rechercher

²⁶¹ Souligné par nous.

²⁶² Thomas Rabant : op. cit. n°34 p.27.

²⁶³ Ivan Cherpillod : op. cit. n°136, p.81.

²⁶⁴ Thomas Rabant, op. cit. n°42 p.32 à 34.

²⁶⁵ Cf. infra, notamment n°391ter.

²⁶⁶ Pierre-Yves Gautier : op. cit. n°11 p.26.

²⁶⁷ Pierre-Yves Gautier, op. cit. n°81 p.126.

les idées et principes de base en vue de s'en réserver, c'est qu'il semblerait qu'un tel principe général d'exclusion ne soit pas si facilement acquis.

123. Le droit des brevets et le droit des dessins et modèles font, quant à eux, une part importante au formalisme. Si aucun texte n'exclut expressément les idées de la protection, il est néanmoins possible de conclure à une incompatibilité de nature entre l'idée et ces régimes de protection.

b) En matière de brevets.

125. N'en déplaise à Antoine de Saint-Exupéry, les élucubrations techniques de Gaston Lagaffe sont plus probablement éligibles à la protection par le droit des brevets que les idées de son businessman. De par sa philosophie et ses exigences en termes de forme, un brevet ne saurait *a priori* être accordé à une idée au sens communément admis. Outre l'exclusion formulée par l'article L.611-10, 2° du Code de la propriété intellectuelle et l'assimilation des idées par analogie aux éléments visés, il semble possible de déduire de l'esprit du droit des brevets des fondements textuels du principe d'exclusion.

126. La philosophie du droit des brevets est toute orientée vers l'utilité industrielle²⁶⁸. L'exigence d'application industrielle est en effet le cœur du dispositif (art. L.611-10). Elle se définit par la possibilité pour l'objet d'être « *fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* »²⁶⁹. Cette philosophie utilitaire ne saurait en soi, *a priori*, s'opposer à la possibilité pour une idée d'être protégée par un brevet d'invention²⁷⁰. Mais c'est sur le terrain de la précision inhérente à toute application industrielle et sur l'exigence de sécurité et donc de preuve que l'exclusion de l'idée du droit des brevets semble consommée.

127. Le droit des brevets est pétri de formes.

Tout d'abord par les formes au sens juridique classique procédural : l'*instrumentum* de l'acte par lequel l'inventeur se verra investi des droits de propriété intellectuelle sur son in-

²⁶⁸ Cf. supra n°55s.

²⁶⁹ Art. L611-15 CPI.

²⁷⁰ Contra, Jacques Larrieu : *Idée et propriété*, op. cit. S'appuyant sur les mêmes textes, l'auteur « en déduit sans peine que la simple intuition, l'abstraction, la théorie n'est pas brevetable » (p.147).

vention (articles L. 612-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle). A ce titre, le demandeur doit déposer une déclaration de demande de brevet dans laquelle il doit justifier de son identité et joindre une description ainsi qu'une revendication²⁷¹.

Mais la demande n'est susceptible d'être instruite et, partant, la protection susceptible d'être accordée, qu'à la condition que l'objet soit suffisamment formalisé au sens spécifique, cette fois-ci, des propriétés intellectuelles. Cette exigence revêt deux aspects et est manifeste dans les mêmes textes qui fondent l'*instrumentum* de la demande de brevet. L'article L.612-2 c) exige en effet que la demande de brevet contienne « *une description et une ou plusieurs revendications* » même si celles-ci « *ne sont pas conformes aux autres exigences du présent titre* ». La description doit être « *suffisamment claire et précise pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter* »²⁷² et « *les revendications définissent l'objet de la protection demandée* » en étant « *claires et concises* » et se fondent sur la description²⁷³. Cette double exigence de clarté (description et revendication) et de précision (description) semble, à elle seule, exclure de la protection l'idée au sens communément entendu²⁷⁴. La protection de l'idée pourrait ainsi être refusée pour défaut de précision, ce qui renvoie directement à la prohibition classique du brevet de principe.

128. Mais que dire alors de l'objet proposé à la protection dont la description est suffisamment claire et précise mais dont une part de la réalisation concrète peut laisser une certaine liberté à l'homme du métier ? La description pourrait-elle être, *ipso facto*, jugée insuffisante et ainsi justifier un refus d'enregistrement ? A l'inverse, André Bertrand admet qu'une idée industrielle peut faire l'objet d'une protection par le brevet si elle est nouvelle et présente un caractère industriel en raison du caractère prioritaire du brevet sur le droit d'auteur²⁷⁵. Peut-on se montrer aussi péremptoire sur la question ?

Sans tomber dans le brevet de principe, il resterait à savoir à partir de quel moment une idée sera considérée comme une invention. Or l'interrogation tourne autour du problème

²⁷¹ Art.L.612-2 CPI.

²⁷² Art.L.612-5 CPI.

²⁷³ Art.L.612-6 CPI.

²⁷⁴ En ce sens Jacques Larrieu, *Ibidem*.

²⁷⁵ Le droit d'auteur et les droits voisins, op. cit. § 5.112, 3°, p.197 ; Cf. également Laurence Tellier-Loniewski : Brevet de logiciel : le débat relancé à travers l'affaire British Telecom, *Gaz. Pal.* 2001, doct. p.550 : « Le brevet de logiciel protège un produit ou un procédé technique, sous réserve qu'il réponde aux exigences légales de la définition de l'invention (...). Autrement dit, le brevet de logiciel correspond à la protection de l'idée innovatrice qui est sou-jacente à la solution technique relative à un problème technique apporté par le programme » ; Contra : C. Caron, note sous CA Versailles, 9 octobre 2003, *Comm. Com. électr.* 2004, *Comm.* n°25.

du degré de détermination de l'idée²⁷⁶. Le droit des brevets exigeant une certaine précision comme nous avons pu le montrer, il semblerait dès lors que la protection par le brevet de l'idée traditionnellement entendue soit difficile. La question revêt cependant une pertinence nuancée dans la mesure où l'on ne s'attachera alors qu'à la qualité d'invention brevetable et non à celle d'idée.

c) En matière de dessins et modèles.

129. L'article L.511-3 ancien du code de la propriété intellectuelle²⁷⁷ définissait l'objet de la protection du livre V comme étant « tout dessin nouveau », « toute forme plastique nouvelle », « tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une **configuration** distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs **effets extérieurs** lui donnant une **physionomie** propre et nouvelle »²⁷⁸. Ce que le droit d'auteur semble exiger implicitement, le droit des dessins et modèles l'exige explicitement : l'objet de la protection doit « prendre corps » dans une forme intelligible à la vue²⁷⁹.

Dès lors, les partisans de l'opposition idée-forme - qui fondent sur l'exigence de celle-ci l'exclusion de celle-là - auront beau jeu de clamer qu'ici le principe ne souffre d'aucune ambiguïté. Les nouveaux textes viennent sans doute renforcer cette opinion. L'article L.511-1 nouveau définit ainsi l'objet de la protection : « *l'apparence*²⁸⁰ d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux ».

130. En outre, et comme en matière de brevets, le droit des dessins et modèles exige certaines formalités pour que la protection soit acquise à l'objet déféré. Ainsi la demande d'enregistrement doit comporter « l'identification du déposant et une reproduction des dessins ou modèles dont la protection est demandée »²⁸¹. A raisonner comme en matière de droit

²⁷⁶ Cf. infra, n°243s.

²⁷⁷ Article 2 de la loi de 1909.

²⁷⁸ Souligné par nous.

²⁷⁹ Le droit d'auteur portant quant à lui sur toute forme de perception, l'indifférence de support de l'œuvre étant proclamée.

²⁸⁰ Souligné par nous.

²⁸¹ Art. L. 512-2 al.2 nouveau. L'ancien texte comportait les mêmes exigences dans les mêmes termes, les modifications n'étant ici que de détail.

d'auteur, il ne ferait alors aucun doute qu'une idée ne saurait recevoir protection par le droit des dessins et modèles : exigence d'une forme tangible (apparence du dessin ou modèle) présentant un caractère propre. Cette exigence d'apparence ou de tangibilité s'entend d'une double manière : non seulement l'objet doit revêtir une forme susceptible d'être appréhendée par les sens, ce qui semblerait déjà le distinguer de l'idée, mais encore cette forme doit être appréhensible par la seule vue, ce qui permet de classer à coup sûr l'objet dans les créations graphiques et plastiques et, partant, exige un degré de réalisation qui semble enterrer définitivement tout espoir de protection de l'idée.

Au surplus on peut remarquer que, comme pour l'accession d'une invention au brevet, un dessin ou modèle n'est susceptible de recevoir protection que s'il est reproduit sur la demande d'enregistrement. A défaut, celle-ci est irrecevable. Tant par les conditions de fond que par les conditions de forme, l'idée serait exclue de la protection.

131. Ce serait néanmoins négliger l'une des particularités du droit des dessins et modèles : celui-ci n'est ni du droit d'auteur, ni du droit des brevets. Dès lors, transposer les raisonnements tenus dans les autres catégories de création intellectuelles paraît un peu hâtif.

Concernant le rapprochement avec le droit d'auteur, si celui-ci proclame l'indifférence de la destination de l'œuvre, la protection du droit des dessins et modèles ne devrait être accordée que si l'objet en question est destiné à l'industrie. Ceci explique sans doute la différence fondamentale entre les deux régimes de protection, l'un étant attaché à un *instrumentum*, l'autre étant caractérisé précisément par l'absence d'*instrumentum*. Dès lors, le droit des dessins et modèles, qui aurait tendance à se rapprocher du droit des brevets par ce double aspect²⁸², ne saurait, *a priori* voir apprécier la protection d'une idée de dessin ou de modèle de la même manière qu'en droit d'auteur.

Concernant le rapprochement avec le droit des brevets, s'il est indéniable que le droit des dessins et modèles est également formaliste, on ne peut que remarquer la lointaine parenté des formes du dépôt. Ainsi il n'est nullement question ici de la précision dont le droit des brevets fait une exigence de forme. Il suffira que le dessin ou modèle soit reproduit sur la demande d'enregistrement. On objectera certainement que l'exigence de précision serait ici superflète. En effet si en matière de brevet il faut que les indications fournies sur l'invention

²⁸²

Nonobstant la condition de nouveauté que doit remplir la création considérée.

soient « suffisamment claires et complètes pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter »²⁸³, la simple reproduction du dessin ou modèle est en soit plus précise que n'importe quelle indication car elle offre aux yeux l'objet même que l'on entend protéger²⁸⁴. En outre, point de revendications : ce que l'on entend protéger c'est le dessin ou le modèle joint. Mais si l'exigence de précision est superflue, pourquoi ne pas admettre la protection d'un dessin ou d'un modèle déterminé par un simple croquis laissant à son interprète une certaine latitude, plus apparenté à l'idée qu'à la « création de forme » ? Là encore, le problème posé par la protection de l'idée en tant que création repose sur le degré de détermination de celle-ci.

2- Droit communautaire

a) Droit d'auteur

132. Considérée comme un bien susceptible d'être commercialisé, c'est tout naturellement que l'œuvre de l'esprit fait son entrée sur la scène communautaire. Mais ce ne sont que des textes régissant un aspect particulier de l'œuvre qui font l'objet du droit.

133. Ainsi en est-il tout d'abord de la directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur²⁸⁵. L'article 1^{er} paragraphe 1^{er} de la directive proclame tout d'abord la nature littéraire de l'œuvre logicielle, se référant expressément à la convention de Berne quant au sens de l'œuvre littéraire. Le paragraphe 2 du même texte précise aussitôt :

*« La protection prévue par la présente directive s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur. **Les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive.** »*

²⁸³ Art. L.612-5 CPI.

²⁸⁴ Un petit dessin valant souvent mieux qu'une longue explication...

²⁸⁵ Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, JOCE n° L122 du 17 mai 1991 p. 42-46.

134. Très explicite, la directive de 1991 n'entend protéger que la forme, sous la condition, expresse, qu'elle soit originale²⁸⁶. Les considérants 12 et 13 de la directive justifient cette exclusion afin d' « éviter toute ambiguïté », et ce « en accord avec **ce principe du droit d'auteur** ». Mais on ne peut manquer de souligner la fragilité de la justification : ainsi, telle la preuve ontologique, le principe de l'exclusion des idées en droit d'auteur (« **ce principe** »), dont on suppose que parce qu'il suffit qu'on le pense pour qu'il existe, suppose que soient exclues de la protection... les idées. Monsieur de La Palisse n'aurait pas mieux dit.

Mais le texte reste plutôt discret sur l'origine de « ce » principe. On ne peut que remarquer l'inexistence d'un droit communautaire général de la propriété littéraire et artistique, surtout en 1991. La directive affirme néanmoins sa filiation avec la convention de Berne et on peut alors penser qu'elle y puise l'existence du principe. Or l'examen du texte de celle-ci montre qu'à aucun endroit ne figure l'exclusion explicite des idées du champ de la protection²⁸⁷. Doit-on alors crier à la mystification ?

135. Il pourra cependant être objecté, avec raison, que la seule mention du principe dans un texte de droit communautaire suffit à lui conférer une valeur normative. Mais il ne semble pas pour autant évident qu'il est possible de circonscrire avec précision le domaine du principe, aucune définition de ce qu'il est convenu d'exclure n'étant apportée. Sans doute le législateur voit-il là un de ces concepts dont « tous les hommes conçoivent ce que l'on veut dire ... sans qu'on le désigne davantage ²⁸⁸ », ce qui est loin d'être une évidence.

136. Les conclusions de la directive de 1991 doivent en outre être reçues aujourd'hui avec prudence. Déjà le considérant 6 de la directive semblait prévoir le caractère provisoire du texte : « *considérant que le cadre juridique communautaire concernant la protection des programmes d'ordinateur peut donc, **dans un premier temps**, se limiter à prescrire que les Etats doivent accorder la protection du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires* »²⁸⁹. On est tenté de penser « faute de mieux » et « en attendant une meilleure législation ».

²⁸⁶ Article 1^{er}, paragraphe 3 : « Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection ». Sur l'originalité, cf. infra n°592s.

²⁸⁷ Cf. infra n°144s.

²⁸⁸ Pascal, *De l'esprit géométrique*, éd. Brunschv, à propos de la notion de temps.

²⁸⁹ Souligné par nous.

Cette meilleure législation alors en préparation semble toutefois pour l'instant compromise car s'il était prévu que le logiciel serait attrait, non sans difficultés, dans le domaine du droit des brevets²⁹⁰, c'était sans compter le Parlement européen et son rejet du projet de directive dans une épreuve de force l'opposant à la Commission²⁹¹.

137. Se pose toutefois la question de l'avenir textuel du principe reconnu par la directive de 1991. À n'en pas douter, on peut légitimement penser qu'il reste un principe fondamental du droit d'auteur communautaire en construction. Mais l'écueil est le même que celui rencontré en droit français : la définition de l'idée et, partant, celle de la limite entre celle-ci et la création objet de protection. Il est remarquable que, lors de la transposition de la directive, le législateur français n'ait purement et simplement pas repris le texte de l'article 1^{er}, 2^o) de la directive. Seul l'article L.122-6-1, III du code déjà évoqué reprend l'article 5, 3^o) de la directive relative aux « *exceptions aux actes soumis à restriction* ». Est-ce à dire que le principe est déjà suffisamment incorporé dans notre droit par la règle jurisprudentielle qu'il apparaît inutile de le matérialiser plus avant ?²⁹²

138. Aucun autre texte communautaire relatif à la propriété intellectuelle ne vise aussi expressément ce principe. Seule la directive relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale²⁹³ semble y faire une discrète allusion. Son article 2 paragraphe 1^{er} définit ce que l'on doit entendre par « œuvre d'art originale », objet de la protection. Il s'agit de « créations **exécutées** par l'artiste lui-même ou d'exemplaires considérés comme œuvres d'art originales »²⁹⁴.

A n'en pas douter, l'exécution souhaitée par la directive renvoie à la seule protection de la forme au sens communément admis en droit d'auteur, et donc, ipso facto, à l'exclusion de la protection des idées.

²⁹⁰ On remarquera cependant la certaine prudence des instances communautaires confinant pour certains à la frilosité : Christophe Caron, *L'Europe timide des brevets de logiciels*, Communication, commerce électronique 2002 chron. 20.

²⁹¹ Le Parlement a ainsi rejeté le projet de directive le 6 juillet 2005. Cf. Le Monde du 7 juillet 2005, <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3214,36-669825@51-658040,0.html>. Christophe Guillemin : *Brevets logiciels : Le Parlement européen enterre la directive*, ZD Net France, 6 juillet 2005, <http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39241912,00.htm>.

²⁹² Nous remarquons que le législateur de 1957 qui a, pour une large part, consacré des solutions dégagées en jurisprudence s'est gardé d'incorporer dans la loi non seulement le principe d'exclusion des idées, mais également le critère d'originalité, seul à prendre en considération pour conférer protection à une œuvre de l'esprit, si ce n'est que subséquentement en exigeant l'originalité des titres. L'article 1^{er} de la directive de 1991 est à ce propos exemplaire : non seulement il exclut expressément les idées du champ de protection, mais en plus il définit l'originalité.

²⁹³ Directive 2001/4/CE du parlement européen et du conseil du 27 septembre 2001.

²⁹⁴ Souligné par nous.

139. Dans un autre domaine spécifique, la directive du 11 mars 1996²⁹⁵ tend à la protection des bases de données, « *quelles que soient leurs formes* ». Cette formule est assez proche de celle de l'article L.112-1 du Code à propos de laquelle il ne semble pas possible de conclure définitivement qu'elle fonde l'exclusion des idées²⁹⁶. Dans sa partie « droit d'auteur », la directive reconnaît aux états membres la possibilité de prévoir des limitations aux droits conférés à l'auteur de la base, et notamment toutes les « *exceptions au droit d'auteur traditionnellement prévues par leur droit interne* »²⁹⁷. Entre autres exceptions, il est alors possible de songer au principe d'exclusion des idées : ainsi l'idée ou méthode qui soutend l'organisation d'une base de données ne serait pas susceptible d'être protégée dans cette hypothèse.

Cela semblerait entériner, implicitement, l'existence du principe d'exclusion des idées du champ de protection du droit d'auteur, ou, du moins, du champ des créations spécifiques régies par le droit communautaire. Mais, nous allons le voir, la filiation dont se réclament les textes communautaires eu égard à la convention de Berne semble inefficace à elle seule à expliquer l'origine et les fondements du principe. Plus encore, le problème reste entier de savoir où finit l'idée et où commence l'œuvre protégeable.

b) Droit des brevets

140. La Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 relative au brevet européen pour le marché commun (brevet communautaire) mais toujours pas entrée en vigueur fait référence explicite à la convention de Munich relative au brevet européen²⁹⁸. Sans doute doit-on entendre cette référence comme un renvoi à ladite convention concernant les conditions de fond du brevet. L'hésitation n'a toutefois plus lieu d'être à la lecture de la proposition de règlement sur le brevet communautaire du 1^{er} août 2000. L'article premier dispose en effet :

« Il est institué par le présent règlement un droit communautaire en matière de brevets d'invention. Ce droit s'applique à tout brevet délivré par l'Office européen des brevets (...) »

²⁹⁵ Art. 1^{er} de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, transposée par la loi 98-935 du 1^{er} juillet 1998.

²⁹⁶ Cf. supra n°121.

²⁹⁷ Art. 6, 2^o, d) de la directive.

²⁹⁸ JOCE 26 janvier 1976, ratifiée par la loi 77-681 du 30 juin 1977, JO 1^{er} juillet 1977, art. L.614-25 et suivants du CPI.

en vertu des dispositions de la convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973 (...) pour tout le territoire de la Communauté ».

141. Le commentaire du texte explique très simplement que sera un brevet communautaire tout brevet européen délivré par l'OEB pour tout le territoire de la Communauté. Ce qui présuppose bien évidemment que les critères de brevetabilité, au sein desquels figure l'exclusion des idées, seront appréciés selon le texte de la convention de Munich dont nous avons vu qu'elle avait été intégrée en droit français. Les remarques faites plus haut conservent donc ici toute leur pertinence.

c) Dessins et modèles

142. La directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins ou modèles a fait l'objet d'une transposition en droit interne par l'ordonnance 2001-670 du 25 juillet 2001²⁹⁹.

S'il modifie sensiblement l'état du droit français concernant les conditions de protection en exigeant nouveauté et caractère propre, le texte ne semble pas remettre en question l'exclusion implicite des idées du champ des dessins et modèles.

3- Textes internationaux

143. Les droits intellectuels sont rangés au nombre des droits de l'homme³⁰⁰. A ce titre, plusieurs textes de portée internationale en garantissent le respect.

Ainsi la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 en son article 27 mentionne-t-elle que « *chacun a droit à la protection de ses intérêts moraux et ma-*

²⁹⁹ JORF 28 juillet 2001, p.12127.

³⁰⁰ Concernant le droit d'auteur : René Cassin, L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit, in mélanges Marcel Plaisant, Sirey 1960 p.225 ; Michel Vivant, Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? , RIDA octobre 1997 p.61 ; Dany Cohen, La liberté de créer, in Liberté et droits fondamentaux, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, 6^{ème} édition, Dalloz, 2000, p. 369 ; Marc Verdussen, Les droits de l'homme et la création artistique, in mélanges Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.1001.

tériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

Dans un libellé identique, le pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels du 19 décembre 1966 proclame le même droit. Ces deux textes fondamentaux visent « *toute production* » de l'esprit sans qu'il soit question d'une quelconque restriction à un type particulier de création. Ainsi ne peut-on pas, de manière définitive, tirer de ces textes le cantonnement de la protection à la « création de forme » et conclure à l'exclusion des idées.

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CESDH) évoque, au titre de la liberté d'expression, la libre circulation des informations ou des idées³⁰¹ et l'art. II-11 du projet de la Convention pour une Constitution européenne reprend à la lettre le texte de l'art. 10 al. 1^{er} de la CESDH³⁰².

Mais c'est dans le droit international spécifique aux créations intellectuelles qu'il faut rechercher le fondement d'une exclusion des idées.

a) Droit d'auteur

144. La convention de Berne du 9 septembre 1886, en son article 2, 1) définit les œuvres littéraires et artistiques comme « *toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression* ».

145. Le texte de la convention ne nous aide en aucune manière à déterminer, en soi, ce qu'il entend par « *production* ». S'appuyant sur les actes des conférences de Rome en 1928 et de Bruxelles en 1948, un auteur tire la conclusion suivante : « *une œuvre littéraire et artistique doit être une production, cette expression étant définie comme signifiant que l'œuvre doit être destinée à être publiée, même si elle ne doit pas nécessairement l'être pour être pro-*

³⁰¹ Art. 10 al. 1^{er} CESDH : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

³⁰² « *Le Monde* » du mercredi 18 juin 2003. Le texte est inséré dans la partie II du projet, intitulée « charte des droits fondamentaux de l'Union ». Il est remarquable que l'art. II-17 relatif au droit de propriété dispose en son alinéa 2 : « La propriété intellectuelle est protégée ».

tégée. Il s'agit du « passage à l'acte », de la concrétisation ou cristallisation de l'idée que nous préférons appeler « objectivation »³⁰³. Pour cet auteur, cette objectivation se traduit nécessairement par la protection de l'expression de l'idée mais non pas par celle de l'idée elle-même³⁰⁴. Rien ne permet cependant d'affirmer, à la lecture des extraits cités des rapports des diverses conférences qu'une idée ne saurait être protégée par la convention. En effet, la discussion portait sur le terme de « production », qu'il avait été proposé de remplacer par celui de « création » plus enclin à faire ressortir les « résultats du travail intellectuel »³⁰⁵.

146. L'objectivation n'exclurait cependant pas *ipso facto* la protection de l'idée. Car si nous sommes d'accord avec Monsieur Gervais pour dire que « *la création (originale) protégée devra nécessairement avoir été objectivée* »³⁰⁶, nous sommes moins enclins à conclure que l'idée, par nature, renâcle à l'« *existence objective* »³⁰⁷. En effet, ce que la jurisprudence a été amenée à examiner comme idée était, dans tous les cas, l'expression d'une conception intellectuelle qui était jugée insuffisante pour recevoir le statut d'œuvre de l'esprit³⁰⁸. Dans tous les cas, l'« *idée* » avait été objectivée. Dès lors se pose une alternative : soit il s'agit d'une œuvre de l'esprit dépourvue d'originalité, soit il s'agit d'un non-sens conceptuel³⁰⁹.

147. Le traité de l'OMPI est, quant à lui, parfaitement explicite :

« *La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels* »³¹⁰.

La formulation de l'exclusion n'est pas sans rappeler celle de l'article L.611-10 du code de la propriété intellectuelle, *in fine*, qui, en matière de brevet, refuse la protection aux découvertes et théories scientifiques, aux méthodes mathématiques, aux plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, dans la mesure où on entend leur accorder protection « *en tant que tels* ».

148. Par delà le simple parallélisme de formulation, la lecture de l'article 2 du traité OMPI s'avère en soi insuffisante pour savoir ce qui est entendu par idée. Le rapprochement

³⁰³ Daniel Gervais, La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé, thèse, Nantes 1996, p.65.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ Actes de la conférence de Rome de 1928, cité par Daniel Gervais, ibid.

³⁰⁶ Op. cit. p.66.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ Cf. infra, n°224.

³⁰⁹ Cf. infra.

³¹⁰ Art. 2 du traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle adopté par la Conférence diplomatique de Genève du 20 décembre 1996. Souligné par nous.

avec les procédures, méthodes et concepts est tentant, mais ne semble pas pour autant décisif. S'il est limpide dans son énoncé, le texte pêche par défaut de précision et renvoie la responsabilité de la définition de l'étendue de son application au juge.

Souplesse que l'emploi de notions à contenu variable, mais indétermination potentiellement infinie du champ d'application de la norme : lire ce texte ne nous apprend rien sur ce qu'il est convenu d'exclure par « idée ».

149. L'accord de Marrakech du 15 décembre 1993 relatif aux aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accords ADPIC) adopté dans le cadre du GATT est également très clair. Son article 9, 2° mentionne en effet « La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ».

Ne serait-ce le verbe qui est au futur, on jurerait lire l'article 2 du traité OMPI. On peut sans doute relever la parenté entre ces deux formules et celle de la section 102 (b) du Copyright Act des Etats unis : « *En aucun cas, la protection accordée par le copyright à l'œuvre originale d'un auteur ne peut s'étendre aux idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes opératoires, concepts, principes ou découvertes quelle que soit la forme dans laquelle elles sont décrites, expliquées, illustrées ou incorporées dans une telle œuvre* ».

Mais la seule lecture de ces textes, traité OMPI et accord ADPIC ne nous est d'aucune utilité pour définir l'idée à laquelle la protection est refusée.

b) Droit des brevets

150. Ne seront évoquées ici que les conventions touchant aux conditions de brevetabilité et non celles instituant organismes³¹¹ et coopération en matière de recherche documen-

³¹¹ Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 posant le principe de l'assimilation des unionistes aux nationaux et instaurant un système d'harmonisation du droit sans toutefois mettre en place un brevet international ; Accord de La Haye du 6 juin 1947 créant l'Institut international des brevets ; Conférence de Stockholm de 1967 réformant les structures unionistes et créant l'OMPI, cf. A. Chavanne et J.-J. Burst, p.14.

taire³¹². Pour l'essentiel il s'agit de textes en vigueur ou transposés en droit français. Le principe d'exclusion se trouve donc à l'identique dans certains de ces textes.

151. La convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 signée par neuf états européens dans le cadre du Conseil de l'Europe ne porte que sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention³¹³. Cette convention ne vise qu'à unifier le droit des brevets sur deux points : les conditions de brevetabilité et la portée du brevet. La loi française du 2 janvier 1968 intègre les dispositions de la convention au sein desquelles ne figure pas l'exclusion de créations abstraites. La convention se contente des conditions positives de brevetabilité - nouveauté et activité inventive - et ne traite que de certaines conditions d'exclusion : la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les variétés végétales, races animales et procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux (article 2). On ne peut que déduire le principe qui, du reste, se rencontre dans tous les autres textes relatifs aux conditions de fond. Il faut donc admettre qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit des brevets.

152. La Convention de Munich du 5 octobre 1973 instaure un système de délivrance de brevets européens³¹⁴. Outre un volet institutionnel et procédural, la Convention reprend les conditions de fond de brevetabilité de la Convention de Strasbourg en ajoutant des conditions négatives (article 52, 2^o). Dans la mesure où la loi du 13 juillet 1978 modifie la loi de 1968 en alignant le droit français sur les conventions internationales liant la France, l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle revêt une rédaction identique à celle de l'article 52 de la Convention. Les remarques faites à propos du texte français peuvent donc être réitérées ici.

c) Droit des dessins et modèles

³¹² Traité de Washington de coopération en matière de brevets dit PCT du 19 juin 1970 (ratifié par la loi 77-503 du 17 mai 1977, JO du 18 mai 1977, publié par décret 78-550 du 21 avril 1978, JO 25 avril 1978, cf. art. L.614-17 et suivants du Code) ; Convention de Strasbourg du 24 mars 1971 mettant en place un système de classification internationale des brevets ; Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt sur le micro-organismes du 28 avril 1977 ; Traité de Genève du 7 mars 1978 sur l'enregistrement international des découvertes scientifiques.

³¹³ Publiée par le décret 80-1152 du 30 décembre 1980, JO 4 janvier 1981.

³¹⁴ Publiée par décret 77-1151 du 27 septembre 1977, JO 16 octobre 1976 et entrée en vigueur le 7 octobre 1977. Cf. art.52 et suivants.

153. Les conventions internationales relatives aux dessins et modèles ne se penchent pas sur les conditions de protection d'une telle création.

Ainsi l'arrangement de La Haye³¹⁵, conclu dans le cadre de la convention d'Union de Paris de 1883, ne donne pas de définition du dessin ou du modèle, celle-ci restant à la charge des législations nationales. Cette convention organise un dépôt international des dessins et modèles sans s'occuper des conditions de fond.

B- L'expression jurisprudentielle du principe

154. C'est au crédit de la jurisprudence que l'on doit mettre l'accession en droit positif du principe d'exclusion des idées. Sans doute fut-elle en cela influencée par la doctrine, et il ne semble pas exagéré d'affirmer que l'assertion de Desbois selon laquelle « *les idées sont par essence et par destination de libre parcours* » fait partie de ces sentences aujourd'hui acquises et dogmatiquement fondamentales³¹⁶. Nous brosserons un tableau nécessairement incomplet de la consécration du principe en jurisprudence en propriété littéraire et artistique (1) ainsi qu'en propriété industrielle (2).

1- Propriété littéraire et artistique

Nous approcherons successivement les créations littéraires et artistiques dites « classiques » (a), pour nous consacrer ensuite aux deux créations particulières que sont les créations publicitaires (b) et les logiciels d'ordinateurs (c) à propos desquelles le principe d'exclusion se manifeste avec une acuité sensiblement différente.

³¹⁵ Arrangement de La Haye du 6 novembre 1925 concernant le dépôt international des dessins ou modèles (Décret du 5 octobre 1930, JORF 9 octobre 1930). Révisé à plusieurs reprises, la dernière en date étant celle de Genève en 1999, non encore entrée en vigueur. Cf. Jean-Christophe Galloux in RTD Com. 2000 p.351.

³¹⁶ Jacques Raynard : Droit d'auteur et conflits de lois, essai sur la nature juridique du droit d'auteur, thèse précitée, note 83 p.50. Pour un tableau transcendant les composantes de la propriété intellectuelle, V. Catherine Fruteau in GAPI, Dalloz 2004, n°6 p.73.

a) Créations littéraires et artistiques classiques

155. La jurisprudence foisonne de décisions de plus ou moins grande importance dont la ligne très claire, à quelques très rares exceptions près³¹⁷, est d'exclure les idées de la protection du droit d'auteur. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons relever quelques-unes des différentes formulations employées par les magistrats.

156. Une décision fameuse du tribunal civil de la Seine avait déjà fort élégamment précisé que « *dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative* »³¹⁸. Rendue sous l'empire des lois révolutionnaires, les juges du fond proposèrent une règle qui, pour de bon sens qu'elle apparaissait, allait avoir un succès presque jamais démenti, ni en jurisprudence, ni en doctrine.

Les décisions postérieures, avec quelques minces variations de formules, reprendront fidèlement le fond de la solution.

157. Ainsi, concernant une méthode d'enseignement, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu juger qu'« *il ne peut être fait grief à la cour d'appel de s'être contredite, en reconnaissant qu'une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas, en elle-même, susceptible d'appropriation privative* »³¹⁹. La cour condamna néanmoins l'appropriation fautive de l'idée d'autrui sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle selon les motifs adoptés par les juges du fond au terme desquels « *si une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative, son auteur, (...) est en droit d'exiger que des concurrents n'en fassent pas application sous une forme générale identique de nature à créer une confusion entre les deux ouvrages* ».

158. De la même manière, la cour de cassation refusa la qualité de coauteurs d'un livre de vulgarisation ainsi que d'un traité portant tous deux sur la phytothérapie aux membres

³¹⁷ Affaire du « journal de bord de Maarkos Sestios », CA Aix 13 janvier 1958, JCP 1958 II 10412 ; D.1958, jur. p.142 ; appel formé contre Trib.Civ. Marseille 11avril 1957, JCP 1957 II 10334 obs. Plaisant ; D. 1957, 369 ; S. 1957, 309.

³¹⁸ Trib. Civ. Seine, 19 décembre 1928, affaire du train de 8 h 47, Gaz. Pal. 1929, I, 264. Il semble que l'on puisse déjà relever un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 novembre 1841 jugeant déjà que, « *si un auteur ne saurait revendiquer un droit exclusif de propriété sur une idée prise en elle-même, celle-ci appartenant, en réalité, au fonds commun de la pensée humaine, il n'en saurait être de même lorsque, par la composition du sujet, l'arrangement et la composition des épisodes, l'auteur présente au public une idée sous une forme concrète et lui donne vie* » ; cité par Claro in note sous CA Paris, 12 mai et 10 novembre 1909, D.P. 1910, 2, p.81.

³¹⁹ Com. 29 novembre 1960, Bull. civ. IV, n°389 ; Gaz. Pal. 1961, 2, p.152 ; Ann. Prop. Ind. 1961, p. 309, note Blaustein ; GAPI, Dalloz 2004, n°6, Obs. Catherine Fruteau p.78.

d'une société scientifique dont était membre fondateur l'auteur des dits ouvrages au motif que : « *La loi du 11 mars 1957 ne protégeant pas les idées exprimées, mais seulement la forme originale sous laquelle elles le sont, la constatation souveraine (des juges du fond) suffit à justifier l'arrêt attaqué* »³²⁰. La revendication des membres de la société portait sur le fait que, au vu de l'originalité de leurs propres travaux dont s'était servi le docteur Belaïche pour la rédaction de ses livres, la qualité de coauteur devait leur être attribuée. La Cour juge donc, en substance, que, sans préjudice de l'originalité intrinsèque des contributions de chaque membre à l'enrichissement du fonds de travaux et découvertes constituant le patrimoine de la société, les résultats pouvaient être utilisés sous une forme originale propre par le docteur Belaïche.

159. Lors d'un feuilleton judiciaire dont certains plaideurs ont le secret, la cour de cassation a également pu casser un arrêt de la cour d'appel de Paris se bornant à relever que « *l'esprit des deux œuvres, de même que l'évolution et le dénouement de l'action sont totalement différents* » au motif que les juges du fond n'avaient pas à apprécier les différences séparant les deux œuvres. La Cour de cassation en profite toutefois pour préciser que « (...) *le thème, non protégeable en soi, de l'emprise de la télévision sur les esprits, n'était pas un élément caractéristique original de ce film* »³²¹. Ce faisant, elle fait du thème de l'œuvre l'alter ego de l'idée, sans doute en raison d'une analogie tentante et justifiée par ce qu'une partie de la doctrine appelle le « défaut de précision » inhérent à l'idée³²².

160. Dans un arrêt du 17 octobre 2000, la première chambre civile de la cour de cassation a posé sous forme de principe que « *la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* »³²³. Cet arrêt sur lequel nous reviendrons semble à la fois synthétiser un siècle et demi de jurisprudence et préciser le fondement du principe (article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle). Rendu en matière de création publicitaire, sa portée est nécessairement plus large en raison du visa et de la formulation du principe qui ne vise aucune création

³²⁰ Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1983, Bull. civ. I n°260, Ann. Prop. Indus. 1984, p. type 62.

³²¹ Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, Bull. civ. I n° 161 ; R.I.D.A. octobre 1992, p. 156 ; D.93, jur. p.184, note X. Daverat ; D. 1993, Somm. p.243 obs. T. Hassler ; L.P.A. 10 mars 1993, note Ch. Gavalda. Cf. également CA Douai, 20 mai 1996, sur renvoi de Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, L.P.A. 28 juillet 1997, p.15, note Christophe Caron.

³²² Cf. infra n°243s.

³²³ Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2000, Bull. I n°248 p. 162 ; RJDA avril 2001 n° 522 p. 469 ; Philippe Le Tourneau, Comm. Com. élect. 2001, chron. 4.

particulière. Il semble cependant que la cour de cassation ouvre ici, peut-être inconsciemment, une certaine voie en rupture avec les positions jurisprudentielles classiques³²⁴.

161. La Cour de cassation a néanmoins confirmé sans ambiguïté sa position par trois arrêts rendus chacun à quelques mois d'intervalle.

Le premier est sans doute le plus explicite. Une architecte d'intérieur revendique la propriété intellectuelle de l'aménagement-type de magasins dont elle avait établi le cahier des charges et assigne plusieurs sociétés en contrefaçon. La Cour d'appel de Versailles³²⁵ rejette sa demande au motif que les prescriptions et dessins invoqués se réduisaient à des principes généraux exclusifs d'indications suffisamment concrètes et précises. Les juges du fond relèvent en outre qu'une planche est exempte d'originalité et que l'autre est trop imprécise et partielle. La Cour de cassation confirme la décision au motif limpide que « *la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés* »³²⁶ puis se retranche derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en reprenant les motifs de l'arrêt d'appel. Bien qu'étant un arrêt de rejet et bien qu'elle ne fut pas saisie d'une question directe relative à la protection des idées, la Cour donne pourtant à cet attendu l'allure d'un principe venant sinon recadrer, du moins compléter celui posé trois ans plus tôt.

Le deuxième arrêt refuse de faire droit à une requête visant à obtenir réparation pour atteinte aux droits moraux d'auteurs d'une œuvre première. Selon ces derniers, les auteurs d'une œuvre dérivée auraient dû solliciter leur accord. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *les éléments communs aux deux scénarios (...) ne sont pas protégeables au titre de la propriété intellectuelle, pour être des faits puisés dans la vie largement médiatisée de B... Agret, ou des concrétisations d'idées laissées à la libre utilisation de chacun* »³²⁷. Le troisième arrêt adopte la même solution en déniait la qualité d'auteur à une personne ayant proposé l'idée d'un guide du football mais ne prouvant pas avoir remis un manuscrit ou défini des conceptions éditoriales et graphiques³²⁸.

³²⁴ Cf. Infra n°218.

³²⁵ CA Versailles, 11 octobre 2001, Prop. intellectuelles avril 2002, n°3 p.45, note A. Lucas ; Y. Reboul : *L'œuvre d'architecture intérieure : apparences et ... réalités*, Comm. Com. électr. 2002, chron. n°28.

³²⁶ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, pourvoi n° 01-17650, Comm. Com. électr. 2003, n°80, note Christophe Caron ; JCP 2004, II, 10177, note A.C. ; JCP éd. E, p.1641.

³²⁷ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, inédit, pourvoi n°01-15301.

³²⁸ Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, pourvoi n°01-03059.

161bis. Plus récemment, la Cour de cassation eut à se prononcer sur la question de savoir si les règles d'un concours pouvaient, en tant que telles et indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être donnée, recevoir une protection au titre du droit d'auteur. Dans l'espèce, une ancienne salariée de la société Marie-Claire ayant développé sur un concours ayant pour but de décerner des prix aux meilleurs produits de l'année assigna son ancien employeur en contrefaçon. Elle reprochait à la société d'avoir poursuivi le concours sans son autorisation tout en revendiquant un droit d'auteur sur celui-ci. La Cour d'appel de Versailles admit dans un arrêt du 14 janvier 2004 que les critères retenus et les classifications établies selon lesquels un jury aurait à se prononcer reflétaient des choix arbitrairement effectués révélant les caractéristiques originales du concours portant indiscutablement la marque de la personnalité de son auteur³²⁹.

La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel au motif de principe que « *la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts mais seulement la forme originale sous laquelle ils se sont exprimés* ». Elle précisa en outre que « *les règles d'un concours, même si elles procèdent de choix arbitraires, ne peuvent indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur* »³³⁰. Outre l'importance du rapprochement qu'elle semble faire entre la notion d'œuvre de l'esprit et l'insuffisance de choix arbitraires³³¹, l'intérêt de la décision réside dans la nature de l'objet qu'il était question de protéger. En effet, les règles d'un concours sont bien éloignée du domaine naturel de la propriété littéraire et artistique et il apparaissant, dans l'esprit du plaideur du moins, que le droit d'auteur pouvait être un terrain d'élection pour celles-ci³³².

La proclamation du principe d'absence de protection des idées par la propriété littéraire et artistique est encore ici dépourvue de toute ambiguïté, reléguant les quelques décisions rebelles au rang de curiosités juridiques.

³²⁹ CA Versailles, 14 janvier 2004, RIDA 2004, n°201 p.280. Gaz. Pal. 2004 p.4015 note Dupont.

³³⁰ Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005, D. 2006, jur. p.517, note Agnès Tricoire.

³³¹ Cf. infra Partie II, titre II chapitre I.

³³² Voici une illustration flagrante de ce que, ici en pratique, le droit d'auteur semble faire office de droit commun des créations intellectuelles.

b) Créations publicitaires³³³

162. L'idée revêt une importance de premier ordre en matière de création publicitaire. Elle s'avère souvent capitale dans le succès d'une campagne et la technique du « brainstorming » née de l'univers de la publicité a pour seul objet de trouver des idées³³⁴. La jurisprudence a néanmoins appliqué le principe d'exclusion en la matière³³⁵.

163. Ainsi a-t-il été jugé qu'une agence publicitaire qui a commandé à un dessinateur l'exécution de maquettes de documents publicitaires ne peut prétendre à la qualité d'auteur ou du moins de coauteur en soutenant qu'elle a conçu et imaginé les idées publicitaires et que le dessinateur, simple exécutant, s'est borné à faire la transcription graphique³³⁶.

163bis. Deux arrêts récents de la cour d'appel de Paris viennent renouveler la solution posée bien des années plus tôt.

La première espèce avait trait à deux campagnes publicitaires de promotion de produits informatiques de maniement aisé³³⁷. Deux sociétés concurrentes avaient pour ce faire chacune associé une empreinte palmaire de même couleur chair et un slogan, chacun ressemblant à l'autre et véhiculant le même message³³⁸. La cour rappelle que « *les idées, indépendamment de la représentation qui en est faite, sont de libre parcours* ». Elle relève ensuite que la reproduction de l'empreinte palmaire est d'un usage courant en publicité, que le visuel développé n'était que la transposition française d'une campagne antérieure menée aux Etats Unis et que le slogan n'était que la traduction libre d'un slogan américain dont la banalité et le rôle secondaire ne permettent pas de conclure à l'existence « *d'un lien immédiat et nécessaire entre le visuel* » de chacune des sociétés.

La seconde espèce portait sur la promotion d'assurances mettant en œuvre le panneau « stop »³³⁹. Les slogans étaient peu différents³⁴⁰. La cour a jugé que « *le seul fait d'avoir dé-*

³³³ Cf. les très nombreuses références jurisprudentielles in Christophe Bigot : Droit de la création publicitaire, L.G.D.J., n°15s ; Pierre et François Greffe, *La publicité et la loi*, Litec, 8^{ème} édition, 1995, n°623s ; Emmanuelle Parent : *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989, p.7s.

³³⁴ Emmanuelle Parent, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989, p.8.

³³⁵ Ibidem p.6 et suivantes.

³³⁶ CA Paris 25 avril 1975, Ann. Prop. Ind. 1975, p.113.

³³⁷ CA Paris, 4^{ème} chambre, 16 janvier 2002, Gaz. Pal, 27-28 septembre 2002, spécial publicité, p.23.

³³⁸ « Le multimédia à usage humain » pour l'un, « la technologie à échelle humaine » pour l'autre.

³³⁹ CA Paris, 4^{ème} chambre, 6 mars 2002, Gaz. Pal, 27-28 septembre 2002, spécial publicité, p.22.

³⁴⁰ « Stop malus » pour l'un et « SOS malus » pour l'autre.

cliné une idée aussi banale que le panneau Stop est de libre parcours »³⁴¹ car l'utilisation du panneau « *résulte d'autant moins d'un processus créatif que le produit en cause est étroitement lié à la circulation routière et s'impose d'évidence dans l'esprit de tout un chacun* ».

c) Logiciels ou programmes d'ordinateurs

164. Si l'article L. 122-6-1 III du Code prévoit comme exception aux droits de l'auteur d'un logiciel la possibilité pour l'utilisateur de déterminer les idées et principes à la base de la création, c'est par le biais des fonctionnalités des programmes que le problème de la protection des idées s'est posé aux juridictions³⁴². L'idée présidant à la réalisation d'un logiciel ne saurait donc recevoir protection, une similitude de fonctionnalité ne pouvant qu'être un indice permettant d'établir la contrefaçon³⁴³.

Une décision du tribunal de grande instance de Paris s'est en effet prononcée sur la question de savoir si la fonctionnalité d'un logiciel d'ordinateurs pouvait faire l'objet d'un droit d'auteur³⁴⁴. Le tribunal a répondu par la négative au motif que « *seule la forme du programme c'est-à-dire l'enchaînement des instructions peut être protégée, si elle révèle un effort personnalisé de l'auteur* » et que « *les fonctionnalités en tant que telles ne sont pas protégeables* ». Le tribunal commence par rappeler le principe d'exclusion des idées pour y intégrer ensuite l'exclusion des fonctionnalités par analogie³⁴⁵. Les commentateurs du jugement approuvent la décision l'un d'eux relevant les dangers d'une protection accordée aux fonctionnalités : la stérilisation de toute création libre³⁴⁶.

³⁴¹ La cour de préciser que le risque de confusion n'était pas établi.

³⁴² Bernard Edelman : *Droit d'auteurs, droits voisins. Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, n°392 p.296 ; David Forest : *Fonctionnalités, présentation, les critères de la contrefaçon*, Legalis.net septembre 2003, p.87. Pour une analyse sur le terrain de l'article L.112-2, 13°) CPI cf. Philippe Belloir : *Le délit pénal de contrefaçon d'œuvres logicielles et multimédias*, thèse Rennes I, 1999, n°46 et suiv. p.38.

³⁴³ André Lucas, in *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Puf, Thémis droit privé, 2001, n°623 p.392 ; Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2001 n°167.

³⁴⁴ TGI Paris 4 octobre 1995, SARL Mage c/ Pando, LPA 15 décembre 1996, n°15 p.5 obs. Xavier Daverat ; JCP 1996, II, 22673, note Hervé Croze ; JCP éd. E 1996, I, 559 n°3, chronique par Michel Vivant et Christian Le Stanc.

³⁴⁵ « Les fonctionnalités d'un logiciel constituent la finalité de celui-ci, le but que veut atteindre le programme, et non l'enchaînement des instructions permettant d'y parvenir », Xavier Daverat, obs. précitée ; « La fonctionnalité est la finalité de l'algorithme et donc du programme qui le concrétise (...) » c'est « l'objet même du logiciel : les fonctionnalités d'un programme décrivent les tâches qu'il peut accomplir », Hervé Croze, note précitée.

³⁴⁶ Hervé Croze, note précitée.

165. Un jugement du tribunal de commerce de Nanterre tranche dans un sens apparemment opposé³⁴⁷. En l'espèce, les deux concepteurs d'un programme demandaient la condamnation pour contrefaçon d'une société ayant, selon eux, reproduit illicitement le logiciel qu'ils avaient développé. Le tribunal relève que le logiciel des requérants « *présentait une originalité certaine en ce qu'il permettait de réduire sensiblement le temps de réalisation de dessins animés tout en leur conservant l'impression de mouvements non saccadés recherchés* ». Ce qui signifie, en d'autres termes, que le tribunal retient l'accusation de contrefaçon en se fondant sur l'originalité du logiciel déduite... de sa fonctionnalité ! Cela est d'autant plus surprenant qu'il semble « *évident que le critère d'originalité (...) est totalement indépendant des performances fonctionnelles de l'ordinateur* »³⁴⁸.

165bis. La Cour d'appel de Versailles a pu, dans la même affaire, infirmer de façon fort claire la solution rendue par le Tribunal de commerce. Sans ambiguïté, la Cour précise que « *des fonctionnalités, en tant que telles, et dans la mesure où elles correspondent à une idée, ne peuvent bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit* »³⁴⁹. Peut-être pourrait-on s'interroger sur la formule employée par la Cour. Est-ce qu'une fonctionnalité « en tant que telle » ne saurait être protégée ou doit-on en outre démontrer qu'elle correspond à une idée ? Mais la proposition surabondante de la Cour vise sans doute à faire entrer explicitement les fonctionnalités dans le vaste monde des idées, ce confirme le commentateur de l'arrêt. Selon lui, une fonctionnalité correspond en effet « au résultat que le programme d'ordinateur permet d'atteindre » et s'apparentant à une idée et à un résultat, celle-ci ne saurait bénéficier de la protection du droit d'auteur³⁵⁰.

166. La Cour de cassation n'a pas, semble-t-il, encore eu à se prononcer directement sur la question des fonctionnalités. Du moins peut-on déduire d'un arrêt du 27 avril 2004 que les fonctionnalités ne sauraient, en soi, faire l'objet d'un droit privatif. En l'espèce une société louait à une autre société qui les sous-louait des jeux vidéo sans avoir sollicité l'autorisation de la société Nitendo, propriétaire des droits sur ces jeux. Cette dernière assigne donc les indélicates en contrefaçon et la Cour d'appel de Paris accède à la requête. Pourvoi est intenté

³⁴⁷ T.Com. Nanterre 8^{ème} chambre, 27 septembre 2001, Syn'x Relief, Raymond P. et Isabelle C. c/ Softimage France, Softimage Inc. et Digital, Expertises mai 2002 n°259 p.199 et commentaire de Cyril Fabre p.183 ; RIDA juillet 2002 n°199 p.29 obs. André Kéréver.

³⁴⁸ André Kéréver, chronique précitée. L'auteur de poursuivre : « Autrement dit, l'élément d'originalité de l'ordinateur admis à la protection peut être dépourvu - ou du moins sans influence - de toute utilité fonctionnelle, tandis qu'à l'inverse des performances fonctionnelles élevées peuvent être exclues de la protégeabilité, faut d'être originales ».

³⁴⁹ CA Versailles, 9 octobre 2003, Comm. Com. électr. 2004, n°25, note Christophe Caron.

³⁵⁰ C. Caron, note précitée.

selon le moyen, notamment, que les juges du fond avaient retenu la contrefaçon sans avoir caractérisé l'originalité des logiciels litigieux. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que : « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que, relevant que les spécifications externes, l'expression télévisuelle et l'enchaînement des fonctionnalités des logiciels de chacun des jeux concernés témoignaient d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leurs créateurs, la cour d'appel a estimé que ces logiciels présentaient un caractère original* »³⁵¹.

La Cour se retranche donc derrière le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond en relevant toutefois les éléments à partir desquels avait été caractérisée l'originalité des jeux : les spécifications externes, l'expression télévisuelle et l'enchaînement des fonctionnalités. Si donc ces éléments peuvent donner lieu à protection, les fonctionnalités en tant que telles ne sauraient être traitées de la même manière³⁵².

167. Les juges sont donc censés ne pas oublier que « le droit d'auteur s'(applique) à la forme, (et que) l'originalité n'a que faire de la considération des fonctionnalités »³⁵³. Or l'examen de l'originalité d'un logiciel suppose d'une part l'existence d'une tâche à accomplir, une fonctionnalité, d'autre part des instructions pour les accomplir. Seules ces dernières doivent faire l'objet d'un examen d'originalité.

Or que dire d'un logiciel inachevé ? L'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle répute l'œuvre créée « *indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Mais y aurait-il création logicielle dès lors que la fonctionnalité définie, l'objet ne peut être considéré comme opérationnel ? Un jugement du Tribunal commercial de Meaux répond par la négative³⁵⁴. Victime de son caractère technique, le logiciel inachevé s'est donc vu dénier la qualité d'œuvre de l'esprit, en contradiction avec le texte de l'article L.111-2. Ce caractère inachevé qui rapproche la création de l'idée ne devrait pourtant pas faire obstacle à la protection.

³⁵¹ Civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, pourvoi n°99-18464.

³⁵² En reconnaissant implicitement que l'enchaînement des fonctionnalités est susceptible d'appropriation, la Cour valide l'analyse d'André Bertrand. Cf. *Logiciel et droit : le champ de la protection d'auteur* (3^{ème} partie), Expertises 1986 p.303, spécialement p.306. Cf. également : *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson 1991, p. 520. L'auteur rapproche l'enchaînement des fonctionnalités d'une chorégraphie qui n'est ni plus ni moins que l'enchaînement de pas de danse non protégés en eux-mêmes (CA Paris, 1^{er} juillet 1967, Ann. Prop. Ind. 1968, p.249). Pareil rapprochement pourrait être fait avec le scénario d'un film (conférant au scénariste la qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle, art. L.113-7, 1^o) CPI).

³⁵³ Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sous la direction de Michel Vivant, n°167.

³⁵⁴ T. Com. Meaux, 3 novembre 1987, LPA 24 août 1988, n°102 ; PIBD 1988, n°439, III, p.354.

2- Propriété industrielle

168. Moins riche qu'en matière de droit d'auteur, la jurisprudence industrielle excluant les idées n'en est pas moins significative. Nous aborderons successivement le droit des brevets (a) puis celui des dessins et modèles (b).

a) Droit des brevets

169. La jurisprudence en matière de droit des brevets est tout aussi constante que celle relative au droit d'auteur : une idée ne peut, en soi, faire l'objet d'un dépôt. Il est nécessaire qu'elle fasse l'objet d'une réalisation pratique et technique pour accéder à la protection par le titre³⁵⁵. Ainsi l'inventeur ne doit pas s'arrêter « *au stade de l'abstraction* » mais doit clairement « *définir dans ses revendications le moyen concret d'obtenir le résultat recherché (et) le moyen de l'invention (...)* »³⁵⁶.

170. Aussi fut-il jugé au milieu du XIX^{ème} siècle par la cour d'appel de Lyon que la simple idée de rendre des abat-jour mobiles par l'oscillation de leurs supports n'était pas brevetable tant que n'est pas indiqué de procédé de réalisation³⁵⁷.

La même solution a été consacrée par la cour de cassation dans un arrêt de la chambre commerciale du 31 mars 1954³⁵⁸. La cour a ainsi pu juger qu'une simple découverte « portant sur un principe purement théorique dont les applications pratiques ne sont pas précisées » n'était pas brevetable et qu'il en allait de la sorte pour la « *simple idée consistant à améliorer l'acoustique d'une salle par l'utilisation de panneaux en toile d'amiante, sans indication de procédé de réalisation* ». Autrement dit, non seulement la découverte ne saurait être en soi brevetable, mais en outre la simple idée de mettre en œuvre cette découverte ne peut faire l'objet d'une protection par brevet.

³⁵⁵ J.-M. Mousseron : n°178, p.198 et la jurisprudence analysée.

³⁵⁶ CA Paris, 13 décembre 1990, Ann. prop. ind. 1991, 35. Cf. A. Chavanne et J.-J. Burst n°71 p.67-68.

³⁵⁷ CA Lyon, février 1868, Ann. Prop. Ind. 1871, p.19.

³⁵⁸ Com. 31 mars 1954, Ann. Prop. Ind. 1954, p.266 ; GAPI, n°6, note Catherine Fruteau.

Le fondement est très clairement ici l'exigence de description et de précision : sera considérée comme idée au sens du droit des brevets toute production intellectuelle dont la description sera jugée insuffisante, c'est-à-dire dont une application technique concrète n'est pas ou insuffisamment indiquée.

171. Dans le même esprit la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation formé contre une décision du directeur de l'INPI. Celui-ci avait refusé une demande de brevet pour un procédé d'alimentation d'animaux domestiques au motif que « *les revendications et les éléments correspondants de la description ne contiennent qu'une simple idée, (...) aucun résultat quelconque ne (pouvant) être obtenu par une simple idée dont les moyens de mises en œuvre ne sont pas décrits* ». La Cour reprend à peu de choses près l'argumentation du directeur de l'INPI : faute d'indication de moyens de réalisation, le procédé s'analyse en un « système abstrait » tombant sous le coup de l'article 6-3° de la loi du 2 janvier 1968 (devenu l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle)³⁵⁹.

172. Un arrêt fort intéressant de la Cour d'appel de Versailles vient cependant troubler le jeu. Refusant la protection du droit d'auteur à des fonctionnalités de programme d'ordinateur, la Cour ajoute que « *si elles avaient le caractère innovant nécessaire, (elles) pouvaient recevoir une protection par le moyen du brevet* » et relève que « *tel était d'ailleurs le cas pour la fonctionnalité « Plan Pivot »* »³⁶⁰. Monsieur Caron, dans son commentaire, s'insurge à propos de l'opinion selon laquelle la brevetabilité des logiciels conduit à monopoliser un résultat ou une fonctionnalité. Pareille solution conduirait en effet inmanquablement à protéger un résultat pas le biais du brevet³⁶¹.

173. Au niveau de l'office européen des brevets enfin, la position adoptée est strictement identique. La chambre des recours techniques a déjà eu l'occasion de préciser qu'il fallait entendre l'invention « *comme recouvrant un élément (...) devant avoir un caractère technique et donc être en principe susceptible d'application industrielle pour être brevetable* ». ³⁶² On pourra toujours objecter qu'une idée peut avoir un tel caractère technique et être susceptible d'application industrielle.

³⁵⁹ CA Paris, 2 avril 1981, PIBD 1981, 208, III, 152 ; GAPI, n°6, note Catherine Fruteau. V. également CA Paris, 16 janvier 1998, RDPI 1998, n°87, p.20, sur le terrain du brevet de résultat.

³⁶⁰ CA Versailles, 9 octobre 2003, précité.

³⁶¹ J.-M. Mousseron : n°181 p.204 : « En aucun cas, il ne faut demander à la protection du programme de couvrir le résultat recherché ».

³⁶² OEB, décision T 0854/90 - 3.4.1 du 19 mars 1992 de la chambre des recours techniques, disponible sur <http://www2.european-patent-office.org> ; JCP E 1995, I, 471 n°8, obs. J.-M. Mousseron et J.-J. Burst.

174. Mais la chambre a tranché beaucoup plus clairement la question lors d'un recours dirigé contre une décision de la division d'examen rejetant une demande de brevet européen portant sur un système de retraite privée³⁶³.

Outre certaines remarques intéressantes concernant l'imprécision de la notion d'invention et celle, implicite, de caractère technique, la chambre conclut que : « *Tout dispositif constituant une **entité physique** ou un **produit concret** pouvant servir ou aider à réaliser une activité économique, est une invention au sens de l'article 52(1) CBE* »³⁶⁴.

175. Autrement dit, si la simple méthode faisant intervenir des idées économiques et des pratiques commerciales n'est pas une invention au sens de la convention, leur réalisation dans un procédé physique, concret, est, quant à elle, susceptible d'être qualifiée d'invention. La chambre rejette le recours pour ce motif, en précisant que l'objet proposé ne se caractérisait que par un ensemble méthodique et, surtout, par ses finalités. Il est intéressant pour nous de relever que la chambre indique qu'il en aurait été peut-être différemment si les méthodes avaient l'objet d'une programmation informatique effective, alors que la requête n'indiquait que la finalité des opérations qui auraient dû être effectuées par un ordinateur.

176. Parent proche de la question de la brevetabilité de l'idée, le brevet de résultat ou brevet de principe reçoit le même accueil en jurisprudence. Il semble dès lors constant que la seule description d'un résultat recherché sans que soient indiqués les moyens techniques d'y parvenir ne puissent faire l'objet d'un monopole exploitable sous forme de brevet. Le Tribunal de grande Instance de Paris a eu l'occasion, assez récemment, de trancher deux fois en ce sens.

Dans la première espèce le tribunal examinait une revendication réclamant un monopole pour un effet d'optique qui n'était que le mode particulier de contrôle de l'authenticité de documents³⁶⁵. Dans la seconde les magistrats devaient se prononcer sur la limpidité et la stérilité d'un collyre³⁶⁶. Dans les deux cas il a été jugé que seuls sont brevetables les moyens permettant d'arriver au résultat recherché, mais pas le résultat lui-même. Classiquement donc, un

³⁶³ OEB, décision T 931/95 - 3.5.1 du 8 septembre 2000 de la chambre des recours techniques, disponible sur <http://www2.european-patent-office.org>. JO OEB 10/2001, p.413-484.

³⁶⁴ Point 5 des motifs, souligné par nous.

³⁶⁵ TGI Paris, 14 avril 1999, PIBD 1999, III, p.405.

³⁶⁶ TGI Paris, 15 juin 1999, PIBD 2000, III, p.157.

brevet ne saurait être accordé pour un résultat dont aucun moyen technique de réalisation n'est indiqué³⁶⁷.

177. Rappelons pour mémoire que la loi sur les brevets exclut expressément de son champ d'application les « plans, principes, méthodes »³⁶⁸. D'aucuns ont rattaché cette exclusion à celle des idées. Là encore l'application du principe (dont le fondement est ici légal) ne souffre d'aucune ambiguïté dans la jurisprudence tant interne qu'européenne. Que ce soit dans le domaine économique³⁶⁹, pédagogique³⁷⁰ ou, plus largement, dans toute activité intellectuelle, les magistrats refusent à juste titre la protection d'une méthode par un brevet. La cour d'appel de Paris a ainsi pu juger que « *l'exposé d'une méthode par la mise en œuvre de logiciels et de traitement de données qui ne sont que des recommandations sur le mode opératoire du logiciel* », lequel exposé ne détaillait que les résultats et possibilités offerts sans détailler les caractéristiques techniques du traitement lui-même, ne peut constituer une revendication des caractéristiques techniques de l'invention³⁷¹. Les méthodes commerciales ne connaissent pas meilleur sort³⁷².

b) Droit des dessins et modèles

178. La même solution d'exclusion des idées a été retenue en matière de dessins et modèles et semble, malgré la rareté de la jurisprudence en la matière sur ce point spécifique, d'une aussi belle constance que dans les domaines déjà évoqués.

179. Ainsi l'idée de transposer une forme connue à une autre destination n'a-t-elle pas été jugée protégeable³⁷³. Cependant la réalisation concrète de câbles torsadés est protégeable au titre des dessins et modèles (ainsi que du droit d'auteur)³⁷⁴. Il a également été jugé que l'idée commerciale d'utiliser des mannequins de Père Noël pour décorer les façades en fin

³⁶⁷ CA Paris, 16 janvier 1998, RDPI 1998, n°87 p.20.

³⁶⁸ Art. L.611-10, 2-c CPI.

³⁶⁹ OEB, décision T 0854/90 - 3.4.1 du 19 mars 1992, précitée.

³⁷⁰ TGI Paris 21 septembre 1984, PIBD 1985, III, p.45. OEB décision T 603/8 du 3 juillet 1990 de la chambre des recours techniques, disponible sur <http://www2.european-patent-office.org> ; PIBD 1992, III, p.428.

³⁷¹ CA Paris 21 mars 2001, PIBD 2001, III, p.397 ; RDPI mai 2001 n°123, p.38.

³⁷² S. Naumann : La brevetabilité des méthodes commerciales en Europe : règles et risques, JCP éd. E 2000, p.1853. Cf. CA Rennes, 7 octobre 2003, JCP éd. E 2004, jur. 562 p.619, note C. Caron.

³⁷³ CA Paris, 4^{ème} chambre, 29 octobre 1990, Juris-Data n°24291.

³⁷⁴ Com. 16 juin 1992, PIBD 1992, III, p.957 ; Juris-Data n°1431.

d'année, ne peut faire l'objet d'un droit privatif sur le terrain des dessins et modèles, nonobstant son intérêt et son succès commercial³⁷⁵.

180. On peut sans doute expliquer la solution sous le double éclairage du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles.

L'exclusion des idées de la protection du droit des dessins et modèles en jurisprudence peut s'expliquer, dans un premier temps, par son rapport avec le droit d'auteur. Dès lors qu'une même création peut bénéficier de la double protection du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles en raison du principe de l'unité de l'art, on comprend aisément qu'un principe dégagé en matière littéraire et artistique s'étende³⁷⁶ à un régime de protection plus limitée³⁷⁷, circonscrit à des créations visuelles et utilitaires, et ce sans préjudice des spécificités du régime de protection des créations industrielles à caractère esthétique. Ensuite, de manière subsidiaire dirions-nous, l'extension du principe paraît justifiée par le caractère éminemment « instrumentaliste » du droit des dessins et modèles, l'exigence d'une reproduction du dessin ou du modèle jointe à la requête constituant, *en soi et a priori*, la meilleure confirmation, future implicite, du principe d'exclusion³⁷⁸.

C- Fondements théoriques

181. Le principe d'exclusion des idées est expliqué et fondé par deux raisons théoriques principales : la liberté d'expression impose que les idées soient de libre parcours et le processus même de création conduit à ne protéger que l'expression.

³⁷⁵ CA Versailles, 7 septembre 2000, PIBD 2000, III, p.598.

³⁷⁶ On serait assez tenté d'y voir toute une gangrène « infestant » le droit de la propriété intellectuelle.

³⁷⁷ Sur le caractère « universaliste » du droit d'auteur, cf. infra Partie II.

³⁷⁸ Cf. supra.

182. La première concerne donc la liberté d'expression, la liberté de création, ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie³⁷⁹. Les idées, nous dit-on, ne sauraient être protégées par un droit privatif car cela aboutirait à une paralysie de la création intellectuelle. Pour cette raison, « *la pensée elle-même échappe à toute appropriation. Elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre* »³⁸⁰.

Cette opinion est fort répandue en doctrine. Desbois justifie le principe de la manière suivante : « *Ce n'est que pour des raisons, qui relèvent de la politique générale, de la défense, bien ou mal comprises, de l'ordre public, que l'Etat peut soumettre à une censure et entraver la divulgation de systèmes et de programmes considérés comme subversifs ou attentatoires* »³⁸¹.

183. Protéger une idée reviendrait alors, pour une partie de l'opinion, à protéger l'ensemble des formes d'expression de celle-ci, ce qui reviendrait à paralyser la création intellectuelle³⁸². Ainsi Yvan Cherpillod assure-t-il qu' « *un droit exclusif portant sur tous les éléments d'une œuvre, sans distinction, contredirait assurément les nécessités du développement culturel, scientifique et technique (...). Pour éviter d'enfermer l'expression artistique et le débat scientifique ou culturel dans des limites où ils viendraient à tarir faute de pouvoir se nourrir d'échanges, on a pensé que l'intérêt de la collectivité, voire une certaine liberté d'expression, exigeait l'absence de protection des idées* »³⁸³.

184. De la même manière, un brevet de résultat empêcherait d'autres inventeurs d'améliorer l'invention en cherchant à atteindre le résultat par des voies plus rapides ou plus économiques, ce qui paraît contraire à une politique de progrès technique. Pour certains le principe coulerait même de source, surtout en matière de droit d'auteur³⁸⁴. L'idée appartiendrait donc à un « fonds commun », ce qui entraîne comme conséquence qu'elle doit nécessai-

³⁷⁹ Christophe Caron : note précitée sous Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003. Agnès Tricoire, note précitée sous Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005, D. 2006, jur. p.517.

³⁸⁰ Pouillet : n°20ter, p.45.

³⁸¹ n°17 p.22.

³⁸² V. CA Paris, 13 décembre 1993, Gaz. Pal. 5 juin 1994 p.16 : « On ne peut prétendre bénéficier d'un droit privatif sur un modèle susceptible de revêtir plusieurs formes, sauf à revendiquer la protection d'un genre, ce que la loi ne permet pas ».

³⁸³ L'objet du droit d'auteur, Ceditac, p.51. V. Christophe Caron, note sous CA Versailles, 9 octobre 2003 précitée : « Une fonctionnalité s'apparente à une idée et à un résultat. Elle ne saurait donc faire l'objet d'une appropriation car il convient d'éviter impérieusement que les monopoles paralysent toute création (...) d'où la nécessité de considérer que la fonctionnalité est de libre parcours ».

³⁸⁴ Lucas, n°26 p.37-38.

rement être de « *libre parcours* »³⁸⁵. En substance : « *La liberté du savoir s'oppose à l'appropriation de l'idée* »³⁸⁶.

185. En conformité avec les textes ou du moins leur esprit³⁸⁷, la justification a la force du dogme. Il s'avère pourtant que ce fondement paraît douteux. En effet, à y bien regarder, tel argument pourrait justifier la négation de tout droit privatif sur les créations de l'esprit³⁸⁸³⁸⁹.

186. Ainsi les débats récents autour de l'image des choses³⁹⁰, de la confrontation entre droit d'auteur et droit du public à l'information³⁹¹ ou de l'apparition accessoire d'une œuvre de l'esprit dans une autre œuvre³⁹² révèlent à chaque fois la confrontation d'un droit de l'homme (droit à l'information, droit de propriété, droit de créer) à cet autre droit de l'homme qu'est le droit de propriété intellectuelle.

187. En outre, l'absence de tout droit d'auteur ou de toute propriété intellectuelle en d'autres temps n'ont pas empêché l'invention et le développement de l'imprimerie ou de la boussole, la peinture de la naissance de Vénus ou la composition de Don Giovanni³⁹³. Sans doute la logique est-elle différente : là où il s'agissait d'empocher, pour soi seul, les recettes procurées par la création formalisée d'autrui, sans tomber sous le coup de la loi, ne saurait aujourd'hui justifier ou expliquer l'appropriation privative d'une idée. Autres temps, autres

³⁸⁵ Un monopole serait ainsi contraire à la libre circulation des idées, « *notion à laquelle on est fort attaché dans notre société libérale* », André Françon : *La conception traditionnelle du droit d'auteur*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, ouvrage collectif édité par Isabelle de Lamberterie, éditions du CNRS, 1991, p.15. En matière de logiciels on peut ainsi lire que la réservation des fonctionnalités « *reviendrait à stériliser tout développement ultérieur d'un logiciel effectuant les mêmes traitements* », Hervé Croze, cité par Philippe Belloir, thèse précitée, n°48 p.41.

³⁸⁶ Bernard Edelman : *La main et l'esprit*, D. 1980, chron. p.43, souligné par l'auteur.

³⁸⁷ Art. 10 al. 1^{er} CESDH, cf. supra.

³⁸⁸ Ainsi peut-on relever que l'intérêt de la collectivité serait de nature à justifier la liberté de tout reproduire. Cf. Emmanuelle Parent : *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, précité, p.9. Cf également Philippe Amblard : *Copyleft : une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open Source ?*, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=87 David Forest : *A l'assaut du droit d'auteur, panorama de quelques idéologies contemporaines*, Expertises janvier 2005 p.15. Sur les rapports entre les créations intellectuelles et leurs « utilisateurs », cf. Christophe Geiger : *Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ?*, JCP 2004, I, 150.

³⁸⁹ On pourrait même s'interroger sur la réelle portée de la « récompense » que constitue un titre de propriété industrielle. Michel Vivant remarque ainsi qu'aucune étude macroéconomique n'a véritablement démontré l'efficacité du brevet : *Le droit des brevets*, 2^{ème} édition, Dalloz 2005, coll. Connaissance du droit, p.2.

³⁹⁰ Cf. en dernier lieu la « reculade » de la Cour de cassation : AP, 7 mai 2004, D. 2004, jur. p.1545, note Jean-Michel Bruguière p.1545 et Emmanuel Dreyer p.1547 ; Comm. Com. électr. juin 2004 et JCP 2004, II, 10085. Cf. infra partie II.

³⁹¹ V. not. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2003, Gaz. Pal. 3 avril 2004 p.5 note Asim Singh ; Emmanuel Dreyer : *L'information par l'image et le droit d'auteur*, Comm. Com. électr. 2004, chron. 6.

³⁹² Affaire de la place des Terreaux à Lyon.

³⁹³ Joseph Haydn, par exemple, avait trouvé un moyen original de se prémunir contre l'indélicatesse de ses éditeurs : il cédait à plusieurs les droits exclusifs sur tel opus de quatuors ou de symphonies en ayant soin à chaque fois d'en changer l'ordre. Sa renommée et le succès de ses œuvres faisaient qu'outre le renoncement à d'éventuelles poursuites, les éditeurs n'osaient pas ne plus lui passer commande !

mœurs. Toujours est-il que la liberté d'expression vise précisément à pouvoir s'exprimer, à pouvoir formaliser une idée. Mais cela n'implique pas pour autant que l'idée soit de libre parcours.

188. Présupposer que l'idée appartient nécessairement à un « *fonds commun* » de l'humanité fait par ailleurs bon ménage du travail même de créateur³⁹⁴. En effet, si l'idée appartient à un tel fonds, cela signifie que toute idée a valeur d'archétype et donc, par voie de conséquence, ne peut être que banale. Cela signifie également que le créateur n'est capable que de créer des formes originales ou libres, mais non de penser une idée révolutionnaire ou géniale.

Une telle appréhension du travail de création est nécessairement réductrice au sensible, vocation avouée du droit de propriété intellectuelle, ce qui nie purement et simplement la valeur d'une création reposant entièrement sur l'intelligible. La vision juridique de la nature humaine paraît donc en ce sens extrêmement réduite. Or le réel c'est la diversité, le complexe³⁹⁵. Se fonder sur un « *fonds commun* » de l'humanité pour nier un aspect important du travail et de la personnalité du créateur semble dès lors bien paradoxal³⁹⁶. Le fondement de la liberté d'expression et du fonds commun de l'humanité ne nous paraît donc guère satisfaisant.

189. Le deuxième fondement théorique porte sur le processus créateur comparé à un enfantement : « *l'œuvre est « conçue » - c'est l'idée ; puis intervient la gestation : préparation, assemblage, coordination, (plan) croissance – c'est la « composition » ; enfin, l'œuvre vient au monde : écriture du roman, de la pièce, du scénario - c'est l'« expression »* »³⁹⁷. Seules l'expression et, à la rigueur, la composition, seraient protégeables. L'idée, de par l'exigence de création de forme perceptible aux sens, ne pourrait donc faire l'objet d'une appropriation privative.

Là encore l'argument nous paraît peu décisif car il ne permet pas de tracer une frontière nette entre l'idée et la forme³⁹⁸. En outre, certains processus créateurs revendiquent un schéma inverse : l'idée naît de la forme. Autrement dit la forme, en quelque sorte sponta-

³⁹⁴ Cela revient à présupposer que tout a été dit... ce qui est tout simplement indémontrable !

³⁹⁵ Michel Vivant : conclusion de *La protection des droits de propriété intellectuelle : des régimes à géométrie variable*, in *La contrefaçon*, colloque tenu à Paris le 17 décembre 2002, publication IRPI t.23, Litec 2003, p.7.

³⁹⁶ A moins d'y voir un choix sociétal.

³⁹⁷ P.-Y. Gautier : n°29 p.51.

³⁹⁸ « Avouons que la distinction entre l'expression de l'idée et la forme sous laquelle l'idée est donnée est bien ténue », Bernard Edelman : *Création et banalité*, D.1983, chron. p.73.

née, ne serait pas vecteur d'une idée mais n'aurait pour d'autre fonction que de susciter la réaction du public et de provoquer une réflexion. Certains théoriciens de l'art contemporain conçoivent ainsi l'expression artistique et mettent l'accent sur l'importance du subconscient dans le processus créatif³⁹⁹. Mais, situation plus subtile, la forme peut également faire corps avec l'idée : « *L'art pur suppose la coïncidence visible de l'esprit du contenu avec l'expression des éléments de forme et celle de l'organisme formel* »⁴⁰⁰.

Certains fondements peuvent donc être avancés s'agissant du principe d'exclusion formulé par la doctrine. Il s'avère toutefois que tant les fondements que le principe lui-même se sauraient être exempts de critiques.

³⁹⁹ Ainsi Marcel Duchamp écrit-il que « toutes ses décisions dans l'exécution artistique de l'œuvre restent dans le domaine de l'intuition et ne peuvent être traduites par une self-analyse, parlée ou écrite ou même pensée » Cf. Jean-Philippe Antoine : Une expérience démocratique de l'art ? Débats janvier-février 1998, n°98, p.29.

⁴⁰⁰ Paul Klee : *Credo du créateur*, in *Théorie de l'art moderne*, trad. Pierre-Henri Gonthier, Folio p.34, souligné par l'auteur.

CHAPITRE II : Critique du principe d'exclusion des idées

Le principe d'exclusion des idées trouve donc diverses expressions et fondements. Il a, semble-t-il, valeur de vérité intangible⁴⁰¹. Pourtant il vient d'être vu que les fondements n'étaient déjà pas en soi dépourvus de faiblesses. En outre, et c'est ce que nous allons aborder à présent, le principe lui-même s'avère en réalité fort peu maniable. Il soulève en effet un certain nombre de difficultés (Section I) conduisant à s'interroger sur son aménagement voire sur son maintien (Section II).

SECTION I : Les Problèmes soulevés par le principe d'exclusion des idées

190. Dégagé et respecté semble-t-il avec la force de l'évidence, le principe d'exclusion des idées soulève toute une série de problèmes. Se posent en effet des difficultés d'ordre conceptuel (paragraphe premier) et, ce qui ne manque pas d'être plus gênant, des difficultés d'ordre technique et juridique en raison du caractère peu maniable du principe (paragraphe second).

Paragraphe premier : Problèmes d'ordre conceptuel

Le concept d'idée, la notion de forme, et enfin l'idée de matérialité appellent un certain nombre de précisions. Voyons-les tout à tour.

1- Sur le concept d'idée⁴⁰²

⁴⁰¹ Desbois parle d'une « proposition intangible » à propos de Com. 29 novembre 1960, op. cit. n°19 p.23.

⁴⁰² Sur les différentes acceptions de l'idée Cf. André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf 1972, article « idée » p.445.

191. « *J'appelle généralement du nom d'idée tout ce qui est dans notre esprit, lorsque nous concevons une chose, de quelque manière que nous la concevions* »⁴⁰³. L'idée, philosophiquement entendue, est une représentation.

Idée vient du verbe grec *idein* qui signifie voir : les idées ne sont visibles que pour l'esprit, et tout ce que l'esprit se représente peut être appelé idée⁴⁰⁴. Mais prise dans un tel sens global, l'idée recouvre alors aussi bien les sensations que les constructions mentales. C'est seulement dans cette dernière acception que le mot est employé. En conséquence, « *l'idée n'est alors pas seulement ce qui est « dans la pensée » mais ce qui en résulte, ce que la pensée produit ou élabore, qui est moins son objet que son effet* »⁴⁰⁵. Alors que pour Platon et ses continuateurs l'Idée est l'Essence éternelle et purement intelligible des choses sensibles⁴⁰⁶, l'idée dans son acception actuelle ressort d'un travail de la pensée : « *un concept de l'Esprit, que l'Esprit forme pour ce qu'il est une chose pensante* »⁴⁰⁷, non pas « *quelque chose de muet comme une peinture sur un tableau* », mais « *une manière de penser, à savoir le comprendre même* »⁴⁰⁸. Si d'ailleurs l'idée était archétypale au sens platonicien, c'est-à-dire une sorte de pensée modèle de la pensée, quel besoin pourrait-on alors nourrir de penser puisque nous aurions ainsi des modèles⁴⁰⁹ ?

192. André Comte-Sponville s'interroge ainsi : « *comment existerait-il des idées innées ou absolues ? Ce serait pensée sans travail – pensée sans pensée. Une idée qui n'est pensée par personne n'est pas une idée et n'est rien* »⁴¹⁰. Or la pensée est, selon Descartes, la condition nécessaire et suffisante à la connaissance de la nature du sujet⁴¹¹. L'idée, en tant que fruit de la pensée est donc de l'essence du sujet conscient. Peut-on parler à ce moment –là

⁴⁰³ René Descartes, Lettre à Mersenne de juillet 1641. Du même : « Par le nom d'idée j'entends cette forme de chacune de nos pensées, par la perception immédiate de laquelle nous avons connaissance de ces mêmes pensées. En telle sorte que je ne puis rien exprimer par des paroles, lorsque j'entends ce que je dis, que cela même il ne soit certain que j'ai en moi l'idée de la chose qui est signifiée par mes paroles », Réponses aux deuxièmes objections sur les Méditations, traduction de Clerselier du texte latin de 1641 revue par Descartes (1647).

⁴⁰⁴ André Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, Puf, perspectives critiques, article « idée » p.288.

⁴⁰⁵ A. Comte-Sponville, *Ibidem*.

⁴⁰⁶ « Socrate, toutefois, n'accordait une existence séparée ni aux universaux, ni aux définitions. - Les philosophes qui vinrent ensuite (Platon) les séparèrent, au contraire, et donnèrent à de telles réalités le nom d'Idée. Ils furent amenés, à peu de choses près, par un raisonnement identique, à admettre comme Idées tout ce qui est affirmé universellement (...) » Aristote, *Métaphysique*, Livre M (XIII), 4, traduction de J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin p.211-212.

⁴⁰⁷ « Per ideam intelligo Mentis conceptum, quem Mens format, propterea quòd res est cogitans ». Spinoza, *Ethique*, II, définition 3, traduction de Bernard Pautrat, Points collection essais.

⁴⁰⁸ Spinoza, *Ethique*, scolie de la proposition 43.

⁴⁰⁹ A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, Puf, perspectives critiques, article « archétype » p.66.

⁴¹⁰ A. Comte-Sponville, *Ibidem*.

⁴¹¹ Emanuela Scribano, *La nature du sujet. Le doute et la conscience*, in *Descartes et la conscience du sujet*, ouvrage coordonné par Kim Sang Ong-Van-Cung, Puf, collection débats philosophiques.

d'un « *fonds commun de l'humanité* » en ce qui concerne les idées ? Comment ce qui, par nature, révèle le sujet conscient, pensant et va le déterminer en tant que sujet créateur, peut-il tout à la fois être proclamé de « *libre parcours* » et devenir une « *res communes* » dans l'intérêt de la société ? La doctrine et une partie de la jurisprudence ne se rattachent-elles pas ce faisant à une conception platonicienne de l'idée conçue comme un véritable archétype ?

Le sens pris de l'idée en droit semble être le sens le plus communément admis : l'idée en tant que « *préconception dans l'esprit, d'une chose à réaliser ; projet, dessein* »⁴¹². Mais là encore, comment refuser la protection de principe à une idée totalement originale sous le seul prétexte qu'en tant qu'idée, elle appartient nécessairement au fonds commun de la pensée humaine ? Comment l'idée née d'un travail de l'esprit ne pourrait-elle être considérée comme précisément une œuvre de l'esprit ?

193. La première précision est donc celle-ci : l'idée est cette représentation abstraite et élaborée qui est formée par l'entendement. Autrement dit, elle est l'effet produit par le sujet conscient exerçant sa faculté à relier les sensations en systèmes cohérents⁴¹³.

194. L'archétype est, quant à lui, défini comme étant un « *symbole primitif, universel, appartenant à l'inconscient collectif* »⁴¹⁴. En métaphysique, l'archétype est « *le Type suprême, le prototype idéal des choses* »⁴¹⁵ est c'est ainsi qu'est entendue l'Idée chez Platon. Berkeley fait remarquer que c'est l'existence d'archétypes qui permette d'affirmer que « *deux esprits différents perçoivent une chose identique* »⁴¹⁶. Qu'il soit compris de manière philosophique (Platon, Berkeley) ou psychanalytique (Jung), l'archétype renvoie directement à la collectivité : « *(il) est un modèle (typon) qui sert de principe (arkhê), voire une forme primordiale, dont le réel serait la copie* »⁴¹⁷. L'idée telle qu'elle semble majoritairement être entendue en droit, tant par la doctrine que par la jurisprudence, procède d'un abus de langage pour désigner l'archétype tel qu'entendu par Jung comme « *structure de l'inconscient collectif* ». Si à trop vouloir étendre les concepts ils finissent par se fissurer et, de guerre lasse, par se laisser dénaturer, il apparaît que cette première précision est d'importance pour un exposé raisonné des solutions retenues.

⁴¹² André Lalande, op. cit. spécialement p.447. Et l'auteur de citer Pouillet...

⁴¹³ « La connaissance de tout entendement, du moins l'entendement humain, est donc une connaissance par concepts, non intuitive, mais discursive », E. Kant, Critique de la raison pure, logique transcendantale, Première division, liv. 1, chap.1 sect.1, traduction de Jules Barni revue par P. Archambault, GF-Flammarion, p.129.

⁴¹⁴ Le petit Robert.

⁴¹⁵ André Lalande, op. cit., article « archétype » p.77.

⁴¹⁶ André Lalande, Ibidem.

⁴¹⁷ A. Comte-Sponville, op. cit., article « archétype » p.66.

Distinguons donc, pour ce faire, d'une part l'idée, représentation abstraite et élaborée formée par le sujet conscient, d'autre part l'archétype, fonds commun de systèmes et de modèles. Partant d'une telle distinction, nous pourrions songer que rien ne s'opposerait à la projection des idées alors que tout s'oppose à celle des archétypes.

2- Sur la notion de forme

195. Usant de la métaphore du sculpteur, André Comte-Sponville décrit ainsi la forme : « *la forme est la fin, vers laquelle tend le travail du sculpteur (la matière n'est qu'un matériau : un point de départ), et où il s'arrête (...). Ainsi la forme est à la fois la définition et le définitif : ce qu'est cette statue, une fois qu'elle est achevée* ». La statue a ainsi « *atteint sa perfection ou son entéléchie : elle n'était que puissance dans la matière ; elle est en acte dans sa forme* »⁴¹⁸.

196. La forme, pour Aristote, est le principe d'organisation et d'unité de chaque être. La forme participe alors de la quiddité : en ce qu'elle est l'extériorisation perceptible d'une conception, la forme est élément de définition de la chose.

La forme n'est pas seulement l'expression de la conception, elle est *la manière* d'exprimer cette conception. Et parce qu'elle est la *manière*, la forme est *nécessairement* partie liée avec le sujet : à en croire Kant, « *la forme est ce qui met en forme, (...) ce qui, venant du sujet, organise la matière de la sensation* »⁴¹⁹. Autrement dit, la forme est nécessairement originale en ce qu'elle est le résultat de l'expression d'une conception du sujet.

197. Juger de l'originalité consiste alors en une périsologie car il s'agit de vérifier si l'objet créé (la forme en tant qu'extériorisation de la conception du sujet) l'a bien été par le sujet. Dans l'affirmative l'œuvre serait originale⁴²⁰. Il est à noter qu'ainsi entendue l'originalité renvoie à sa racine latine *originalis*, « *qui existe dès l'origine* ». Etudier l'originalité de l'objet créé revient à montrer en quoi il puise son origine dans le sujet créa-

⁴¹⁸ A. Comte-Sponville, op. cit. article « forme » p.255.

⁴¹⁹ A. Comte-Sponville, Ibidem.

⁴²⁰ Ou, dirait-on également, « authentique ». Cf. en matière d'œuvres d'art plastique, Raymonde Moulin, Le marché de l'art, Flammarion, p.99s.

teur : « *Milton a produit son poème comme un vers à soie produit la soie, en exprimant sa nature par cette activité* »⁴²¹.

Mais en faire la condition de l'œuvre protégeable en ce qu'elle exprime la personnalité de son auteur revient inmanquablement à mener une étude plus ou moins déguisée du mérite. Primus : « En quoi la forme créée est-elle originale ? » Secundus : « en ce qu'elle émane de l'auteur et qu'elle en reflète la personnalité ». Primus : « Mais alors en quoi mesure-t-on que la personnalité ainsi exprimée est originale ? » Secundus : « en ce que cette expression n'est pas banale ». Primus (perplexe) : « Oui mais alors, si elle n'est pas banale, c'est bien qu'elle est unique et méritoire ? » Secundus : ...

198. La seconde précision sera alors celle-ci : la forme est l'état définitif, « parfait », de l'expression de la conception du sujet rendue perceptible en tant qu'objet⁴²². Et de songer à une relecture de l'article L.111-2 du code de la propriété intellectuelle : « *l'œuvre est réputée créée, (...), du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Nous comprendrions dès lors volontiers : toute expression de la conception de l'auteur est susceptible de protection, alors même qu'elle n'a pas atteint sa forme définitive.

Bouclant en quelque sorte la boucle ouverte quelques lignes plus haut, on ne saurait alors conclure, à la lecture de l'article L.112-1, que « *la loi subordonne la protection d'une œuvre de l'esprit à l'existence d'une forme* »⁴²³. Mis en relation et associés à une définition stricte de la forme, les articles L.111-2 et L.112-1 nous invitent à ne comprendre, comme objet de protection, que l'expression des conceptions de l'auteur, ni plus, ni moins.

199. « Oui mais, pourrait objecter Secundus, que l'œuvre soit achevée ou non, il n'en demeure pas moins que cette expression trouve bien sa finalité dans une forme achevée quant à elle. Peu importe le degré de perfection de la réalisation pourvu qu'il y ait réalisation, pourvu qu'il y ait expression dirait-on ». Il est certain qu'à comprendre traditionnellement la notion de forme, toute expression d'une conception est en soi achevée, même si elle n'est

⁴²¹ Karl Marx, *Un chapitre inédit du Capital*, trad. R. Dangeville, cité par Joël Jung, *le travail*, GF Flammarion, p.72. Cf. également Michel Serres, *Le parasite*, Grasset, 1980, pp. 117 à 122 : « L'œuvre, tout à l'heure, coule de moi comme du miel, comme le fil de l'araignée, je ne sais de quel ordre externe j'ai nourri cet ordre second, mon corps est un transformateur de soi (...) ».

⁴²² Ne pas confondre avec l'état de l'œuvre une fois achevée. Par état « définitif » ou « parfait » nous entendons un état qui, en soi, est susceptible de rendre la conception du sujet intelligible. La forme peut ainsi désigner les croquis exécutés en vue de la réalisation d'une peinture, ou, plus largement, de tout élément qui, sans être l'œuvre définitive, rend la pensée de l'auteur intelligible. La pensée est similaire à celle qui anime l'inspiration de l'article L.111-2 du CPI pour lequel l'œuvre, même inachevée est réputée créée et reçoit protection par renvoi implicite à l'article L.111-1.

⁴²³ T. Rabant, op. cit. n°42 p.33.

qu'une étape vers LA forme « parfaite ». Ce serait oublier que la notion de forme soulève le problème de la matérialisation de la conception du sujet, autrement dit, qu'elle s'opposerait inéluctablement et résolument à l'idée telle qu'elle a été définie plus haut. Une dernière précision sur ce point précis s'avère dès lors cruciale.

3- Sur la matérialité

200. La matière est primitivement entendue comme désignant « *les objets naturels que le travail de l'homme utilise ou transforme en vue d'une fin* »⁴²⁴. André Comte-Sponville définit la matière comme étant « *tout ce qui existe ou semble exister, en dehors de l'esprit et indépendamment de la pensée* »⁴²⁵. Autrement dit, constitue de la matière tout ce qui existe sans avoir besoin d'être pensé, y compris la pensée elle-même qui « *peut exister sans se penser soi, et même, en chacun, contre sa volonté* »⁴²⁶.

201. Concernant les créations intellectuelles, nous distinguerions la « matière première » de la création qui est, selon un processus classique, l'idée, de la « matière seconde », le matériau au sens de corporalité dans lequel la création prend forme et devient intelligible. La question de la matière seconde et des rapports de la propriété intellectuelle à celle-ci seront envisagés par la suite⁴²⁷.

202. La distinction du corporel et de l'incorporel repose sur la faculté d'appréhension de l'objet par les sens. Le corps est « *un peu de matière organisée, et spécialement celle qui nous constitue, ce serait l'objet dont je suis le sujet* »⁴²⁸. Un corps est nécessairement constitué d'une forme et de matière, la première organisant, structurant la seconde.

Ainsi, une matière sans forme n'est-elle qu'un matériau, une forme sans matière n'étant qu'une idéalisation de la matière et l'extrapolation d'une idée. Le Code de la propriété intellectuelle, en sa partie droit d'auteur, traite de la « création » (article L.111-1) qui est entendue comme la « réalisation » de la conception de l'auteur (article L.111-2).

⁴²⁴ André Lalande, op. cit., p.595.

⁴²⁵ Op. cit., p.364.

⁴²⁶ A. Comte-Sponville, p.596.

⁴²⁷ Cf. infra n°214s.

⁴²⁸ A. Comte-Sponville, op. cit., article « corps », p.131.

203. Or les termes de création et de réalisation recouvrent le même sens : la production de quelque chose à partir de rien, faire exister à titre de chose (re), réalité concrète, ce qui n'existait que dans l'esprit.

Il est remarquable qu'historiquement, le premier possède une forte connotation religieuse⁴²⁹, le second est d'origine spécifiquement juridique⁴³⁰. Dans les deux cas, il s'agit de rendre tangible une préconception de l'esprit. La création, ou la réalisation de cette conception donne à l'œuvre, non seulement sa qualité de chose, mais également sa qualité d'objet de droit, en donnant une valeur ajoutée à ce qui n'était que matière et en enrichissant le patrimoine individuel du créateur d'une chose qu'il tire de son seul esprit.

204. Le droit, et en particulier le droit de la propriété intellectuelle, n'est capable d'appréhender que les choses rendues perceptibles aux sens⁴³¹. Or une telle chose, pour être délimitée utilement, suppose à la fois forme et matière. C'est à cette seule condition que le droit pourra avoir une emprise sur elle. A titre d'exemple, le titre dématérialisé de société n'est qu'en apparence un progrès sur le titre papier. Si la circulation du titre est facilitée par une simple inscription en compte, sa propriété s'établira toujours par production d'écritures. Il en va de même de la création intellectuelle. L'« immatériabilité » de sa propriété cède toujours devant la difficulté probatoire car il s'agit de déterminer non seulement l'existence du droit, mais également son étendue⁴³².

205. Autrement dit, la création intellectuelle ne peut s'abstraire de la matière et de la forme. La première en détermine le caractère tangible. La matière en effet permettrait un « contact » entre les sens et l'objet. Du moins serait-ce le cas dans une conception classique de la matière. Or l'appréhension contemporaine de la matière en tant qu'énergie vient perturber considérablement la notion même de corporalité⁴³³. Car si la matière peut se comprendre comme un flux d'énergie et réciproquement, la pensée elle-même en tant que phénomène électro-biologique, peut se concevoir comme matière ! On assisterait dès lors à un double mouvement venant remettre en cause la si belle et si nette distinction : la matière réduite à l'énergie se comprend en dehors de toute appréhension sensorielle, cependant que la pensée

⁴²⁹ Dans un sens premier, Dieu créant le monde.

⁴³⁰ Début du XVIème siècle, d'après « réel », ayant trait à une chose, que l'on trouve déjà chez Beaumanoir en 1283. Cf. dictionnaire étymologique.

⁴³¹ Sur le paradoxe des propriétés intellectuelles, cf. Valérie-Laure Bénabou : *Pourquoi une œuvre de l'esprit est-elle immatérielle ?*, RLDI janvier 2005 p.53.

⁴³² P.-Y. Gautier : n°31 p.54.

⁴³³ Rappelons que, selon la célèbre formule d'Albert Einstein, l'énergie correspond à la masse, autrement dit à une quantité de matière) multipliée par le carré de la vitesse.

en tant qu'énergie pourrait se comprendre comme étant elle-même de la matière. Il semble pour autant que le droit ne soit que peu enclin à entrer dans ce genre de subtilités, même si une réflexion autour de l'énergie commence à se développer.

La seconde donnera la mesure des droits car c'est la forme qui respecte ou non les critères de protection. L'expression d' « immatériabilité » rend donc plutôt compte du caractère reproductible de l'objet, et non de son extrême spiritualité.

Dès lors, une idée ayant nécessairement et par nature pour seule vocation d'être pensée, ne saurait être appréhendée par le droit pour telle raison de liberté d'expression ou de processus créateur, mais tout simplement parce que le droit est incapable d'en prendre la mesure. Une idée est repensée à chaque fois, son véhicule étant la création intellectuelle dans laquelle elle est matérialisée. La création intellectuelle, grâce à sa fonction symbolique, permet donc à l'idée de renaître dans l'esprit de chaque « spectateur ».

Paragraphe second : Objections d'ordre technique et juridique : un principe peu maniable

206. Fondements critiquables, objections théoriques, le principe d'exclusion des idées subit sa plus grande attaque en raison de l'extrême difficulté de sa mise en œuvre⁴³⁴. Celle-ci se heurte en effet à deux écueils. D'une part la notion de forme qui, par opposition à l'idée, fonde le principe, est en soi peu maniable.

207. Traditionnellement opposée à l'idée, la forme serait seule protégée par les dispositions du code de la propriété intellectuelle⁴³⁵. Seul l'article L. 112-1 fait allusion à la notion en matière de propriété littéraire. Mais ce texte « *n'a jamais eu pour but d'instaurer la dichotomie « forme-idée » en droit d'auteur* »⁴³⁶ et une rapide exégèse montre que son seul objectif est de proclamer l'indifférence de la forme en tant que support matériel ou procédé employé pour la réalisation quant à la qualification d'œuvre protégeable⁴³⁷.

⁴³⁴ Christophe Caron constate ainsi que « *la mise en œuvre de ce beau principe peut s'avérer plus que délicate* », note sous Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, Comm. Com. électr. 2003, n°80.

⁴³⁵ Cf. supra.

⁴³⁶ I. Cherpillod, op. cit. n°136 p.81.

⁴³⁷ T. Rabant, op. cit. n°42 p.32-33.

Il apparaîtrait en outre que cette notion se révèle également imprécise et qu'elle ne reçoive que de très rares définitions en doctrine, la jurisprudence se perdant quant à elle dans les limbes de l'apparente fermeté de la distinction « idée-forme »⁴³⁸.

208. Une partie importante de la doctrine, au premier rang de laquelle figure Monsieur Gaudrat, reconnaît dans la forme « un concept central de la propriété littéraire et artistique »⁴³⁹. L'auteur s'attache à déterminer les contours du concept et à en proposer une théorie complète fort intelligente et séduisante. Il propose ainsi de retenir la distinction forme externe/forme interne, la première révélant une apparence, la seconde, plus subtile, étant « un concept nécessaire, à la fois descriptif de l'intime de l'œuvre et explicatif de la structure du droit »⁴⁴⁰.

La protection accordée par le droit s'analyse ainsi en deux temps : tout d'abord l'assiette du droit résidant dans la forme externe, ensuite et surtout, l'objet véritable de la protection étant la forme interne. Aussi le droit exclusif sur l'œuvre sera-t-il acquis si, d'une part, la forme interne est intelligible à travers la forme externe, ce que l'auteur nomme forme intelligible, et, d'autre part, si cette forme intelligible est le fruit de l'imagination. C'est ce dernier point qui nous intéresse particulièrement ici.

L'auteur oppose les formes nées de l'intellect à celles nées de l'imagination. Dans la première catégorie figure l'idée, l'une des « *formes mentales épurées de tout accident lié à la perception du sujet ou au particularisme de l'objet* »⁴⁴¹. Pour Monsieur Gaudrat, « si ces *productions intellectuelles* échappent au droit d'auteur (...) c'est parce que ce qu'elles expriment ne sont que les caractéristiques utiles de la réalité objective, non une personnalité »⁴⁴². A l'opposé, les formes nées de l'imagination puisent leur substance dans la mémoire du vécu. Postulant en quelque sorte de la gratuité de la création artistique, l'auteur écrit que « ces *formes créées par l'imagination* sont chargées de cette réalité subjective que revêt le rêve pour le dormeur ». Mais, selon lui, « elles sont totalement inutilisables pour gérer la réalité extérieure »⁴⁴³. Au terme de sa brillante étude, Philippe Gaudrat conclut de manière fort cohérente que, « parce qu'un concept, un raisonnement, une théorie, une information, une idée sont issus de l'intellect, *il n'y a pas lieu de s'interroger sur leur originalité* ; quand bien

⁴³⁸ T. Rabant, op. cit., n°40 à 64, p.32s.

⁴³⁹ Philippe Gaudrat, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in mélanges en l'honneur de André Françon, p.195.

⁴⁴⁰ ibidem, p.204.

⁴⁴¹ Idem p.214.

⁴⁴² Ibidem, souligné par l'auteur.

⁴⁴³ Ibidem, souligné par l'auteur.

même ils seraient nouveaux ou géniaux », et, partant, « lorsque la forme est issue de l'imagination elle est présumée originale »⁴⁴⁴.

209. Partant ainsi du constat de l'inexistence d'une définition du concept de forme, Monsieur Gaudrat nous livre une impressionnante théorie de la forme en cohérence avec le droit positif. Cependant nous restons dubitatifs sur deux points à propos desquels nous aimerions engager la discussion. Tout d'abord, s'il nous dit qu'en raison de son origine une idée ne saurait être soumise à l'appréciation de son originalité, l'auteur ne fait pas la démonstration lui permettant de conclure ainsi. Si, comme nous le pensons, l'idée est de l'essence du sujet créateur, il n'y a en effet pas lieu de mener un tel examen car le simple fait pour lui de la penser lui confère un caractère original, en ce sens qu'il en est l'origine.

Mais telle ne semble pas être la voie empruntée par l'auteur. Pour lui, ce qu'il appelle forme intelligible née de l'intellect ne met pas en œuvre des mécanismes de création de nature à révéler la personnalité de l'auteur. Il s'agirait en quelque sorte d'une mécanique entièrement conçue pour appréhender et ranger en systèmes intellectuels un certain nombre de données issues de l'environnement du sujet. Ces formes de l'intellect seraient « fonctionnelles » car « *entièrement dédiées à une fonction d'asservissement du réel aux besoins de l'homme* »⁴⁴⁵. Mais cela ne justifie pas l'exclusion de l'idée géniale, le propre du génie étant de parvenir à une construction mentale suprême et personnelle.

210. Ensuite, et c'est ce qui ne nous apparaît pas avec beaucoup de clarté, nous comprenons mal la distinction entre forme imaginative et forme purement intellectuelle, que, malgré un remarquable effort rhétorique, nous ne parvenons pas à détacher de la distinction plus classique entre idée et forme. Si, comme nous le pensons à la suite de Platon⁴⁴⁶, et comme semble le démontrer Monsieur Philippe Gaudrat, l'idée est elle-même une forme, le fait de se pencher sur son origine n'est pas d'un plus grand secours que de tenter de tracer la frontière entre l'idée et la forme au sens classique. L'auteur semble l'admettre très implicitement en abordant, in fine, les formes intelligibles issues à la fois de l'intellect et de l'imagination. L'on pourrait très bien programmer un ordinateur à composer selon les règles du contrepoint, il n'en sortira jamais du Bach. Si l'homme abandonne de plus en plus aux machines des facultés

⁴⁴⁴ Ibidem, souligné par l'auteur.

⁴⁴⁵ Ibidem.

⁴⁴⁶ Et de Philippe Malaurie : Avant-propos de la journée d'études sur l'idée, annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, tome XLVI, 1998, p. 139.

purement intellectuelles comme le calcul, l'imagination reste, pour nous, la sœur siamoise de l'intellect.

Si le concept de forme s'avère aussi peu maniable, il ne saurait en aller autrement de la distinction idée/forme qui toute entière fonde l'accès premier à la propriété intellectuelle.

La doctrine n'a pas manqué de relever les difficultés liées à la frontière entre l'idée et la forme. Il s'agit d'ailleurs de la principale critique adressée au principe d'exclusion des idées, entièrement fondé sur cette distinction. Mais la critique peut porter beaucoup plus loin et aller jusqu'à remettre en cause l'utilité et l'opportunité du principe.

SECTION II : La Remise en cause de l'utilité du principe d'exclusion des idées

211. Amener une chose à exister, c'est commencer par la nommer. La parole, forme première d'expression, outil premier de communication est en soi toute puissante : « *Au commencement était le Verbe (...) et le Verbe s'est fait chair* »⁴⁴⁷. La matière, nécessaire incarnation de la création, commence son existence par sa nomination, par la désignation de son identité. Or cette identité est le nœud crucial de tout le droit des propriétés intellectuelles.

212. Le droit des biens, entre autres distinctions, fait la part entre les choses de genre et les corps certains. La création intellectuelle doit par essence et par nécessité se rattacher à la seconde catégorie pour prétendre à sa protection. Juger de l'originalité d'une œuvre de l'esprit, apprécier la nouveauté d'une invention, d'un dessin ou d'un modèle revient à répondre à une seule question : qu'est-ce qui fait que l'objet présent à nos sens révèle une identité propre qui le différencie des autres objets ?

Il en va de l'idée comme de toute autre chose. Nommer l'idée c'est lui reconnaître une existence. Exprimer l'idée c'est la proposer au voyage. Reste à déterminer si ce voyage est entièrement libéré de toute contrainte juridique ou si, au contraire, certains garde-fous viennent canaliser et régler le parcours.

⁴⁴⁷

Introduction de L'Évangile selon saint Jean, Cf. supra n°8.

213. Toutefois, ce que le droit refuse de protéger sous prétexte de libre parcours consiste non pas dans des idées à proprement parler mais dans des réalisations concrètes dont les caractères sont très largement insuffisants pour démontrer l'existence d'une création. Il sera vu par ailleurs que le concept d'idée se révèle rebelle à toute appréhension juridique. Or pour poser qu'une chose n'est pas susceptible d'appropriation, il est auparavant nécessaire de pouvoir l'appréhender juridiquement. L'utilité du principe d'exclusion des idées paraît alors discutable (Paragraphe premier) ce qui nous conduit à proposer son abandon (Paragraphe second) sans que l'on assiste pour autant à un bouleversement si faible soit-il des solutions concrètes traditionnelles.

Paragraphe premier : Discussion sur l'utilité du principe

214. La nature de l'idée selon son appréhension par le droit des propriétés intellectuelles (A) montre qu'en réalité ce sont des considérations bien plus pragmatiques qui conduisent au maintien du principe d'exclusion des idées : le droit s'avère totalement incompétent à appréhender les idées à travers ses différentes catégories (B). Le constat d'idées sans droit ne doit toutefois pas mener à la conclusion d'un droit sans idées. Il paraît toutefois difficile de plaider ici pour une acceptation complète et aveugle d'un principe qui tente de masquer une limite du droit que l'on peut penser inavouable mais dont, au fond, l'on peut se réjouir.

A- La nature de l'idée selon le droit des propriétés intellectuelles

Il semblerait que la notion d'idée soit sensiblement différente selon que l'on se place du point de vue de la philosophie ou du point de vue du droit. L'acception retenue conduit à constater que l'appréhension des idées par le droit aboutit à un non sens conceptuel (1). L'expression même du principe d'exclusion des idées jette un trouble (2). La jurisprudence nous enseigne enfin que ce qui est exclu du Code de la propriété intellectuelle ne sont que des manifestations objectivées d'idées dont il apparaît qu'elles sont insuffisantes à recevoir la protection. Il est ainsi possible de tracer un tableau casuistique des grandes « formes d'idées » (3).

1- Un non-sens conceptuel

215. Par définition, l'idée est fruit de la pensée, fruit du travail de l'entendement, fruit de l'esprit œuvrant en vue de l'ordonnement en système d'une série de sensations, de perceptions ou de raisonnements. La nature de l'idée est donc d'être le propre de l'esprit en tant qu'instrument de création : « *l'esprit n'existe que s'il crée de l'esprit, et il n'existe réellement qu'associé à ce qu'il a créé* »⁴⁴⁸.

Or l'idée ne peut accéder au monde en tant qu'univers de l'appréhension du réel que par sa transformation. Il lui faut nécessairement passer d'objet de la pensée à objet de la perception. Autrement dit, il faut à l'idée devenir « chose », au sens le plus économique et le plus juridique qui soit. L'idée ne serait plus alors telle qu'elle mais « traduite » en langage, rendue sous forme de symboles dont la société des hommes serait à même de saisir la substance. L'idée ne serait plus que le principe fondateur du symbole et ne transmettrait qu'à travers lui en tant que principe sous-jacent. Le droit n'accorderait dès lors protection qu'à la manière dont le symbole est transmis à l'intellect.

216. Partons du présupposé suivant : la nature de l'idée est d'être pensée. Si le *cogito* est bien comme on le croit de l'essence du *sum*, ergo l'idée, en tant que produit du *cogito*, est

⁴⁴⁸

Max Stirner, *L'Unique et sa propriété*, trad. Henri Lasvignes, éd. La table ronde, p.39.

également de l'essence du *sum* et participe à sa quiddité. Si l'on prend dès lors l'idée dans son acception la plus étroite il est manifeste que celle-ci ne saurait en aucun cas recevoir la protection du droit pour la simple raison qu'elle n'est appréhensible que pour et par le seul esprit. Elle n'est pas vouée, **par nature**, à être transmise à autrui, étant de l'essence même de l'intellect. A moins de pouvoir lire dans les pensées, l'idée n'est donc pas, par essence, susceptible d'être appropriée par une autre personne que celle qui la pense.

Dire alors que les idées sont de libre parcours paraît largement hérétique au vu de la définition étroite que l'on pourrait en retenir et on aboutirait ainsi à un non-sens conceptuel. Le droit ne doit pas appréhender les idées parce qu'il ne le peut pas. Admettre l'inverse reviendrait à admettre une certaine forme de contrôle sur l'esprit.

217. Mais ce ne serait apparemment pas la conception retenue par les juristes. En effet, l'idée serait opposée à la forme, seule susceptible de recueillir toute l'attention du droit. Mais nous avons pu montrer que dans chaque cas retenu en jurisprudence une idée qualifie une « production » de l'esprit à laquelle les juges refusent le statut d'œuvre ou plus largement de création susceptible de protection. Dans tous les cas une « production » s'offrait au jugement. Dans chaque espèce, cette « production » était traduite en langage, signes ou symboles, elle était « objectivée », nous préférons dire « réifiée ». Il paraît pour le moins léger de se fonder sur l'exclusion naturelle des idées pour justifier le refus de protection à de telles productions de l'esprit sans encourir la critique.

« La belle affaire ! » répondrait-on volontiers. Refuser la protection du droit à quelque chose que les cinq sens des humains magistrats ne puissent appréhender mais seulement penser en faisant alors un travail propre à eux en tant que sujets pensants relèverait de la galéjade : comment protéger ce qui n'est capable d'être pensé que par un seul et qui ne peut être, par nature, objectivé ? Et de s'étonner avec Philippe Le Tourneau : « *Comment admettre que soit interdite, en règle générale, la reproduction de l'image ou de la voix de quelqu'un et, qu'au contraire, l'utilisation de ses idées soit libre ? L'homme se caractériserait-il mieux par son visage et ses rides que par ses pensées ?* »⁴⁴⁹.

L'idée du juriste n'est manifestement pas celle du philosophe et il devient périlleux de justifier par des arguments théoriques comme celui du libre parcours ou de la nature de l'idée l'exclusion de ce qui, de toute évidence, ne peut pas être proposé en tant que tel au voyage

⁴⁴⁹ *Concurrence, consommation*, J.-Cl., fasc. 227, 62.

sensoriel. A ce titre un seul fondement bien plus technique, et légal celui-là, est à même de justifier ces décisions.

2- Du trouble jeté par l'expression jurisprudentielle du principe.

218. Un arrêt fort important de la première chambre civile de la cour de cassation du 17 octobre 2000 donne toute la mesure du problème⁴⁵⁰. S'il est devenu banal de relever que les petites affaires font souvent les grandes jurisprudences celle-ci en est un exemple supplémentaire. En l'espèce, la société FCB avait utilisé pour sa propre promotion publicitaire des photographies d'hommes en sous-vêtements précédemment diffusée pour la même raison par la société Eminence qui engage une action en contrefaçon. L'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 15 mai 1997 rejette l'action en relevant la participation de la société défenderesse à la création de cette œuvre collective en ce qu'elle avait proposé l'idée de répondre à une publicité Benetton représentant une série de sexes, qu'elle avait pris une série de renseignements et qu'elle avait transmis le matériel au photographe. Trouvant les arguments des juges du fond trop exposés, la cour de cassation casse la décision de la cour d'appel de Versailles par un arrêt de principe rendu sur le fondement de l'article L.111-2 du code de la propriété intellectuelle.

Le principe est le suivant : « *Attendu que la protection de l'idée **comme** œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* »⁴⁵¹.

Le motif de cassation est celui-ci : « *la cour d'appel, qui **n'a pas relevé une participation** de la société FCB à la création de l'œuvre collective diffusée par la société Eminence, a violé le texte susvisé* »⁴⁵².

219. La doctrine commentant cet arrêt voit dans celui-ci la confirmation du principe d'exclusion des idées par le droit d'auteur. Or nous y voyons, pour notre part, certains signes de ce qui aurait pu être un changement d'attitude de la Cour de cassation à l'égard d'une solu-

⁴⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2000, Bull. I n°248 p. 162 ; RJDA avril 2001 n° 522 p. 469 ; Philippe Le Tourneau, Communication, commerce électronique 2001, chron. 4.

⁴⁵¹ Souligné par nous.

⁴⁵² Souligné par nous.

tion faisant office de dogme. Appuyons-nous simplement sur le principe fondamental herméneutique selon lequel il n'y a pas de faits mais des interprétations⁴⁵³. Ce qui nous est présenté comme un fait est que les idées ne reçoivent pas la protection du droit positif. Qu'il nous soit permis d'apporter notre interprétation de l'arrêt du 17 octobre 2000.

220. Le principe nous semble on ne peut plus clair : les idées peuvent être des œuvres de l'esprit comme les autres !⁴⁵⁴ Pour dire cela la cour de cassation utilise la conjonction et adverbe « comme » vêtu de sa signification d'attribution ou de qualité, renvoyant également à son sens comparatif. Nous lisons : « l'idée **en tant qu'**œuvre de l'esprit ». Par cet attendu de principe et ce visa, la cour de cassation peut vouloir signifier très clairement :

1) explicitement, que seule la **création** de l'œuvre de l'esprit, de quelque manière que ce soit, peut emporter protection,

2) implicitement, que l'exigence de forme n'est pas une condition de la protection, et, partant, qu'il n'y a pas lieu d'instaurer une ségrégation entre celle-ci et l'idée.

221. La cour pose comme conditions celles-là mêmes qui figurent à l'article L.111-2 : la création par la réalisation de la conception, même inachevée, de la conception de l'auteur. On peut tirer une autre conséquence de cet attendu de principe : la définition de l'idée, au sens strict tel que nous avons pu l'étudier, doit s'entendre ici de la conception de l'auteur, laquelle, pour les raisons déjà dites, n'est pas susceptible de protection par le droit qui est totalement incapable de l'appréhender. Mais une idée, telle que comprise par les juristes, peut être considérée comme la réalisation inachevée d'une œuvre de l'esprit, comme un plan préalable à la réalisation finale et indispensable à celle-ci.

222. Si tant est que l'arrêt du 17 octobre 2000 nous ait livré toutes ses richesses, risquons-nous à tirer un dernier enseignement de la motivation. Ainsi que nous l'avons relevé, la cassation a été encourue parce que la cour d'appel n'avait pas relevé de participation de la société FCB à la création de l'œuvre collective. Autrement dit, la cour de cassation refuse la

⁴⁵³ « Cela veut sans doute dire que ce qui nous apparaît comme des faits n'est qu'un effet d'interprétation mais non que toute interprétation possible produit quelque chose que nous sommes obligés, à la lumière d'interprétations successives, de considérer comme un fait, bien qu'il n'en soit pas un. » Umberto Eco, Kant et l'ornithorynque, Grasset, 1.9 p.68. Approche sémiotique de l'être en tant que « quelque chose ».

⁴⁵⁴ V. cependant l'analyse radicalement opposée des observations in RJDA. On peut toutefois nuancer celle-ci dans la mesure où le commentateur admet la protection de l'idée à travers la forme qu'elle prend pour réaliser la conception de l'auteur.

qualité de coauteur à cette société car son apport s'avère insuffisant, selon elle, pour caractériser une création intellectuelle.

La cour aurait aussi bien pu se fonder sur le défaut d'originalité de l'apport de la société FCB. En effet, un fabricant de sous-vêtements n'aura que peu de peines à imaginer l'habillage, fut-il rudimentaire, de ce que la vieille morale ne saurait regarder dans la mesure où l'idée n'est que la transposition pure et simple sur un encart publicitaire de l'activité de ce fabricant. Quant aux autres « apports » de la société FCB dans la réalisation de l'œuvre, ils ne sauraient en aucun cas se voir qualifier de création intellectuelle, ceux-ci s'étant limités à recueillir les renseignements d'un journal, l'avis d'un avocat et à tenir lieu d'intermédiaire dans la transmission du « matériel » au photogaveur. En effet, « la prestation de renseignements, de documents, de souvenirs, ne (suffit) pas à conférer la qualité et les prérogatives de coauteur »⁴⁵⁵.

223. Il est à regretter que la Cour n'ait pas explicitement relevé l'évidence d'une telle idée. Sans doute n'était-elle pas saisie sur cette question ou alors tenait-elle à ne raisonner qu'à partir des notions purement légales de « création », « réalisation », « participation » (à la création), etc....

Il n'y a qu'ainsi que la décision nous paraît justifiée : une idée banale ou dont les éléments intelligibles ne permettent pas de juger de son originalité ne saurait emporter la qualification de coauteur à celui qui l'apporte. Monsieur Pierre-Yves Gautier n'enseigne pas autre chose lorsqu'il écrit que « *c'est en réalité parce que l'idée est banale qu'on ne la protège pas* »⁴⁵⁶. L'arrêt du 17 octobre 2000 viendrait renforcer cette opinion en faisant accéder explicitement l'idée au statut d'objet potentiel du droit d'auteur. Nous nous rangeons dès lors à l'opinion de Monsieur Théo Hassler pour qui, « *contrairement à un sentiment reçu les idées sont protégées, même si cela est fait indirectement et quelque peu hypocritement* »⁴⁵⁷. Peut-être la cour de cassation aurait-elle eu la possibilité de revenir ici sur cette hypocrisie...

La jurisprudence postérieure de la Cour de cassation rapportée plus haut tend, de toute manière, à infirmer pareille analyse en revenant à une expression plus classique du principe et

⁴⁵⁵ Henri Desbois, à propos de CA Paris, 1^{ère} ch., 9 novembre 1959, R.T.D.Com. 1961 p.82s, not. p.85, (affaire du contrat de « rewriting » des souvenirs de l'aéronaute).

⁴⁵⁶ Op. cit., n°30 p.53.

⁴⁵⁷ Observations sous Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, D.1993, sommaires commentés p.243.

nous avouons volontiers nous faire l'avocat du diable⁴⁵⁸. Toujours est-il que jusque dans l'expression même du principe, la Cour n'est pas à l'abri de toute ambiguïté.

3- Casuistique : les grandes « formes d'idées ».

224. L'idée n'a pour seule vocation que d'être pensée. Or ce que la jurisprudence, comme la doctrine, appelle idée correspond à des « productions » de forme, matérialisées, mais dont l'expression est insuffisante à caractériser une création intellectuelle remplissant les critères propres à chaque type de création. Pierre-Yves Gautier propose, à juste titre nous semble-t-il, de voir dans le principe d'exclusion des idées, une exigence de précision, précision qui seule peut mettre les magistrats en mesure d'apprécier l'existence d'une créations intellectuelle⁴⁵⁹.

225. Une gradation, inspirée du processus créateur, peut être effectuée concernant la formalisation des idées⁴⁶⁰. Au premier stade serait l'idée « pure », non extériorisée. C'est, pour nous, ce qui justifie le véritable sens du principe d'exclusion : non formalisée, l'idée n'est pas protégeable, simplement parce que le droit est incapable de l'appréhender. A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu à connaître de cette hypothèse. Le cas inverse reviendrait à se prononcer sur le droit d'autrui de penser la même chose que soi, ce qui, assurément, ne manquerait pas de piquant.

Deuxième échelle de la gradation : l'idée exprimée de manière brute, sans recherche dans l'expression. La difficulté sera, bien évidemment, de déterminer si cette expression est susceptible de donner lieu à protection. C'est dans cette hypothèse que la quasi-totalité des décisions consultées a pu rejeter la qualité d'auteur, annuler un dépôt de dessin ou modèle ou annuler un brevet au motif que la propriété intellectuelle ne protège pas les idées.

Enfin, une production formalisée plus avant, qu'elle soit ou non inachevée, permettra au juge de contrôler les conditions de fond de la création, question qui nous occupera bientôt.

⁴⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, pourvoi n° 01-17650, Comm. Com. élect. 2003, n°80, note C. Caron ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, inédit, pourvoi n°01-15301 ; Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, pourvoi n°01-03059. Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005, D. 2006, jur. p.517, note Tricoire.

⁴⁵⁹ n°31 p.54.

⁴⁶⁰ Cf. Christophe Caron, note sous Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, précité.

226. Ce qui nous intéresse ici, c'est l'étude du deuxième échelon car il s'agit du fil du rasoir : la formulation brute de l'idée. Il paraît possible de regrouper la jurisprudence en quelques grandes catégories de « *formes d'idées* ». L'idée peut ainsi être comprise comme une simple impulsion créatrice (a), comme l'apport de recherches et de documentation (b), comme une finalité (c) et enfin comme une abstraction (d).

a) L'idée comprise comme une simple impulsion créatrice

227. La première question que l'on peut avoir à résoudre est celle de la protection d'une impulsion créatrice sur le fondement d'un droit de propriété intellectuelle⁴⁶¹. Il s'agit en effet de savoir si la personne qui prend l'initiative d'une création peut-être considérée comme créateur. Classiquement, l'idée fournie à un tiers en vue de sa réalisation ne saurait accorder au fournisseur la qualité d'auteur⁴⁶².

Les juridictions semblent cependant ne pas avoir initialement accordé leur point de vue. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle reconnu la qualité de coauteur à celui qui s'est contenté de fournir l'idée⁴⁶³.

228. Bien que relativement rare sur ce point précis, la jurisprudence apparaît toutefois aujourd'hui fixée. Ainsi, la personne qui fournit l'idée sans participer à la réalisation de l'œuvre ne peut revendiquer la qualité de coauteur⁴⁶⁴. Partant, faute de prouver un apport spécifique à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle consacrée à Vincent Van Gogh, le fournisseur de l'idée du reportage ne saurait se voir attribuer la qualité de coauteur⁴⁶⁵. De la même manière, faute d'apporter la preuve de la remise d'un manuscrit quasi achevé à un éditeur, l'apporteur de l'idée d'un guide du football ne saurait se voir reconnaître la qualité de coau-

⁴⁶¹ La problématique est posée par Raymond Lindon : *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*, JCP 1970, 1, 2295.

⁴⁶² Raymond Lindon : précité. La question ayant une acuité particulière en matière de créations publicitaires, cf. Christophe Bigot : *Droit de la création publicitaire*, précité, n°23s p.18 ; Emmanuelle Parent : *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, précité, p.9.

⁴⁶³ CA Paris, 28 juillet 1857, Ann. prop. ind. 1857, 286. CA Paris, 9 novembre 1959, contrat de rewriting, RTD Com. 1961 p.82 obs. Desbois ; RIDA 1960 XXVII p.112.

⁴⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 18 décembre 1978, D. 1980, jur. p.49, note Colombat ; JCP 1979, II, 19213, note Manigne. La Cour relève, en l'espèce, que non seulement Polieri avait apporté ses idées et ses connaissances en matière de théâtre, mais en plus il avait participé à la réalisation du projet de théâtre torique en assortissant ses suggestions de croquis, ce qui lui donne la qualité de coauteur.

⁴⁶⁵ CA Versailles, 16 septembre 1999, D. 2000, n°20 p.208, obs. T. Hassler et V. Lapp.

teur⁴⁶⁶. Il en va de même du simple instigateur d'une œuvre collective qui, faute d'avoir divulgué l'œuvre sous son nom, ne peut se voir investi des prérogatives liées au droit d'auteur⁴⁶⁷.

229. Toute la problématique de la qualité de coauteur du commanditaire d'une œuvre peut se poser ici. Il est évident que la seule commande d'une œuvre ne saurait conférer au commanditaire la qualité de coauteur⁴⁶⁸.

La question de savoir à partir de quel degré de participation à l'œuvre confèrera au donneur d'ordre la qualité de coauteur est en revanche bien plus délicate. La jurisprudence semble exiger une participation à l'exécution de l'œuvre, participation qui se mesure selon le critère de précision⁴⁶⁹. Ainsi les agences publicitaires prétendent souvent que celui qui réalise l'œuvre selon leurs instructions n'a pas la qualité d'auteur en raison de sa simple qualité d'exécutant. Or, sur le fondement du principe d'exclusion des idées, la jurisprudence invalide une telle argumentation⁴⁷⁰.

b) L'idée comprise comme l'apport de recherches et de documentation

230. Deuxième « *forme d'idée* », l'apport de données en vue de la réalisation d'une création s'est vu, de la même manière, refuser la qualité de création⁴⁷¹. Il s'agit de la « *forme d'idée* » qui pose le moins de difficultés quant à l'appréciation d'un apport créatif. En effet, il n'est question ici que de données préexistantes qui seront incorporées dans la création finale.

⁴⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, pourvoi n°01-03059. Contra CA Pau, 31 janvier 1996, LPA 13 décembre 1996, p.6, obs. X. Daverat : La Cour retient la simple « impulsion du directeur » pour retenir sa qualité de coauteur (décision rendue sous l'empire de la loi antérieure à 1985).

⁴⁶⁷ Civ. 1^{ère}, 16 novembre 2004, Pourvoi n°02-17683, Bull. civ. I, n°275 p.230.

⁴⁶⁸ « Pour que le donneur d'ordre puisse prétendre à la qualité de coauteur de l'œuvre commandée, il faudra qu'il ait contribué à l'exécution de celle-ci par une intervention qui dépasse le simple domaine des idées », Stéphanie Denoix de Saint Marc : *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, thèse Paris II, 1997, Litec, 1999, publication de l'I.R.P.I. tome 19, n°276 p. 117.

⁴⁶⁹ Ibidem, n°282 p. 119 et la jurisprudence.

⁴⁷⁰ Emmanuelle Parent : précité, p.11, et la jurisprudence. Est particulièrement illustrative l'« *affaire des poupées* » : La Cour accorda la qualité d'auteur au réalisateur final et non à l'agence ayant passé commande de personnages publicitaires ; CA Paris, 27 novembre 1967, appel formé contre Trib. Com. de la Seine, JCP 1970, I, 2295, annexes de l'article précité de Raymond Lindon.

⁴⁷¹ V. cependant CA Paris, 9 novembre 1959 précité où la Cour accorde la qualité de coauteur à l'aéronaute s'étant borné à l'apport de ses souvenirs.

Pouillet prétendait déjà que « si le sujet est emprunté à l'histoire, à la nature, l'artiste ne pourra se l'approprier »⁴⁷².

231. S'agissant de données préexistantes et non d'un apport véritablement créatif, la jurisprudence a donc pu juger que la documentation réunie sur l'inventeur de la photographie n'entraîne pas dans la catégorie d'œuvres de l'esprit⁴⁷³, ou que « *les documents remis (...) n'avaient constitué qu'un matériau brut à partir duquel (le peintre) avait conservé la maîtrise intégrale de son art* »⁴⁷⁴. De la même manière, outre l'idée de répondre à une publicité, la prise de renseignements auprès d'un journal et d'un avocat et la transmission du matériel au photographe ne sauraient établir la participation à la réalisation d'une œuvre collective⁴⁷⁵.

232. C'est sur ce terrain que se pose la délicate question des rapports entre la science et les droits de propriété intellectuelle. Si le Code vise expressément les livres, brochures et autres écrits ainsi que les plans croquis et ouvrages plastiques relatifs aux sciences⁴⁷⁶, les connaissances scientifiques, en tant que telles, ne sauraient faire l'objet d'une réservation⁴⁷⁷. La jurisprudence applique en la matière le principe d'exclusion jugeant que l'« *idée scientifique ne peut faire l'objet d'une protection légale* »⁴⁷⁸.

Le droit des brevets a résolu cette question de façon toute aussi radicale qu'il a pu exiger une création utile et réalisable. L'article L.611-10 2° a) du Code de la propriété intellectuelle exclut en effet du domaine de la brevetabilité « les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ». La découverte a pu être opposée à l'invention en ce qu'elle « *procure une simple extension des connaissances humaines* », l'invention tendant, « *par une réalisation matérielle, à la satisfaction d'un besoin physique* »⁴⁷⁹. La Cour de

⁴⁷² N°76 p.95.

⁴⁷³ TGI Paris, 27 juin 1990, RIDA n°149 juillet 1991, p.245, note Ph. Gaudrat.

⁴⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, inédit, pourvoi n°02-13577, rejet du pourvoi formé contre CA Paris, 4^{ème} chambre section A, 13 février 2002. La cour relève en outre que les remarques faites par les requérants à l'artiste n'excédaient pas le caractère de simples directives courantes dans les œuvres de commande.

⁴⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2000, précité.

⁴⁷⁶ Art. L.112-2, 1° et 11° du CPI.

⁴⁷⁷ Xavier Strubel : La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français, CNRS éditions, p.36 et suivantes.

⁴⁷⁸ Trib. civ. de Marseille, 11 avril 1957, D. 1957, jur. p.369. Cf. également Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1983, Bull. civ. I, n°260 p.233 ; D. 1985, Somm. p.309, obs. Colombet.

⁴⁷⁹ Trib. civ. de la Seine, 9 mai 1957, Ann. prop. indus. 1963, p.329.

cassation a ainsi refusé le bénéfice du brevet à une découverte « *portant sur un principe purement théorique dont les applications pratiques ne sont pas précisées* »⁴⁸⁰.

c) L'idée comprise comme une finalité

233. *A priori* spécifique au droit des brevets, cette conception de l'idée peut néanmoins être relevée en droit d'auteur. En effet, il a été vu que la fonctionnalité d'un logiciel n'entrait pas dans le champ de la propriété littéraire et artistique sur le fondement de l'exclusion des idées⁴⁸¹. Les fonctionnalités peuvent en effet se définir comme des séries d' « *opérations effectuées par un système informatique qui constituent une entité logique* »⁴⁸². Une fonctionnalité est donc le but que le logiciel ou une série d'instructions permettent à un ordinateur d'accomplir.

A considérer sa fonction, le logiciel est un « *procédé permettant de tirer parti des ressources de la machine en vue d'un résultat déterminé* », l'attrayant en cela vers les créations utilitaires⁴⁸³. Ce résultat, cette fonction, échappe à l'emprise du droit d'auteur. Ainsi a-t-on pu voir que la jurisprudence excluait « *les fonctionnalités en tant que telles et dans la mesure où elles correspondent à une idée* » et que tombait sous le coup de cette exclusion, à titre d'exemple, « *la possibilité d'observer un objet en trois dimensions sous des angles différents* »⁴⁸⁴.

234. C'est par une relation de gémellité assez peu étonnante que le droit des brevets considère qu'un résultat ne saurait faire l'objet d'une réservation⁴⁸⁵. Cette similitude s'explique sans doute par le caractère technique des créations considérées du point de vue de leur finalité. Le droit d'auteur protégera donc l'enchaînement des fonctionnalités et non

⁴⁸⁰ Sous l'empire du droit antérieur à la loi de 1968, Com. 31 mars 1954, Ann. prop. indus. 1954, 266. L'office européen des brevets a cependant refusé que soit considéré comme une découverte le fait d'isoler et de caractériser un fragment d'ADN, OEB, 8 décembre 1994, D. 1995, jur. p.44 note Galloux.

⁴⁸¹ Cf. supra.

⁴⁸² Communication de la Commission des Communautés européennes au Conseil relative au développement coordonné des procédures administratives informatisées, Annexe 1, JOCE 16 janvier 1985, n°C 15.

⁴⁸³ André Lucas : Droit de l'informatique et de l'Internet, Puf, coll. Thémis droit privé, 2001, n°511 p.303. Les logiciels sont en effet des « *outils de traitement de l'information* », Philippe Belloir, *Le délit pénal de contrefaçon d'œuvres logicielles et multimédias*, thèse précitée, n°46 p.38.

⁴⁸⁴ CA Versailles, 9 octobre 2003, précité.

⁴⁸⁵ Cf. supra. V. également CA Paris, 16 janvier 1998, R.D. intell. 1998, n°87 p. 20 et TGI Paris, 14 avril 1999, PIBD 1999, 684, III, p.405, précité note 372.

celles-ci, de la même manière que le droit des brevets protégera les moyens techniques d'obtenir un résultat, mais non celui-ci.

d) L'idée comprise comme une abstraction : théories, méthodes ou principes généraux

235. La dernière manière dont le droit croit appréhender les idées est de les considérer comme des principes, méthodes ou théories. Trop abstraites, ces « *formes d'idées* » se voient systématiquement refuser la protection par des droits privatifs.

236. L'article L.611-10 a) et c) du Code exclut expressément du droit des brevets les théories scientifiques, les méthodes mathématiques ainsi que les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles. Ne sauraient donc être brevetables des méthodes pédagogiques⁴⁸⁶, des méthodes de gestion⁴⁸⁷ ou encore des méthodes de diagnostic⁴⁸⁸. Pareille exclusion s'est vue justifiée par l'inutilité d'un droit d'exploitation portant sur une théorie insusceptible d'exploitation⁴⁸⁹ ainsi que par le caractère éminemment abstrait de créations ne comportant pas de réalisation matérielle⁴⁹⁰. La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs annulé la décision du directeur de l'INPI qui rejetait une demande de brevet revendiquant la structure d'un bâtiment industriel selon un motif fors intéressant : « *le demandeur ne s'est pas arrêté au stade de l'abstraction* »⁴⁹¹.

237. Ce caractère abstrait justifie de la même façon l'exclusion de certains « *formes d'idées* » du droit d'auteur. Ainsi la jurisprudence rejeta-t-elle une méthode

⁴⁸⁶ TGI Paris, 21 septembre 1984, PIBD 1985, 362, III, 47.

⁴⁸⁷ CA Paris, 8 janvier 1976, PIBD 1976, 168, III, 122.

⁴⁸⁸ CA Paris, 26 mai 1983, PIBD 1983, 329, III, 189.

⁴⁸⁹ J.-J. Burst et A. Chavanne : n°67 p.66.

⁴⁹⁰ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°76 p.39. Du reste est-ce le sens de l'exclusion de ces créations « en tant que telles » (art. L.611-10, 3°).

⁴⁹¹ CA Paris, 13 décembre 1990, Ann. Prop. Ind. 1991, p.35 ; Cf. J.-J. Burst et A. Chavanne: n°71 p.68.

d'enseignement⁴⁹², une méthode commerciale⁴⁹³, une méthode informatique⁴⁹⁴, ou encore un thème⁴⁹⁵.

De la même façon, la Cour de cassation a-t-elle très clairement exclu un concept d'aménagement-type de magasin au motif que « *les prescriptions et dessins invoqués se réduisaient à des principes généraux exclusifs d'indications suffisamment concrètes et précises* »⁴⁹⁶. Outre l'exigence de précision relevée par la Cour, le rejet du pourvoi est donc encouru en raison du caractère abstrait de principes généraux dont la requérante revendiquait la propriété intellectuelle.

En matière de droit d'auteur cette exclusion voisine en outre de près avec l'impossibilité de réserver un genre⁴⁹⁷, impossibilité expressément visée par l'article L.112-1 du Code.

Ce sera donc le caractère éminemment « intellectuel » de l'idée qui la vouera inmanquablement à la géhenne. Constat bien paradoxal pour un Code qui se prétend le protecteur des créations de l'intelligence ! L'abstraction, quelle qu'elle soit, si intelligente, si fine soit-elle, ne passera donc pas la porte de l'antichambre.

B- La justification pratique du principe : l'impossible appréhension des idées par le droit.

238. Le principe d'exclusion est parfois traduit par un constat préalable : l'exigence de matérialisation de l'idée (1). Cette exigence fut récemment réinterprétée comme étant en réalité une exigence de précision dans l'expression de l'idée (2). Cette nouvelle analyse peut

⁴⁹² Com. 19 novembre 1960 (méthode de solfège), Gaz. Pal. 1961, 1, jur. p. 152 ; Ann. Prop. Ind. 1961, p.309 note Blaustein.

⁴⁹³ Crim. 15 octobre 1969, D. 1970, jur. p.15.

⁴⁹⁴ Comme par exemple l'arborescence, les interrogations multicritères, les images-masques, etc. CA Paris, 5 avril 1993, Expertises 1993 p.275.

⁴⁹⁵ CA Versailles, 15 décembre 1993 (la bicyclette bleue), D. 94, jur. p.132 note P.-Y. Gautier ; RIDA 1994, n°160, p.255. TGI Nanterre, 1^{er} mars 1995 (Les visiteurs), RIDA 1996, n°167, p.181 obs. A. Kéréver. CA Douai, 20 mai 1996, RIDA 1996, n°170, p.278.

⁴⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, Bull. I n°148 ; RJDA décembre 2003 n°1262 ; D. aff. 2003 p.2014.

⁴⁹⁷ A. Bertrand : p.193 et suivantes, et l'abondante jurisprudence citée.

néanmoins prêter le flanc à la critique (3), ce qui amène à découvrir dans l'incapacité du droit à saisir les idées la seule raison d'être du principe (4).

1- Le Constat : Une exigence traditionnelle de matérialisation

239. Il a été vu à loisir que tant la jurisprudence que la doctrine exigeaient que l'idée soit « objectivée », incarnée dans une forme, « matérialisée ». Pareille exigence tend non pas à la protection de l'idée « formalisée » mais à la seule protection de la forme elle-même, à condition toutefois qu'elle remplisse les conditions de fond de la création⁴⁹⁸.

Cette condition préalable pourrait être appelée, sans jeu de mot, la « condition de forme de la création ». Elle signifie d'une part, que l'objet doit être concret, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il soit achevé⁴⁹⁹, d'autre part que cet objet doit, en matière de créations esthétiques, être perceptible aux sens.

240. Cette dernière condition semble aller de soi dans la mesure où la création a pour fonction de procurer un sentiment esthétique. L'article L.511-1 nouveau précise d'ailleurs que ne peut être protégée qu'une apparence. L'article L.511-4 ajoute, concernant l'appréciation du caractère propre, que c'est l'impression visuelle d'ensemble de l'observateur averti qui compte, tandis que l'article L.511-5 exige que l'objet soit visible lors d'une utilisation normale⁵⁰⁰.

241. L'objectif étant toutefois d'étudier la création intellectuelle par delà les clivages du Code, il apparaît donc que seule l'exigence de concrétisation doit attirer notre attention. Cette exigence trouve un très belle expression sous la plume de messieurs Lucas : la création n'est susceptible de donner prise au droit « *qu'à partir du moment où elle quitte le monde de la spéculation pour entrer dans le monde sensible de la forme* »⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Sur les condition de la création, cf. infra Partie II titre II. P.-Y. Gautier : n°29 p.51 ; Lucas : n°56 p.72.

⁴⁹⁹ Art. L.111-2 CPI.

⁵⁰⁰ Cf. F. Pollaud-Dulian : L'ordonnance du 25 juillet 2001 et la réforme du droit des dessins et modèles, JCP 2001, actualité p.1921.

⁵⁰¹ n° 56 p.72. Toujours ayant pour visée une étude globalisatrice, nous invitons le lecteur à ne pas s'attacher ici à la sensibilité de la forme au sens droit d'auteur mais dans le sens plus global de matérialisation.

242. Il s'agit donc d'exiger que la création soit un corps certain, individualisé⁵⁰².

Rappelant l'article L.111-2 du Code, la Cour de cassation pose très clairement cette condition, quoique de manière maladroite semble-t-il. La Cour juge en effet que « *la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* »⁵⁰³. Nous avons pu entrevoir la richesse de cet attendu de principe. A un niveau plus superficiel cependant, la Cour exige très clairement la réalisation d'une conception, autrement dit, littéralement, que l'idée soit faite chose par l'intervention du créateur.

L'accession au statut d'objet de droit suppose donc une réalisation, l'accession au statut d'objet de droit de propriété intellectuelle supposant en outre un créateur. Ce créateur doit réaliser un chose qui soit tangible, concrète, c'est-à-dire caractérisée par une forme imprimée dans une matière. Or il s'avère que « la distinction entre l'idée et la forme que l'on en déduit se révèle à l'analyse un peu fruste pour rendre compte de la réalité »⁵⁰⁴. Aussi a-t-il été proposé de réinterpréter le principe en une exigence de précision.

2- Le principe vu comme une exigence de précision

243. Prenant acte de la faible maniabilité de la distinction idée-forme, Monsieur Gauthier propose d'analyser le principe d'exclusion en une exigence de précision dans l'expression. Pour cet auteur, la mise en forme de l'idée c'est « *le fait de parvenir à une précision suffisante quant à l'œuvre future dans l'exposé que l'on peut en faire à autrui* »⁵⁰⁵.

244. Outre le fait qu'il reprenne implicitement l'exigence de matérialisation, le critère de la précision invite à une appréhension globale de la création : la création en tant qu'objet déterminé, la création comme fruit d'un travail créatif, la création dans son rapport à autrui, comme objet d'expression, de communication⁵⁰⁶. Dans tous les aspects de la création, en tant

⁵⁰² Thomas Rabant : thèse précitée, p.48 à 80. Daniel Gervais : La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé, thèse Nantes 1996, p.63 et suivantes. Cf. également Gérard Cornu : Droit civil, t.I, 8^{ème} édition, Domat 1997 n°1688 : « *Pour que l'œuvre existe, (il faut) que, sous une forme ou une autre, la conception s'exteriorise, qu'elle prenne corps hors de l'esprit de son auteur, qu'elle existe en dehors de lui* ».

⁵⁰³ Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2000, précité.

⁵⁰⁴ Lucas : Ibidem.

⁵⁰⁵ N° 31 p.54.

⁵⁰⁶ V. Thomas Rabant qui fait du rapport avec le public la vocation véritable d'une œuvre de l'esprit, thèse précitée, p.221 et suivantes. Pareil constat pourrait être fait en matière de brevet, l'article L.612-5 du Code précisant qu'un homme du métier doit pouvoir exécuter l'invention d'après l'exposé de la demande de brevet.

que fait mais aussi qu'objet, ce critère met l'accent non seulement sur l'existence d'un droit, mais également sur la détermination de l'étendue des droits à travers une exigence probatoire sous-jacente.

245. Il semble que la Cour de cassation elle-même se soit rangée récemment à cette thèse. En effet, dans un arrêt du 17 juin 2003, la première Chambre civile a rejeté un pourvoi au motif que les juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, avaient pu retenir l'imprécision des éléments versés au débat pour refuser la qualité d'auteur à une architecte d'intérieur⁵⁰⁷. Il est important de relever qu'en l'espèce les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain, celui de l'appréciation des preuves apportées pour étayer ou combattre l'existence d'une création. La preuve de la qualité de création est ici libre, les juges n'étant liés par aucune modalité probatoire⁵⁰⁸.

Si séduisante et si intéressante soit-elle sous l'angle des exigences probatoires, cette nouvelle lecture du principe d'exclusion doit néanmoins être mise à l'épreuve.

3- Critique du critère de précision

246. Le critère de précision, en ce qu'il a pour terreau le droit d'auteur, doit tout d'abord passer l'épreuve des nouvelles conceptions de l'art (a). Il s'agira ensuite de l'éprouver au regard des « formes d'idées » dégagées d'après la casuistique (b).

a) Précision et nouvelles conceptions de l'art.

247. Le critère de précision s'avère efficace et opportun lorsque l'on considère le processus de création classique : pensée – composition - expression. Le critère est en effet opérant dès le niveau de la composition car il s'agit de savoir si, dès ce moment, l'idée com-

⁵⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, précité : « Les prescriptions et dessins invoqués se réduisaient à des principes généraux exclusifs d'indications suffisamment concrètes et précises ». La Cour relève en outre qu'une planche était « trop imprécise et partielle pour s'assimiler à un projet type permettant une exécution répétée ».

⁵⁰⁸ P.-Y. Gautier : n°427 p.633 ; J.-J. Burst et A. Chavanne : n°457 p.275 et n°823 p.449 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°196s p.83 et n°372s p.160.

mence à recevoir une formalisation suffisante pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un objet déterminé. Cependant, et quoi que semble en penser une partie de la doctrine⁵⁰⁹, le processus créateur ne saurait suivre ce seul et même schéma car l'on pourrait tout à fait admettre avec certains penseurs de l'art contemporain qu'une création peut être le fruit du subconscient⁵¹⁰.

Ainsi l'art abstrait semble-t-il, *a priori*, malmener cette vision du processus créateur⁵¹¹. L'une des tendances représentée par Klee et Kandinsky se fonde sur le parcours de l'émotion, sur l'étude de la psychologie et des principes de perception du réel pour définir un langage basé sur la fonction expressive et symbolique des couleurs et sur le rythme produit par les rapports réciproques entre les formes pures. L'artiste recherche ainsi le contenu intérieur dans la forme extérieure⁵¹². Un auteur a pu relater les problèmes considérables que l'« oiseau » de Brancusi avait posés aux juridictions américaines⁵¹³. L'œuvre d'art abstraite a pour but non de montrer le réel mais d'en saisir et d'en montrer l'ipséité.

Ce nouveau rapport venant perturber les conceptions artistiques et philosophiques romantiques aurait du, en tout logique, ébranler notre droit d'auteur. Il semble néanmoins que l'art abstrait peut entrer dans le schéma classique :

- idée ou pensée : la recherche de la quiddité du sujet du tableau ou de la sculpture.
- composition : l'épuration des formes jusqu'à l'obtention de la forme en prise directe sur l'idée.
- Réalisation : le travail de la matière (peinture, sculpture, etc.).

248. Le coup fatal vient de l'art conceptuel. Cette tendance se plaît à tourner en dérision le culte de l'objet d'art en niant la matérialité visuelle de l'œuvre d'art. Un nouveau rapport à l'art est instauré sans qu'aucune création puisse être caractérisée. Ainsi, dans la perspective ouverte par Marcel Duchamp, une œuvre est reliée à l'auteur par une simple déclara-

⁵⁰⁹ Sophie Alma-Delette : thèse précitée, n°24s p.31.

⁵¹⁰ Paul Klee : Théorie de l'art moderne, précité ; Jean-Philippe Antoine : Une expérience démocratique de l'art ?, art. précité.

⁵¹¹ Art fondé sur la recherche d'un ordre et d'une rationalité excluant une référence immédiate au monde tout en cherchant à saisir les « forces créatrices » de la nature.

⁵¹² « Ce « quoi » est le contenu que seul l'art est capable de saisir en soi et d'exprimer clairement par des moyens qui n'appartiennent qu'à lui », Vassily Kandinsky, Du spirituel dans l'art et dans la peinture en particulier, Folio essais, p.68.

⁵¹³ Bernard Edelman : *L'adieu aux arts, 1926 : l'affaire Brancusi*, éditions Alto Aubier.

tion : « je dis que cela est de l'art »⁵¹⁴. La négation de tout processus créateur, la négation de toute personnalité inscrite dans l'œuvre cède pourtant devant le fait reconnu, socialement, que l'on est quand même en présence d'une œuvre d'art⁵¹⁵ !

Mieux ! Le processus semble inversé : il s'agit désormais, pour le spectateur, de trouver l'idée à partir d'un objet donné, seule la démarche intellectuelle de l'artiste pouvant éventuellement, être qualifiée d'originale. Le critère de précision est dès lors inopérant car il n'y a ni expression ni conception : le fait de « mettre en scène » un urinoir comme pourrait l'être un bronze de Benvenuto Cellini ne saurait suffire, dans les conceptions traditionnelles, à caractériser une œuvre de l'esprit reflétant la personnalité de son auteur.

b) Précision et « formes d'idées ».

249. Le critère de précision butte, en outre, sur différentes « formes d'idées ». S'il convient tout à fait pour expliquer et justifier le principe eu égard à l'idée comme impulsion créatrice, il est chancelant face à l'idée comprise comme abstraction et inopérant face à l'idée comprise comme donnée ou comme finalité.

250. Concernant tout d'abord l'idée comme impulsion créatrice, le critère de précision est, si l'on ose dire, « chez lui ». Cette impulsion, dès lors qu'elle ne revêt pas un degré suffisant de précision, ne saurait être qualifiée de création⁵¹⁶. Mais une difficulté subsistera toujours : déterminer à partir de quel degré de précision il n'y a plus idée mais forme.

Ainsi que le fait remarquer un auteur à propos de la simple connaissance de l'idée, la détermination du degré de précision fait entrer des considérations par trop subjectives pour fournir un critère sûr et rendre les décisions suffisamment prévisibles⁵¹⁷.

251. S'agissant de l'idée comprise comme une abstraction, le critère semble déjà malmené. En effet, si l'abstrait s'oppose au concret, cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit

⁵¹⁴ Bernard Edelman : De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly (à propos du jugement du TGI de Tarascon du 20 novembre 1998), D. 2000, chron. p.98. Cf. également : L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même (sur Civ. 1^{ère}, 5 février 2002, Bull. n°46), D. 2003, chron. p.436.

⁵¹⁵ Bernard Edelman : *De l'urinoir...*, précité.

⁵¹⁶ Cf. supra.

⁵¹⁷ Ivan Cherpillod : L'objet du droit d'auteur, thèse précitée, n°175 p.101.

dépourvue de précision. Une méthode peut, par exemple, se définir comme un « ensemble de moyens raisonnés suivis pour arriver à un but »⁵¹⁸. Ces moyens, ces procédés, sont parfaitement déterminés, ce qui caractérise d'ailleurs une méthode : la même méthode doit en principe conduire aux mêmes résultats pour les mêmes données. Ce qui fait l'efficacité de la méthode c'est l'adéquation entre des étapes précises et le but précis recherché.

252. Pour ce qui est enfin de l'idée comprise comme une donnée ou comme une finalité, le caractère de précision de la donnée (documentation historique, prise de renseignements, données scientifiques, informations en tout genre), ou de la finalité (fonctionnalité de logiciel, résultat obtenu par une invention) paraît difficilement contestable. La donnée ou la finalité ont pour elles le caractère brut de l'information dans sa plus grande objectivité et sa plus grande violence. Qu'en revanche la donnée soit banale car provenant d'un fonds historique, d'un fonds commun de l'humanité, ou que la finalité le soit également car découlant de manière évidente du domaine dans lequel on travaille fait moins de doute. Mais il ne s'agit plus de rechercher une « production de l'esprit » objectivée, il s'agit déjà d'en apprécier la qualité de création.

Il est dès lors nécessaire de tenter de se prononcer sur la raison profonde justifiant le principe d'exclusion des idées.

4- L'impuissance du droit face aux idées, justification pratique du principe d'exclusion.

253. A l'instar de la justification pratique du principe de l'unité de l'art, il apparaît également que la seule justification du principe d'exclusion des idées soit de nature pratique. En effet, il apparaît que la seule explication viable soit celle de l'impossibilité de déterminer une création intellectuelle. En effet, non seulement l'idée « pure » renvoie le droit à ses propres limites, mais il apparaît également que l'idée exprimée de manière sommaire pose un problème de preuve et de délimitation des droits.

254. Le principe renvoie le droit à ses propres limites. L'idée pure, l'idée en tant que préconception dans l'esprit n'a pour seule vocation que d'être pensée. Ce « *monde de la spéculation* » pour reprendre le mot de Messieurs Lucas ne donne aucune prise au droit. En effet,

⁵¹⁸ Le petit Robert.

s'agissant de la pensée elle-même, les textes fondamentaux en proclament la liberté : chacun dispose de la liberté de penser. Ce qui implique de pouvoir changer d'opinion et, surtout, de pouvoir l'exprimer. Or dans un système démocratique, seule la liberté d'exprimer ses pensées revêt un intérêt de praxis juridique. Il s'agit du seul terrain sur lequel le droit puisse véritablement intervenir par une réglementation plus ou moins souple de la liberté d'expression.

Mais si proclamer la liberté de pensée paraît souhaitable pour des raisons psychologiques ou sociopolitiques, il n'en va pas de même juridiquement car le droit est incapable de saisir la pensée. Celle-ci est l'affaire du seul for intérieur. Elle ne met en jeu ni autrui ni l'ensemble de la communauté : « *L'idée naissant dans l'esprit de l'auteur ne peut être identifiée par une autre personne que le sujet pensant lui-même. Seule l'œuvre concrète apparaît à nos sens* »⁵¹⁹. A ce titre, le droit ne peut rien, ni pour, ni contre la pensée.

Dès lors, proclamer que les idées ne peuvent faire l'objet d'un droit privatif ne fait que traduire non pas une règle de droit inspirée par un politique ou une philosophie, mais la limite humaine de ce droit objectif que l'on veut pourtant désincarné : l'idée non exprimée échappe à autrui et, partant, ne peut entrer dans le commerce juridique en ce qu'il est la médiation de plusieurs intérêts en présence. Le « monde de la spéculation », si vaste et si primordial soit-il, est inconnu du droit. Il s'agit sans doute du domaine du non-droit par excellence.

Le principe d'exclusion traduit donc cette absolue impossibilité pratique pour le droit de se saisir des idées.

255. Il a toutefois été vu que, selon la casuistique, il n'était pas d'idée « pure » mais seulement des « formes d'idées », des idées qui, bien qu'exprimées, ne pouvaient sous leur forme d'expression, faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle⁵²⁰. Dans cette deuxième façon de concevoir l'idée, l'expression brute d'une pensée, le principe d'exclusion ne vise pas non plus à marquer l'impuissance du droit mais celle du juge à qualifier la production appréhendée de création. Il convient d'insister : le juge est en présence d'un objet concret, qu'il s'agisse d'une initiative, d'une abstraction, d'une donnée ou d'une finalité. Or il vient d'être vu que le principe d'exclusion ne saurait traduire, sans encourir la critique, une exigence de matérialisation ou de précision dans l'expression.

⁵¹⁹ Ivan Cherpillod : *L'objet du droit d'auteur*, thèse précitée, p.95.

⁵²⁰ Cf. supra.

Nous sommes d'avis, avec Monsieur Gautier, de voir dans le principe la traduction d'une simple exigence probatoire. Il ne s'agit toutefois plus de prouver l'existence d'un objet mais de démontrer qu'il revêt les caractères d'une création intellectuelle. C'est donc un examen des conditions de fond de la création qu'il s'agit de mener au vu des éléments apportés. L'exigence n'aurait donc comme seule fin d'emporter la conviction du juge. Il devra se fonder sur des éléments objectifs, matériels pour se prononcer sur l'originalité, le caractère propre, la nouveauté ou l'activité inventive dont fait montre l'objet.

Monsieur Gautier a pu mettre en évidence la troublante proximité entre le principe d'exclusion et la banalité de l' « idée » proposée à la protection. Selon l'auteur, la justification de l'interdiction est « axée en réalité sur la banalité, synonyme de 'libre parcours', de 'fonds commun' »⁵²¹.

Sous couvert du principe d'exclusion, le juge semble donc s'épargner un examen des conditions de fond. Il s'agit en réalité de rejeter les prétentions de l'une des parties en présence pour insuffisance de preuve de la qualité de créateur. Cette justification pratique du principe pourtant présenté comme un dogme fondateur de la propriété intellectuelle suscite dès lors la méfiance quant à sa réelle pertinence.

Paragraphe second : L'inutilité du principe d'exclusion des idées.

256. Nous avons pu voir les difficultés posées par le principe dans son expression même. Il se révèle en outre peu maniable et peu pratique, ce qui en réduit l'opportunité (A) et nous amène à plaider pour son abandon (B).

A- La faible opportunité du principe : la confusion entre idée et banalité

⁵²¹ N° 30 p.53.

257. Aussi rassurante que soit la formule tendant à exclure les idées du Code, il a été cependant relevé que la frontière entre l'idée et la forme était plutôt évanescence. Un auteur a en outre pu faire remarquer la confusion opérée entre idée et banalité.

Monsieur Gautier souligne ainsi que « *c'est en réalité parce que l'idée est banale qu'on ne la protège pas* »⁵²². Monsieur Edelman montre de la même manière que l'idée banale « *s'apparente à l'idée pure et simple qui est de libre parcours* » car ne possédant « *aucune valeur créatrice dans la mesure où elle n'est que la répétition du fonds commun imaginaire d'une société* »⁵²³. Il serait loisible de relever à ce propos les différentes acceptions de la notion de « *fonds commun* ». Car si Monsieur Edelman semble montrer qu'il y a là relativité dans la mesure où l'on doit se référer à une acception occidentale contemporaine, il nous apparaît qu'il faille viser sans ambages le « *fonds commun de l'humanité* », ce qui ne trace aucune frontière temporelle ou spatiale⁵²⁴.

258. Le postulat même d'un fonds commun duquel sont tirées les idées amène en effet à conclure à leur banalité de la manière la plus évidente. Or ce n'est pas la jurisprudence s'appuyant sur un tel fonds qui fait défaut⁵²⁵.

259. On pourrait toutefois s'interroger sur une inflexion jurisprudentielle reconnaissant que l'idée peut n'être pas banale. La Cour d'appel de Versailles a admis en effet la protection d'un slogan publicitaire à la condition qu'il renferme « *une idée qui, par son originalité, porte la marque d'une œuvre de l'esprit* »⁵²⁶. La Cour recherche toutefois l'originalité dans la juxtaposition de mots et dans l'agencement de la phrase. Elle dénie, sur cette base, la qualité d'œuvre de l'esprit à un slogan. Le juge procède donc à une recherche de l'originalité dans l'expression, malgré ce que pouvait laisser penser l'exigence d'idée originale. Cette même Cour semble toutefois avoir rectifié le tir quelques mois plus tard : « *une idée publicitaire non*

⁵²² Ibidem.

⁵²³ Bernard Edelman : *Création et banalité*, D. 1983, chron. p.73.

⁵²⁴ « L'idée seule ne peut faire l'objet d'une propriété exclusive, parce qu'elle appartient à la communauté, comme un patrimoine auquel chacun peut puiser à sa guise », Trib. Civ. Lyon, 15 février 1896, ann. Prop. Ind. 1898, p.55.

⁵²⁵ Outre les décisions citées par Bernard Edelman, art. précité, cf. CA Paris 11 janvier 1990, D. 1991, Somm. p. 86 obs. Colombet : « Une forme rédactionnelle particulière, choisie par un auteur pour exprimer avec des mots courants **une idée connue** suffit à refléter la personnalité de cet auteur (...) ». V. également CA Versailles, 12^{ème} ch., 24 novembre 1994, D. 1995, Somm. p.262, obs. Yves Serra.

⁵²⁶ CA Versailles, 12^{ème} et 13^{ème} ch. réunies, 17 mai 1994, sur renvoi de cassation, D. 1995, Somm. p.53 obs. Colombet.

protégeable, quand bien même elle serait originale, ne peut faire l'objet d'une appropriation, l'idée qui préside à la création de l'esprit appartenant à tous »⁵²⁷.

260. Que l'idée banale appartienne à un « fonds commun », voilà qui ne saurait être remis en cause. Mais il convient de s'interroger sur le pourquoi de cette appartenance au fonds commun. Est-ce en raison de la nature de l'idée elle-même ou en raison de sa banalité ?

261. Concernant la banalité, nul ne contestera qu'elle entraîne inmanquablement l'absence de protection : une création de forme banale n'est pas protégeable⁵²⁸. Une idée banale ne saurait donc l'être davantage⁵²⁹. Mais dans la détermination de ce qui est idée ou de ce qui est forme, le juge ne peut que s'adonner à un examen subjectif. En effet, et comme il a été démontré, la casuistique révèle que les magistrats ont à faire à des « productions » objectivées, matérialisées. Dès lors, et face à un objet dont il doit déterminer son aptitude à tomber sous le coup de la propriété intellectuelle, le juge se retrouve confronté à un examen de valeur. Cet examen est implicite la plupart du temps.

La confusion entre idée et banalité est donc préjudiciable à la rigueur et à la limpidité du droit car on en revient incidemment à une étude subjective, au pire du mérite, au mieux des critères spécifiques de protection des différentes sortes de création.

262. En revanche, nous ne pouvons qu'être réticents dès lors qu'il s'agit de « faire tomber » une idée originale dans le fonds commun. Il s'agit pourtant là d'un corollaire très classique du dogme d'exclusion : « *quelle qu'en soit l'originalité et même si elles sont marquées au coin du génie* » les idées sont « *par essence et par destination de libre parcours* »⁵³⁰. Cette affirmation fut largement reprise en doctrine et traduite à son tour par la jurisprudence. L'idée originale appartient donc à tous ! Cette « déchéance » de l'idée originale appelle deux critiques.

263. En premier lieu, et ainsi que nous l'avons déjà relevé, comment admettre que ce qui, par nature, détermine le sujet en être pensant ne soit pas protégeable au même titre que sa

⁵²⁷ CA Versailles, 12^{ème} ch., 24 novembre 1994, précité.

⁵²⁸ Une œuvre de l'esprit n'est protégeable qu'à la condition d'être originale, cf. Crim. 7 octobre 1998, RIDA 1999, n° 180, p.327 ; RD prop. intell. 1999, n°98 p.39. Une invention doit, outre être nouvelle, impliquer une activité inventive (art. L.611-10 et art. L.611-14). Un dessin ou un modèles devra présenter un caractère propre (art. L.511-2). Sur les caractères de la création, cf. Partie II.

⁵²⁹ Bernard Edelman : Création et banalité, art. précité.

⁵³⁰ Desbois : n°17 p.22.

personnalité, son image ⁵³¹? Quelle grave entorse aux droits de la personnalité que de reléguer l'idée géniale d'un auteur au fonds commun ! N'est-ce point nier purement et simplement la possibilité de chacun d'avoir un éclair de génie dont il put retirer les fruits ? Toujours est-il que pareille assertion revient à soutenir que tout a été dit et pensé au cours de l'histoire humaine, ce qui est tout simplement indémontrable !

L'idée banale pourrait être assimilée à l'archétype. Ainsi comprise elle est directement issue de l'inconscient collectif, d'un fonds commun. Toutes les idées peuvent-elles néanmoins être réduites à des archétypes ? Nous ne le pensons pas, et l'histoire regorge d'idées géniales, à commencer par le principe de la roue !

264. En second lieu, on ne peut que s'interroger sur ce que semble masquer, en vérité, cette mâle affirmation. Si l'idée géniale, ou, à tout le moins, originale, n'est pas protégeable, c'est que le droit est incapable de l'appréhender. Les idées demeurent dans le monde de la spéculation, de la pensée. Le droit n'a aucune prise sur elles. Proclamer l'inviolabilité, le libre parcours ou l'appartenance à un fonds commun est un moyen offensif de reconnaître implicitement la vanité d'une approche juridique de l'idée.

B- Pour l'abandon du principe d'exclusion des idées

265. La faible opportunité du principe vient d'être mise à nue. Il apparaît dès lors que le principe d'exclusion des idées doit être abandonné en raison de la vanité d'une approche juridique des idées (1), ce qui nous amène à formuler un certain nombre de propositions (2).

1- La vanité d'une approche juridique des idées

266. L'idée, a-t-on vu, ne peut faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. A notre sens, tout simplement parce que le droit est incapable d'avoir à faire avec les idées.

⁵³¹

Philippe Le Tourneau : Concurrence, consommation, J.-Cl. Fasc. 227, 62.

Cette opinion se vérifie en outre sur le terrain du droit commun : qu'il s'agisse du droit des biens (a), l'idée étant censée pouvoir être qualifiée de bien, ou du droit de la responsabilité civile (b) à qui certains auteurs reconnaissent le pouvoir indirect de protéger les idées. Le principe d'exclusion des idées a, enfin, des répercussions néfastes au niveau général et abstrait de la théorie du droit (b).

a) Idee et droit des biens : l'idée rebelle à toute catégorie

267. L'idée souffre de ce qu'elle est le « principe actif », l'« hypostase », d'une voire de plusieurs autres créations, et l'on ne peut que constater que « *sans les idées il n'y aurait pas d'œuvre du tout* »⁵³². Nous pouvons alors remarquer qu'il en est ainsi de toutes les créations intellectuelles en nous risquant à une double analogie : en effet, une œuvre littéraire donne naissance à des milliers de livres identiques par leur contenu mais différents l'un de l'autre en ce que chacun est objet en soi. Le droit d'auteur nous éclaire sur ce point : la propriété de l'œuvre est indépendante du support matériel dans lequel elle s'intègre (article L.111-3 du Code de la propriété intellectuelle). Il serait alors dans les spécificités des propriétés intellectuelles de pouvoir donner lieu à une seule création présente dans une multitude de supports tout en ne laissant subsister qu'un seul droit « intellectuel » (avec toutes ses composantes)⁵³³.

En outre une œuvre préexistante peut valablement donner naissance par incorporation à une œuvre nouvelle et originale, une œuvre composite, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre incorporée (article L.113-2 du Code de la propriété intellectuelle). Ne pourrait-on valablement conclure dès lors qu'une idée peut valablement être protégée en tant qu'œuvre de l'esprit alors même qu'elle serait à l'origine de plusieurs objets matériels ou de plusieurs autres œuvres de l'esprit ? Pour arriver à un tel résultat, l'idée, comme toute œuvre de l'esprit, doit être un corps certain et attribuable à un créateur.

268. Toute la question est ici de savoir à partir de quand il sera juridiquement considéré qu'il y a fait créateur et, partant, création intellectuelle. L'attendu de principe de l'arrêt du 17 octobre 2000 rappelle que la seule condition pour accéder à l'emprise du droit est « *la*

⁵³² Pierre-Yves Gautier, op. cit. n°30 p.53.

⁵³³ Cf. infra n°422s.

création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». De ce principe deux exigences parfaitement explicites ressortent : l'une d'accès au statut d'objet de droit par la création de l'œuvre, l'autre de rattachement de cet objet à un créateur.

269. L'opinion est alors que « la création suppose que l'œuvre revêt(e) une forme sensible suffisamment précise pour qu'apparaissent ses caractéristiques »⁵³⁴. Que la création soit un bien, une chose faisant l'objet d'un, voire de plusieurs droits de propriété, nul n'en doute⁵³⁵. Qu'en serait-il de l'idée ?

270. Certains plaident en faveur d'une analyse sous l'angle du droit des biens. Etant, par hypothèse, non susceptible d'appropriation, l'idée ne saurait être un bien⁵³⁶. Ils en concluent que l'idée ne peut qu'entrer dans la catégorie des choses communes de l'article 714 du Code civil⁵³⁷. Rien ne semble s'opposer, en théorie, à ce qu'il existe des choses incorporelles et la catégorie est aujourd'hui des mieux acceptées en doctrine⁵³⁸. L'idée ressortirait de cette catégorie. A certaines difficultés près.

271. Il semblerait tout d'abord que, parce qu'elle soit de l'usage de tous, l'idée doive s'apparenter à une ressource naturelle, donnée à l'humanité ou découverte par elle⁵³⁹. Or l'idée est le produit de la pensée humaine.

Mieux : l'idée est le produit de la pensée de chaque homme pris individuellement : une idée peut naître dans tel esprit à telle époque et en tel lieu. L'idée, avons-nous ainsi relevé, caractérise le sujet pensant. Sauf à considérer la préexistence d'une pensée fondamentale que les esprits saisiraient dans une sorte d'illumination, voire de transe, ce que nous ne saurions sérieusement soutenir⁵⁴⁰.

⁵³⁴ R. Plaisant, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, n°24, p.13, éditions Delmas et Cie.

⁵³⁵ Un droit de propriété classique sur le support de la création, et un droit de propriété intellectuelle sur la création, l'un étant indépendant de l'autre. Cf. infra n°335s.

⁵³⁶ Le bien étant défini comme étant une chose utile à l'homme et susceptible d'être appropriée par lui, cf. infra Partie II, titre II chapitre I, section I.

⁵³⁷ Xavier Strubel : *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, éditions du CNRS, p.43.

⁵³⁸ Cf. infra n°328s. V. Jean-Christophe Galloux : *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, chron. p.229.

⁵³⁹ Les exemples classiques de choses communes étant le soleil, l'air, la mer...

⁵⁴⁰ Cela reviendrait à nier purement et simplement l'autonomie de pensée de l'être humain. La discussion, nous en convenons, peut cependant s'avérer sans fin. Relevons simplement que le contenu de la pensée est influencé par des facteurs d'ordre socioculturel.

272. Pourquoi donc faire de l'idée une chose commune ? Pour quelle raison la pensée individuelle serait-elle à l'usage de tous et non, comme le relève Monsieur Le Tourneau, le visage ou la voix ?

Classer l'idée dans les choses communes aboutit donc à une première aporie : l'idée, fruit de la pensée individuelle, serait une chose commune à tous, même à ceux qui ne la penseraient jamais !

273. Pour que l'idée soit qualifiable de chose, il faudrait en outre qu'elle soit déterminée, donc objectivée. Autrement dit, il faudrait qu'elle reçoive une expression suffisamment précise pour être transmissible et saisissable. Mais ne sommes-nous pas déjà aux portes de la création ? Pour déterminer s'il y a idée, par hypothèse non susceptible d'appropriation, le seul recours serait alors de juger... de la banalité ! Et de retomber dans les conditions de fond de la création.

Pour que l'idée soit une chose commune, elle doit donc être objectivée et recevoir une expression banale. On ne juge donc plus de l'idée mais de son expression, ce qui constitue la deuxième aporie.

274. Vouloir faire de l'idée une chose commune conduit alors à deux paradoxes : il faut que l'idée soit le fruit de la pensée individuelle et qu'elle soit exprimée de manière banale. Considérée sous l'angle du droit des biens, l'idée pose plus de problèmes qu'elle n'en résout.

En partant du présupposé selon lequel l'idée appartient à tous, le raisonnement conduit nécessairement à la classer dans les choses communes. Mais pour être une chose commune, nous venons de montrer que l'on débouchait sur d'évidents paradoxes. Est-ce à dire que, juridiquement, l'idée n'est pas une chose et, partant, n'a aucune existence ? Il est des plus tentant de conclure ainsi !

b) Idee et responsabilité civile : l'idée insaisissable

275. Il a été vu que le principe d'exclusion des idées renvoyait le droit à sa propre insuffisance : le droit, par le biais d'une appropriation privative, est incapable d'assurer la protection des idées.

Or une partie de la doctrine enseigne que, si elles ne font pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, les idées sont néanmoins protégées sur le terrain de la responsabilité civile⁵⁴¹. Cette opinion est appuyée par une jurisprudence ancienne et constante qui considère que « *l'action en concurrence déloyale (a) pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif* »⁵⁴².

276. Sans développer plus avant une analyse qui dépasserait le cadre que nous nous sommes imposé, nous pouvons cependant relever que, par le biais de l'action en concurrence déloyale, ce n'est jamais l'idée en soi qui fait l'objet d'une protection mais un comportement fautif qu'il s'agira de sanctionner.

Donneront ainsi lieu à responsabilité des agissements suscitant un risque de confusion dans l'esprit du public⁵⁴³, des agissements portant atteinte aux règles du fair-play et la faute pourra être caractérisée eu égard aux circonstances⁵⁴⁴.

276. Mais il s'agit, en tout état de cause, de comportements fautifs. L'idée ne reçoit pas une protection de la sorte, fut-elle indirecte. Car si l'idée appartient à un fonds commun, comment soutenir que l'exploitation concurrente et non fautive de celle-ci puisse donner lieu à responsabilité ? La Cour de cassation a pu relever dans son arrêt du 20 novembre 1960 l'existence d'une « *forme générale identique* » créant une confusion dans l'esprit du public⁵⁴⁵, ce qui semble plutôt orienter la réflexion du côté d'une création banale que d'une idée.

⁵⁴¹ Philippe Le Tourneau : *Le parasitisme*, Litec 1998, n°142 et suivants ; *Idée et responsabilité civile*, in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* 1998, tome XLVI, p.199. André Bertrand : *Les droits d'auteur et les droits voisins*, op. cit. n°5.114, p.98. Xavier Desjeux : *La protection des idées en droit positif*, *Gaz. Pal.* 1992, 1, doct. p.971. Christian Brossard et Philippe Durnerin : *L'absence de protection des idées par le droit d'auteur*, *Gaz. Pal.* 1988, 2, doct. p.69. Denis Cohen : *Le droit des dessins et modèles*, *Economica*, n°8 p.7.

⁵⁴² Formule consacrée. *Com.* 29 novembre 1960, *Gaz. Pal.* 1961, 1, jur. P.152 (méthode de solfège). *Com.* 3 octobre 1978, *Bull. civ. IV*, n°208 ; *D.* 1980, jur. P.55 note J. Schmidt-Szalewski (procédé de construction). *Com.* 18 janvier 1982, *Bull. civ. IV*, n°19.

⁵⁴³ Desbois : n°20 bis. *Com.*, 3 octobre 1978, précité. *CA Paris*, 30 avril 1963, *RTD Com.* 1963 p.578. *CA Paris* 20 décembre 1989, *D.* 1991, *Somm.* p.91, obs. C. Colombet.

⁵⁴⁴ Ainsi de la divulgation d'une idée révélée par un futur cocontractant qui en avait eu connaissance lors de la période précontractuelle, *Com.* 3 octobre 1978 précité.

⁵⁴⁵ *Com.* 20 novembre 1960, précité.

277. Il est dès lors possible de conclure que le droit de la responsabilité civile n'appréhende pas plus les idées que le droit des biens ou que la propriété intellectuelle. Peut-être même pourrions nous dire que l'action en concurrence déloyale évite soigneusement tout commerce avec l'idée. Certes, le juge commencera par relever l'absence de droit privatif. Mais ne se concentre-t-il pas entièrement sur l'étude du comportement indélicat ? L'idée est donc certainement ignorée de la responsabilité civile.

c) Idee et théorie générale du droit : l'idée dangereuse

278. Il semble possible d'aller plus loin et d'affirmer que, sur le terrain de la théorie, le principe d'exclusion des idées affaiblit le droit. En effet, outre les difficultés considérables soulevées par sa mise en œuvre, le principe proclame lui-même son insuffisance et l'insondable carence du droit en matière d'idée.

279. Les idées ne peuvent être appréhendées par le droit. Elles sont hors du commerce juridique, non parce que le droit le dit, mais parce que leur nature les en empêchent. Dès lors, à quoi rime un principe qui, voulu comme étant doté d'une haute puissance juridique, n'aboutit en réalité qu'à l'imprévisibilité de la décision du juge toute fondée sur l'absolue subjectivité de sa démarche cognitive. Loin, en principe, d'avoir à se prononcer sur des pièces « objectivant » l'idée, il doit lui-même faire le travail de pensée pour recréer l'idée⁵⁴⁶. Monsieur Gautier n'a pas manqué de relever les importantes et curieuses sinusoïdes tracées par la jurisprudence⁵⁴⁷.

280. Mieux ! Un principe juridique qui affirme que l'idée pure n'est pas protégeable, alors même qu'elle ne peut, par nature, être saisie par le droit, n'a-t-il pas vocation à se retourner contre ses zéloteurs en donnant au droit la force ridicule d'une lapalissade ?

Le principe d'exclusion apparaît alors dans toute sa faiblesse, fondé sur des concepts des plus abstraits, sur une distinction très peu maniable, s'illusionnant quant à l'aptitude du

⁵⁴⁶ Ivan Cherpillod : L'objet du droit d'auteur, thèse précitée, n°175, p.101 : « *La détermination de l'idée fondamentale ou du thème est opérée par un sujet qui perçoit l'œuvre ; et dès que celui-ci fait porter son analyse au-delà des éléments de l'œuvre concrète, la sensibilité qui est fonction de sa propre personnalité intervient dans l'appréciation qu'il effectue* ».

⁵⁴⁷ n°32, p.55 et suivantes.

droit à pourvoir décidé du hors-jeu des idées. Il conduit à de nombreuses incohérences par une acception de la notion d'idée des plus fluctuantes. Il semble donc bien plus raisonnable de plaider aujourd'hui pour son abandon car, en outre, le juge dispose des outils pour forger sa décision, sans que celui-ci, lourd et peu maniable, vienne encombrer sa besace.

2- Les palliatifs au principe

281. Le principe d'exclusion consiste, nous l'avons vu, en une exigence d'objectivation de l'idée. Or nous avons pu montrer que la jurisprudence ne connaissait que des idées objectivées. Nous avons pu montrer en outre la troublante proximité entre le refus de protection des idées et la banalité de celles-ci.

Ce qui mène à déplacer la question de l'objectivation, par hypothèse acquise, à l'examen des conditions de fond de la création. Ces conditions varient d'un type de création à l'autre - originalité, nouveauté, caractère propre ; activité inventive - mais peuvent être regroupées autour d'un dénominateur commun, la liberté dans l'exécution⁵⁴⁸.

282. Toute la question sera donc de savoir si la preuve de ces conditions de fond est apportée. Autrement dit, le juge disposera-t-il d'éléments suffisants pour conclure à l'existence d'une création ?

283. Rappelons qu'en matière de propriété intellectuelle, s'agissant des conditions de fond, la preuve est libre⁵⁴⁹. Ce qui signifie, d'une part, qu'aucune modalité probatoire particulière n'est requise et, d'autre part, que le juge dispose de la liberté d'apprécier l'opportunité des pièces produites. C'est ce que l'on appelle un système d'intime conviction⁵⁵⁰.

Classiquement, le raisonnement conduisant à la protection d'une création s'effectue en deux temps : premièrement, la recherche d'un objet, par la preuve de l'existence de cet objet, deuxièmement, la recherche des conditions de fond, par la preuve d'une création intellec-

⁵⁴⁸ Cf. infra n°565s.

⁵⁴⁹ La création étant un fait juridique. Cf. La règle posée par Civ. 2^{ème}, 13 mars 1966, Bull. civ. II, 1966, n°387 p.274. P.-Y. Gautier : n°427 p.633. J.-J. Burst et A. Chavanne : n°457 p.275 et n°823 p.449. J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°196 et suiv. p.83 et n° 372 et suiv. p.160.

⁵⁵⁰ Aubry et Rau : Droit civil français, t. 12, 6^{ème} édition par P. Esmein, Librairies techniques, 1958, p.57.

tuelle. Nous proposons la suppression pure et simple de la première étape au profit de la recherche directe des conditions de fond.

284. C'est donc une question de pertinence de la preuve pour laquelle le juge est ici souverain, sous certains contrôles de la Cour de cassation⁵⁵¹. La recherche des conditions faisant déjà une large part à la subjectivité⁵⁵², il semblerait inopportun de conserver une règle qui exige de lui la plus pure démarche personnelle car l'idée ne peut être déterminée que par celui qui perçoit les éléments de preuve⁵⁵³.

Nous sommes d'avis, en systématisant l'opinion de Monsieur Cherpillod, de conclure que la protection des droits de propriété intellectuelle doit couvrir « *toutes les composantes qui sont perceptibles (...)* » en tant qu'elles remplissent les conditions de fond de la création⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Daniel Veaux : Preuve, règles générales, J.-Cl. Art. 1315 et 1316, fasc. 10, n°42 et suivants. François Terré : introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, p.454. Jacques Ghestin avec Gilles Goubeaux et Muriel Fabre-Magnan : Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4^{ème} édition, n° 675 p.655. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et François Chabas : introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 11^{ème} édition, n°403 p.552. Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer : Introduction au droit, Litec, 4^{ème} édition, n°1539 et suiv. p.590.

⁵⁵² Que l'on songe à la déviance vers la recherche implicite du mérite.

⁵⁵³ Ivan Cherpillod : thèse précitée, n°175 p.101 précité.

⁵⁵⁴ Thèse précitée, n°189, p.108.

Conclusion du Titre II

285. Le passage du pensé au tangible, de l'intelligible au sensible demeure un mystère. Tout au plus peut-on dire que l'insaisissable idée s'incarne par l'action de création. Il a été vu toutefois que si le droit caresse l'espoir de se saisir des idées pour leur rendre aussitôt la liberté, c'est en réalité parce qu'il est incapable d'appréhender le monde de la pensée : le droit ne porte en effet que sur le réel tangible, c'est-à-dire sur ce qui est susceptible d'entrer dans le commerce des relations sociales et, partant, dans le commerce juridique.

La création obéit à cette règle. Aussi est elle, par hypothèse, contenue dans une forme donnant prise aux sens et délimitant l'étendue des droits sur elle. Or l'appréhension de la création ainsi que l'exercice des droits qui y sont attachés suppose la médiation de la notion de bien. La création ne saurait en effet être autre chose pour le droit.

Il a été montré que la notion de création était déjà pétrie d'ambivalence en elle-même car elle désigne aussi bien l'action que le résultat de cette action. Or loin de demeurer cantonnée à cette ambiguïté, la création se révèle également être un défi pour le juriste. La coexistence, à partir du même objet, de droits de propriété corporelle et de propriété intellectuelle fait de la création « *une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créatrice, susceptible d'appropriation indépendamment de tout support* »⁵⁵⁵.

286. L'intelligible peut se définir comme étant ce qui se représente à la seule intelligence. Le sensible, au contraire, désigne ce qui touche les sens. La distinction entre ce qui ressort du domaine du sensible et qui a trait à celui de l'intelligible permet d'expliquer une exclusion pure et simple de l'idée de la sphère du droit. Partant, ne peut être soumis à la protection que ce qui est susceptible d'appréhension objective, c'est-à-dire appréhendé de la même manière par tous les hommes, indépendamment des impressions que cette connaissance sensible peut susciter en eux.

Le droit ne peut ainsi donner protection qu'aux seules formes sensibles. L'idée étant par nature intelligible et non sensible, l'exclusion de celle-ci de la protection juridique n'est

⁵⁵⁵ Nicolas Bictin : *Le capital intellectuel*, Thèse Paris II, 2005. Cf. Comm. Comm. électr. 2005, n°32 p.19.

donc que pure logique et ne peut, à priori, être remise en cause. Il a néanmoins été vu que la manière dont le juriste comprend l'idée est sensiblement différente de celle dont la conçoivent les philosophes. Nous avons pu montrer en effet qu'une appropriation privative était en réalité refusée à un objet sensiblement appréhensible sur le fondement de l'exclusion des idées alors qu'en réalité c'était une condition de créativité qui faisait défaut.

Malgré quelques rares fondements textuels, malgré un courant jurisprudentiel établi et malgré l'opinion d'une doctrine dominante, nous soutenons que le maintien du principe d'exclusion des idées est non seulement une aberration, mais en plus il est inutile.

Une aberration tout d'abord en ce que l'idée ne peut se soumettre au droit de par sa nature. Celle-ci a pour vocation d'être pensée et de participer à la quiddité du sujet pensant, notwithstanding son expression et son mode d'expression. Elle ne saurait en cela être analysée comme étant un élément du fonds commun de l'humanité, à moins de la réduire à un élément de l'inconscient collectif : montrer que tout a été pensé est manifestement impossible ! Si telle est la conception retenue, la protection doit lui être refusée à coup sûr, non parce qu'elle est une idée, mais parce qu'elle est banale⁵⁵⁶ car l'idée pensée par tout le monde est, à n'en pas douter, assurément banale.

Inutile ensuite, car le départ entre l'idée et la forme paraît insurmontable. Le principe d'exclusion des idées est inutile malgré son apparente force. En effet, il a été vu que le principe souffrait de faiblesses dans son expression même, qu'il reposait sur une distinction très peu maniable et que son application est sujette à caution.

Pire : le droit connaît de l'idée sous une certaine forme, celle de res communes, c'est-à-dire une chose insusceptible d'appropriation privative. C'est donc que l'idée a reçu une expression quelconque appréhensible par les hommes autrement que par la seule pensée et, partant, appréhensible par le droit en tant que rapport social. C'est donc que l'idée a reçu une forme laquelle est jugée si insignifiante qu'elle en devient indigne d'accéder à la protection du droit. Il ne s'agit cependant plus d'une idée au sens strict mais d'une expression trop légère au regard du droit. Or le débat sur la distinction entre l'idée et la forme paraît relativement vain et conduit à un certain nombre de contorsions et de raisonnements byzantins. Dès lors, pourquoi ne pas faire l'économie d'une distinction qui, contrairement à l'affirmation du considérant 12 de la directive du 14 mai 1991, introduit une ambiguïté malvenue ?

⁵⁵⁶ En ce sens, cf. P.-Y. Gautier : n°30 p.53.

La seule question qui méritera d'être posée sera alors celle de la qualité de création de la chose considérée. Cet examen suppose la détermination des critères de la création, ce qui fera l'objet de développements ultérieurs.

Conclusion de la première partie

287. La première étape du périple est atteinte : du point de vue de son domaine, la création est l'expression d'une pensée se manifestant à l'occasion de toute activité humaine. Cette première approche a permis de tracer les deux premiers cercles dont procède la création : elle est une activité tangible.

Le voyage ne se fit cependant pas sans heurts ni difficultés. L'arrivée à bon port supposait en effet une approche de type dialectique, l'appréhension de la notion de création se devant de dépasser deux types de distinctions.

Il était nécessaire tout d'abord de transcender l'opposition classique entre l'esthétique et la technique classiquement traduite par la dichotomie entre propriété littéraire et artistique d'une part et propriété industrielle d'autre part. Si cette dernière scission présente l'avantage d'une approche pratique et raisonnée de la matière, il s'agissait toutefois de ne pas cantonner la création humaine à ces deux seuls pôles d'activité. Puisqu'elle est le fruit de la volonté, celle-ci est toute puissante pour donner lieu à des créations hors du champ de ces catégories par ailleurs imparfaites.

Plus radical fut le sort réservé à la distinction entre le monde de la spéculation et celui de l'expérience sensible. Il a en effet été montré que malgré une opinion assise, le principe d'exclusion des idées de toute appropriation privative n'était en réalité que l'expression de l'incapacité du droit à se saisir de cette espèce particulière de chose qui ne peut qu'être pensée. Les difficultés soulevées par la mise en œuvre du principe, les incohérences et hésitations jurisprudentielles relevées par Monsieur Gautier mènent en effet à relire le principe comme étant une simple exigence de précision dans l'expression. Mais, dès lors qu'il est question d'expression, le monde des idées a été abandonné pour celui de la forme. Il a dès lors été proposé d'abandonner cette distinction et les problèmes qu'elle soulève au profit d'une simple question de déterminabilité de la création sous l'angle de l'exigence de preuve.

La création intellectuelle relève donc, pour le juriste, des plus savoureux paradoxes. La matière y est omniprésente car la création ne saurait se présenter autrement que sous une forme perceptible aux sens. Pour autant, ce qui fonde sa force, sa particularité, c'est son immanente ubiquité. La première marche du parnasse de la création intellectuelle est donc celle du monde sensible. La deuxième marche est celle du monde juridique. Il s'agit maintenant de la gravir en envisageant les caractères de la création.

DEUXIEME PARTIE :
LES CARACTERES DE LA CREATION

288. Poursuivant le chemin tracé sous forme d'une approche concentrique, voici à présent la création soumise à la toujours plus grande rigueur des définitions juridiques. Puisqu'il a été montré que la création ressortait du domaine de l'activité humaine – ce sont les infinies possibilités du cercle 1 – et que l'activité déployée devait nécessairement se manifester de manière tangible – cercle 2 : c'est l'exigence du concret – il est maintenant nécessaire de préciser les contours des cercles 3 et 4.

289. La création étant la manifestation tangible d'une activité humaine, son appréhension par le droit suppose donc qu'elle revête les caractères d'un objet de droit. La création intellectuelle doit alors nécessairement être appréhendée sous l'angle de la notion de bien. Il sera ainsi vu que la création intellectuelle est un bien incorporel dont les aspects physiques sont susceptibles d'être reproduits. Si cette dernière caractéristique pourrait sembler *a priori* spécifique à la création, il sera toutefois vu qu'il en va également pour les autres choses.

Le troisième cercle est donc celui de l'appréhension juridique de la création sous l'angle du droit civil, c'est-à-dire sous l'angle du droit des biens.

Reconnaître à la création intellectuelle la qualité de bien incorporels et de chose reproductible ne permet toutefois pas de la distinguer d'autres biens incorporels comme les créances et des autres choses reproductibles comme l'empreinte de toute chose physique.

Or dire que la création relève du domaine de toute activité humaine induit nécessairement l'idée que la création tire son origine et son principe d'un créateur. Il sera en outre vu qu'à travers l'étude de la création en tant que bien, la relation avec le créateur ne peut être éludée sous peine de nier à l'objet la qualité de création.

Le propre de la création est alors d'être un objet subjectivisé. En effet, c'est l'activité créatrice d'une personne physique imprimée à la matière qui donnera naissance à une chose

nouvelle. A ce titre, distinguer la création des autres activités humaines productrices de choses suppose la recherche d'un critère tenant à la prise en compte de cette qualité d'objet subjectivisé. Or il sera vu que ce qui créé c'est la volonté. Partant, et considérant qu'il n'y a de volonté que libre, c'est dans la liberté de réalisation que sera trouvé le critère et la condition de toute création.

Le quatrième et dernier cercle est donc celui du caractère propre de toute création intellectuelle, c'est-à-dire celui de la liberté de réalisation.

Les pérégrinations autour de la notion de création peuvent alors continuer par l'étude des caractères nécessaires à l'accession au monde juridique (Titre I) puis par l'étude des spécificités de la création (Titre II).

TITRE I :

Les caractères nécessaires à l'accession au monde juridique

290. La création intellectuelle n'est susceptible d'être appréhendée par le droit que pour autant qu'elle ressorte d'une catégorie juridique préétablie. Or il a été vu que l'idée était rebelle aux catégories existantes. Seule la concrétisation de cette idée peut mettre en branle la machine juridique. Aussi la création intellectuelle doit-elle se voir attribuer la qualité de bien, ce qui suppose qu'elle en remplisse les conditions. Mais il sera vu que la seule appréhension sous l'angle des droits des biens tend à réduire la création à sa seule valeur marchande.

Cette valeur provient tant de la création elle-même que des droits de propriété intellectuelle nés en raison du caractère particulier du bien-crédation. Si cette valeur peut résider dans l'unicité de la création en matière d'arts plastiques, le plus souvent l'exploitation de la création n'est possible qu'en raison de son caractère reproductible. La création est, en effet, un bien susceptible de recevoir diverses formes d'expression.

Aussi verra-t-on que l'accession au monde juridique suppose au préalable l'attribution de la qualité de bien (Chapitre I). L'intérêt de la juridicisation de la création résulte alors dans la reconnaissance de son caractère reproductible (Chapitre II), cœur de l'exploitation économique de celle-ci.

CHAPITRE I : L'attribution de la qualité de bien

291. La création intellectuelle pourrait être appréhendée en tant que telle, en tant que résultat en soi. Pareille approche suppose donc l'analyse de la création en tant qu'objet, ce qui pose la condition préalable de son existence. Il s'avère toutefois qu'une pure étude de la création en soi aboutisse au résultat paradoxal d'en nier la qualité de création. En effet, ce qui en marque sa spécificité c'est son origine. Occulter le lien entre le créateur et la création c'est nier cette particularité.

292. Le droit appréhende toutefois les biens selon leurs relations avec les personnes. La création ne saurait donc être strictement comprise en soi et pour soi car, dans ce cas, le droit l'ignorerait purement et simplement.

Mais les relations entre la création et la personne sont de diverses natures et toutes ne rendent pas compte de la spécificité de cette chose qu'est la création intellectuelle. Une création est, par exemple, objet de propriété, sans que chaque objet de propriété soit une création. La création, en tant que bien, intègre donc cette donnée supplémentaire qui est la relation entre elle et son créateur : une création est avant tout un bien issu du travail intellectuel d'une personne. Nous verrons donc qu'une approche purement ontologique de la création est vaine car sa nature est d'être le fruit du travail d'un créateur.

L'étude de la création en soi présente un avantage : mettre l'accent sur sa nature de bien (Section I). Mais pareille approche revient à considérer la création comme n'importe quel autre bien et aboutit à n'en retenir que l'aspect économique aux dépens de sa spécificité (Section II).

SECTION I : La nature de bien de la création intellectuelle

293. Les difficultés posées par la frontière entre l'intelligible et le sensible ont été évoquées. Il ressort du débat que l'exigence première pour accéder à la protection du Code est celle de l'objectivation. Mais cette simple objectivation ne suffit pas : encore faut-il que la création soit un objet individualisé, déterminé. L'existence d'une création intellectuelle pose

donc la double exigence de l'existence d'un bien intellectuel (paragraphe premier) qui doit être un corps certain (paragraphe second).

Paragraphe premier : L'existence d'un bien intellectuel

Les biens sont souvent définis comme des choses utiles à l'homme et susceptibles d'appropriation. Il paraît nécessaire de rappeler ce que recouvre la notion de bien (A) avant de se pencher sur ce bien particulier qu'est la création intellectuelle (B).

A- La notion de bien

Une définition de la notion s'impose (1). Mais il sera également nécessaire de préciser deux éléments fondamentaux de cette définition qui sont l'utilité (2) et la notion appropriation (3).

1- Définition de la notion de bien

294. Le substantif de chose a cette prétention fort commode de désigner tout ce qui existe. La chose, au sens large, « *est quelque chose et n'est pas rien* »⁵⁵⁷. Selon Martin Heidegger, « *les Romains appellent res ce qui est en question* »⁵⁵⁸, *res* signifiant « *ce qui concerne l'homme* » de quelque manière. L'auteur poursuit : « *Concerner, telle est la « réalité » de la res. Mais la res devient l'ens, la chose présente, au sens de ce qui est amené et représenté* »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Martin Heidegger : *Qu'est-ce qu'une chose ?*, trad. J. Reboul et J. Taminiaux, Gallimard p.18.

⁵⁵⁸ Martin Heidegger : *La chose, in essais et conférences*, trad. André Préau, tel Gallimard 1958 p.207-208.

⁵⁵⁹ Ibidem p.209.

La chose n'étant pas rien, la notion devait nécessairement concerner et intégrer la vision juridique du monde. La *chose* sur quoi peuvent porter des droits s'oppose à la *personne* qui peut exercer ces droits. Cette distinction étant un des fondements de l'ordre juridique⁵⁶⁰. Ce qui ne signifie pas pour autant que choses et personnes n'entretiennent aucun rapport : les deux tiers du Code civil sont précisément consacrés à ces rapports⁵⁶¹.

295. Il est classiquement enseigné que les choses peuvent être susceptibles d'être appropriées ou, au contraire, ne peuvent pas faire l'objet d'un droit privatif⁵⁶². Dans le premier cas, il sera question de bien. La chose serait donc le genre, et le bien l'espèce : « *ainsi tous les biens sont ils des choses, quoique toutes les choses ne soient pas des biens* »⁵⁶³.

296. L'étymologie du terme de bien met l'accent sur la sensation de bonheur que procure la chose considérée : « *Les biens sont des choses qui peuvent être utiles à l'homme pour la satisfaction de ses besoins ou de ses jouissances* »⁵⁶⁴. Portalis proclamait déjà que « *les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes* »⁵⁶⁵. Certains n'ont pas manqué de relever le rapport existant avec le bien moral⁵⁶⁶ et Spinoza commence ainsi la quatrième partie de l'Éthique : « *Par bien, j'entendrai ce que nous savons avec certitude nous être utile* »⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰ Les choses ne peuvent être des personnes et réciproquement. Il est toutefois possible de relever une tendance contemporaine au rapprochement des personnes et des choses : « réification » du corps humain (si l'art. 16-5 du Code civil prohibe la patrimonialisation du corps humain, de ses éléments et de ses produits, le Code de la santé publique autorise la cession et l'utilisation des éléments et des produits du corps humain sous certaines conditions), réification de la force de travail (Cf. Thierry Revet : *La force de travail (étude juridique)*, Litec 1992), « personnalisation » des biens (la société ne serait ainsi qu'une structure juridique appliquée à ce bien qu'est l'entreprise, développement d'un droit à l'image de l'entreprise).

⁵⁶¹ Livre II, Des biens et des différentes modifications de la propriété et livre III, Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

⁵⁶² G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau : *Traité théorique et pratique de droit civil, les biens*, 3^{ème} édition, Sirey 1905, n°10 p.11.

⁵⁶³ C. Demolombe : *Cours de Code Napoléon, traité de la distinction des biens*, t.1, 4^{ème} édition, Paris 1870, n°9 p.5, souligné par l'auteur.

⁵⁶⁴ Demolombe : op. cit. n°15 p.9.

⁵⁶⁵ Cité par Philippe Malaurie et Laurent Aynès : op. cit. n°8 p.6.

⁵⁶⁶ Du latin « *bonum* » : bonheur, bien-être. Cf. Demolombe, op. cit. n°16 p.10. V. également Philippe Malaurie et Laurent Aynès : *Droit civil, les biens*, Defrénois, n°1 et suiv. p.1. Ainsi serait-il « bon d'avoir », *beati possidentes* écrivent les auteurs non sans ironie. Il est utile de relever avec Messieurs Malaurie et Aynès que pareille manière de penser irrigue la philosophie révolutionnaire et prévaut encore aujourd'hui.

⁵⁶⁷ *Ethique*, trad. B. Pautrat, éditions du Seuil, coll. « Points », p.343 (« *Per bonum id intelligam, quod certò scimus esse utile* »).

Il semble du reste que, malgré de nombreuses fluctuations⁵⁶⁸ et l'inévitable échec de l'entreprise de définition du bien en soi⁵⁶⁹, la notion reçoive la même acception pour une immense partie de la doctrine⁵⁷⁰ et soit assez peu sérieusement contestée par les juristes⁵⁷¹.

297. Est-ce à dire que l'air, le soleil, la mer soient, de ce point de vue, des biens ? La réponse est assurément négative : un bien est une chose utile et pouvant faire l'objet d'un droit privatif⁵⁷². Or de telles choses, éminemment utiles pour la vie, sont des choses « *dont un peuple ne peut envahir la domination sans se déclarer le plus odieux et le plus insensé des tyrans* »⁵⁷³.

Certains auteurs proposent donc d'ajouter à la dimension de bien la rareté de celui-ci, car la rareté imposerait l'appropriation des choses utiles⁵⁷⁴, dimension que l'on semble retrouver dans le bien compris comme une richesse⁵⁷⁵. Ainsi, selon Monsieur Simler, « *le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses* »⁵⁷⁶. Un bien doit donc pouvoir faire l'objet d'un contrat, c'est-à-dire être dans le commerce juridique, mais en plus il doit être négociable : un bien est une chose dans le marché⁵⁷⁷.

298. Le terme de bien reçoit toutefois trois sens possibles qui ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Le premier ne prend en considération que l'utilité de la chose, son caractère satisfactoire.

299. Il a été cependant relevé que « *les choses ont moins de valeur en elles-mêmes que par les droits qui peuvent porter sur elles* »⁵⁷⁸. D'où une conception plus abstraite du bien

⁵⁶⁸ Anne-Marie Patault : Introduction historique au droit des biens, Puf, n°84 p.100.

⁵⁶⁹ Christophe Grzegorzcyk : *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, A.P.D. 1979, t.24, *Les biens et les choses*, p.259.

⁵⁷⁰ Qui se range derrière la définition donnée par Demolombe. Philippe Malaurie et Laurent Aynès : op.cit. n°1 p.1. Jean Carbonnier : *Droit civil, 3/ Les biens*, Puf, n°45 p.83. Gabriel Marty et Pierre Raynaud : *Les biens*, édition par P. Jourdain, Dalloz 1995, n°1 p.3. Christian Atias : *Droit civil, les biens*, 7^{ème} édition, Litec, n°2 p.1.

⁵⁷¹ François Terré : *Variations de sociologie juridique sur les biens*, A.P.D. 1979, t.24, p. 17.

⁵⁷² G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau : Ibidem.

⁵⁷³ Threillard : *Exposé des motifs du titre I, livre II du code civil, de la distinction des biens, séance du 25 nivôse an XII*, in *Motifs et discours du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, Paris 1841, p.280.

⁵⁷⁴ Frédéric Zénati et Thierry Revet : *Les biens*, Puf, 2^{ème} édition, n°1 p.13. Rémy Lichaber : *Biens*, in Rép. Civ. Dalloz, 2002, n°5 p.3. L'auteur intègre également la dimension du désir qui, en relation avec la rareté de la chose, confèrera à celle-ci sa valeur.

⁵⁷⁵ Philippe Malaurie et Laurent Aynès : op. cit. n°4 p.3.

⁵⁷⁶ Philippe Simler : *Les biens*, 2^{ème} édition, Presses universitaires de Grenoble, n°1 p.7.

⁵⁷⁷ Sur la distinction entre commerce juridique et marché, cf. Grégoire Loiseau : *Typologie des choses hors du commerce*, RTD Civ. 2000 p.47, spécialement p.52 et suivantes.

⁵⁷⁸ François Terré et Philippe Simler : *Droit civil, les biens*, 5^{ème} édition, Dalloz 1998, n°12 p.13.

compris comme les droits portant sur la chose, conception partagée très largement en doctrine⁵⁷⁹. Les articles 526 et 529 du Code civil viennent appuyer cette idée : les droits et actions sont incorporés dans les biens considérés, ce qui signifie qu'ils sont également des biens. Les droits « *sont subsumés sous les biens par la loi* »⁵⁸⁰, et en les répartissant entre immeubles et meubles, le Code « *reconnaît que ce sont des biens* »⁵⁸¹.

Messieurs Baudry-Lacantinerie et Chauveau pensaient toutefois que le terme « *n'exprime, en dernière analyse, qu'une abstraction et désigne moins la chose ou le droit que le résultat utilitaire du droit, l'idée de valeur qu'il représente* »⁵⁸². S'agissant de richesses, il est donc possible d'ajouter que les biens sont des droits toujours évaluables en argent⁵⁸³. Il semblerait également que, pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la notion de bien s'entende des droits sur les choses⁵⁸⁴.

300. Une troisième acception de la notion intégrerait en outre les droits de créance⁵⁸⁵. Sans doute peut-on ainsi comprendre l'article 529 du Code civil selon lequel « *sont meubles par détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles (...)* » ainsi que « *les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers* ».

Ainsi compris, les biens regrouperaient à la fois les droits réels et les droits personnels et le droit des biens pourrait être pensé comme étant le droit du patrimoine. L'analyse est conforme à la définition globale des biens : choses utiles à l'homme, susceptibles d'appropriation et évaluables en argent. La tradition juridique française cantonne toutefois l'étude du droit des biens aux droits réels ce qui présente l'avantage de marquer les spécificités de chaque droit eu

⁵⁷⁹ G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau : Ibidem. François Terré et Philippe Simler : ibidem et 6^{ème} édition, Dalloz 2002, n°27 p.31. Frédéric Zénati et Thierry Revet : op. cit. n°2 p. 14 et n°6 p.19. Pour ces derniers, « *seuls peuvent être des biens les droits qui ne réalisent pas l'appropriation des choses* » car le droit de propriété, qui permet l'appropriation des choses, ne saurait être à la fois rapport d'appropriation et l'objet approprié. Pour une opinion contraire, Patrice Jourdain : précité.

⁵⁸⁰ Frédéric Zénati et Thierry Revet : Ibidem.

⁵⁸¹ Jean Carbonnier : Ibidem.

⁵⁸² Ibidem.

⁵⁸³ Philippe Malaurie et Laurent Aynès : précité.

⁵⁸⁴ Anne Debet : L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil, thèse, nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°767s p.690. La convention ne garantit toutefois que le respect des droits actuels et n'assure pas un droit à la propriété, notamment intellectuelle, cf. Anne Debet, ibidem n°771et 776/

⁵⁸⁵ François Terré et Philippe Simler : Ibidem.

égard à son origine (l'un la chose, l'autre la personne du débiteur via toutefois son patrimoine)⁵⁸⁶.

301. Les biens sont donc des choses qui, en raison de leur utilité, ont une valeur, des choses qui sont appropriables et qui sont cessibles⁵⁸⁷.

Forts de ces enseignements, nous proposons la définition suivante de la notion de bien : **un bien est un droit sur une chose qui est utile à l'homme, susceptible d'appropriation et qui, par son utilité et sa rareté, dispose d'une valeur pécuniaire permettant sa négociation sur le marché.**

Il s'avère nécessaire de définir à présent les notions d'utilité et d'appropriation, concepts centraux de la définition du bien.

2- Le bien est une chose utile

Il est nécessaire de se pencher sur la notion d'utilité (a) avant d'envisager ses conséquences en droit des biens (b).

a) La notion d'utilité

302. Nous avons déjà eu partiellement maille à partir avec la notion d'utilité à propos de la distinction de l'esthétique et de la technique⁵⁸⁸. Il ne s'agissait cependant que d'envisager la vocation utilitaire de la création, non de l'utilité en soi. Celle-ci n'a donc pas été abordée de front et la compréhension de la notion de bien impose de tenter de la saisir.

⁵⁸⁶ Analyser les droits personnels comme des biens présente en outre l'avantage de marquer l'approche du côté de la personne du créancier qui dispose, dans son patrimoine, de droits et d'actions envers la personne de son obligé. Parler d'obligation inverse l'analyse et met la lumière sur le débiteur qui doit, personnellement, exécuter une obligation, même si en dernier lieu il est tenu sur l'ensemble de son patrimoine (art. 2092 du Code civil). Sur les différences et les rapprochements des droits réels et des droits personnels, cf. F. Terré et Ph. Simler : *Les biens*, 6^{ème} édition, Dalloz 2002, n°47 et suiv. p.35.

⁵⁸⁷ Rémy Libchaber : précité n°9 p.3.

⁵⁸⁸ Cf. supra.

Demolombe relevait d'ailleurs que « *le caractère d'utilité est ce qui distingue, en effet, essentiellement les biens* »⁵⁸⁹.

Le Doyen Carbonnier remarquait également que, quelle que soit l'origine des choses, « *ce n'est pas une analyse de leur nature intrinsèque qui détermine la loi à les transformer en biens : c'est leur adaptation aux besoins de l'homme* », ce qui fait que « *la finalité utilitaire est essentielle dans tous les cas* »⁵⁹⁰. D'autres ont cependant fait de l'utilité une notion secondaire au profit de celle d'appropriation : « *les choses deviennent des biens au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont utiles à l'homme, mais lorsqu'elles sont appropriées* »⁵⁹¹.

303. Il semblerait donc, à première vue, que l'utile réponde à des besoins de l'homme. Mais quels besoins ? L'utilité, dans un sens courant et primaire ne semble renvoyer qu'à des contingences matérielles. Est utile ce qui sert, et, couramment, ce qui procure un profit⁵⁹². Inversement, est inutile ce dont on ne retire aucun profit, ce dont l'exploitation est vaine pour accroître les richesses. Quelque chose d'inutile ne sert pas, autrement dit, ne remplit pas sa fonction. L'utilité est donc conçue, primitivement, comme l'appréciation qualitative d'une chose au vue de la fonction qu'on lui attribue : un bien ne sera utile que s'il remplit le rôle, la fonction qui lui a été assignée dans l'ensemble dont il fait partie.

304. Juger de l'utilité revient alors à juger de l'optimisation de l'emploi d'une chose. Et c'est peut-être ainsi qu'il est possible de concevoir la manière dont le juriste appréhende la notion d'utilité : « *il n'y a de bien, pour nous jurisconsultes, que ce qui peut servir à l'homme, être employé à ses besoins, à ses usages, à ses plaisirs, que ce qui peut enfin entrer dans son patrimoine pour l'augmenter et l'enrichir* »⁵⁹³. Cette opinion est confortée un peu plus loin par Demolombe lui-même : « *Ce qui nous détermine surtout dans le droit, c'est la forme extérieure de la chose, sa forme distinctive et organisatrice (...) qui la rend propre à un certain usage, à une certaine fonction* »⁵⁹⁴.

305. Si l'on s'en tient à pareil point de vue, le paradoxe bien connu fait irruption : il est des choses utiles en état d'abondance que l'on s'approprie pour vivre et qui ne sont pas

⁵⁸⁹ Op. cit. n°16 p.10, souligné par l'auteur.

⁵⁹⁰ Op. cit. n° 45 p.84.

⁵⁹¹ Marcel Planiol et Geroges Ripert : *Traité pratique de droit civile français, tome III, les biens*, 2^{ème} édition par Maurice Picard, LGDJ 1952, n°51 p.58.

⁵⁹² Du latin *utilis*, de *uti*, « *se servir de* ». A noter que le profit peut être pécuniaire, intellectuel, sensoriel etc...

⁵⁹³ Demolombe : op. cit. n°17 p.10, souligné par l'auteur.

⁵⁹⁴ Précité, n°19 p.12.

des biens (l'air par exemple) et, inversement, il est des choses parfaitement inutiles à l'homme dont la rareté seule suffit à en faire des biens de grande valeur (le diamant). Une dimension nouvelle s'intègre ici à la notion de bien, celle de désir : un bien c'est ce que l'on désire s'approprier⁵⁹⁵.

Le paradoxe peut alors se traduire de la manière suivante : un bien se définissant par son utilité et sa valeur pécuniaire, pourquoi existerait-il des choses inutiles de grande valeur et des choses utiles de valeur nulle ? La notion de désir évincerait-elle celle d'utilité ? Rien n'est moins sûr. Le désir de ce qui est rare explique la valeur accordée à la chose convoitée. Mais cette chose est utile par son appropriation même : elle comble un désir.

305bis. Entendue ainsi, la notion d'utilité reste toujours tributaire de la fonction assignée à la chose. L'utilité résultera donc d'un calcul, c'est-à-dire de la recherche et de l'évaluation de l'adéquation entre le moyen (la chose) et le but (le besoin). Or une chose peut avoir plusieurs fonctions dont chacune comblera un désir. Nous parlerons ainsi des utilités d'une chose, le pluriel marquant la distinction que nous opérons avec une deuxième conception de l'utilité.

306. L'utilité peut toutefois recevoir une acception plus vaste. En effet, la pensée utilitariste classique, loin d'être celle qui fait « *grand cas d'un bon estomac* »⁵⁹⁶, est en vérité une doctrine qui a le « *bien suprême* » en ligne de mire⁵⁹⁷. L'« *utilitarisme* » ou « *principe d'utilité* » désigne en effet pour ses zéloteurs une doctrine éthique et rien d'autre⁵⁹⁸. Cette théorie conçoit le bonheur commun comme seul critère pour distinguer les bonnes lois et les bonnes institutions des mauvaises⁵⁹⁹, et il est précisé qu'il s'agit bien du bonheur commun, non du bonheur égoïste de celui qui agit⁶⁰⁰.

307. Il semble alors possible d'avancer une explication de la notion d'utilité à partir de cette doctrine éthique. Si l'utilitarisme recherche le bien-être commun et que, selon cette philosophie, la loi doit tendre vers ce but, la loi, expression de la volonté générale, peut et doit déterminer ce qui est utile d'être approprié et ce qui est inutile, voire nocif, de l'être. Il y aurait donc une raison sociologique et politique à la détermination de la qualité juridique de

⁵⁹⁵ Rémy Libchaber : précité, n°5 et suiv. p.3.

⁵⁹⁶ Théodore Jouffroy : *Cours de droit naturel*, Fayard, collection corpus, 1998, p.348.

⁵⁹⁷ Francisco Vergara : *Les fondements philosophiques du libéralisme, libéralisme et éthique*, La découverte, p.13 et suivantes.

⁵⁹⁸ Francisco Vergara : op. cit., p.67 et suivantes.

⁵⁹⁹ Francisco Vergara : op. cit., p.13.

⁶⁰⁰ Francisco Vergara : op. cit., p.63.

bien, en raison de l'utilité commune ou au contraire privée de telle ou telle chose⁶⁰¹. Il revient en effet au politique, et donc au législateur, de déterminer si une chose peut être considérée comme un bien ou non, si elle est susceptible d'appropriation ou non car « *le législateur adapte ses lois à l'état actuel des peuples pour qui elles sont faites* »⁶⁰².

308. L'utilité de la chose en soi ne semble pas être, *a priori*, le critère de définition du bien. En effet, le paradoxe exposé plus haut montre qu'il est des choses utiles qui ne sont pas des biens. Il s'agit plutôt de raisonner sur l'utilité, au sens utilitariste, de l'appropriation de la chose. La loi doit déterminer s'il est utile au bonheur commun que telle chose puisse faire l'objet d'un droit privatif.

Longtemps cantonnée aux choses fondamentales pour la survie de l'espèce humaine, la réflexion a pris un tour nouveau en raison du développement des biotechnologies. Celles-ci permettant le décryptage du génome humain et l'isolement de ses composantes, la question qui se pose est de savoir si les personnes en mesure d'utiliser les gènes humains pour confectionner des traitements thérapeutiques peuvent utilement s'approprier une séquence d'ADN. L'utilité du gène ne fait aucun doute car le but de son utilisation est médicale : le soin d'une pathologie.

Du point de vue de la stricte utilité de la chose, il serait donc tentant de conclure à sa possible appropriation. Mais la réponse paraît moins évidente du point de vue de l'utilité sociale de l'appropriation privative du gène. Sans entrer dans le débat éthique, il semblerait « *odieux et tyranniquement insensé* » pour plagier Treilhard de permettre la propriété privée sur une chose que possède chaque être humain et dont l'usage lui est aussi vital que l'air ou l'eau. L'article 17 de la loi 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique complète en ce sens le Code de la propriété intellectuelle par un article L.611-18 aux termes duquel : « *ne sont notamment pas brevetables : (...) d) les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles* »⁶⁰³. De la même manière, le Code civil fait des produits et éléments du

⁶⁰¹ Ph. Malaurie et L. Aynès : op. cit. n°4 et suiv. p.3. François Terré : *Variations de sociologie juridique sur les biens*, art. précité. Ne pourrait-on voir cette idée de manière embryonnaire chez Demolombe ? Il écrit en effet : « *Les biens sont de plusieurs espèces ; et les différences qui existent entre eux sous ce rapport, résultent soit de leurs éléments physiques et de leurs qualités naturelles, soit de leurs qualités légales et de leur nature juridique, c'est-à-dire des distinctions que la loi a établies dans l'intérêt des relations sociales et pour la plus grande satisfaction des besoins de l'homme* », n°27 p.15, souligné par nous.

⁶⁰² Treilhard : précité, p.278, à propos de la distinction des choses.

⁶⁰³ JORF du 7 août 2004, p.14040. Sur la décision n°2004-498 DC du 29 juillet 2004 du Conseil constitutionnel relative à cette loi, cf. Jean-Eric Schoettl : *La brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la constitution*, LPA 17 août 2004, n°164, p.3.

corps humain des choses ne pouvant avoir une valeur patrimoniale⁶⁰⁴. Il est donc d'intérêt public, d'**utilité publique**, que de telles choses soient inappropriables et inaliénables.

309. L'exemple des clientèles civiles est, à cet égard, remarquable. Alors que la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation les excluait de toute commercialité⁶⁰⁵ tout en tolérant l'existence d'un droit de présentation⁶⁰⁶, la première chambre civile a admis le 7 novembre 2000 qu'une telle clientèle pouvait désormais faire l'objet d'une cession à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral, à condition toutefois que la liberté de choix du client soit préservée⁶⁰⁷.

La solution peut s'expliquer techniquement par un rapprochement bienvenu avec le fonds de commerce⁶⁰⁸ à travers la consécration d'un fonds d'exercice libéral, ainsi que par l'abandon du faux-semblant que constituait le droit de présentation. Il n'en demeure pas moins qu'une raison sociologique a également poussé la Cour à ne plus censurer les cessions de clientèles civiles sur le terrain de l'article 1128 du Code civil. Il serait en effet difficilement compréhensible que des raisons de technique juridique fassent entrer une chose dans les biens dont on peut faire commerce alors qu'un intérêt social supérieur commandait leur extra-commercialité. Cet intérêt social réside précisément dans l'exigence de liberté de choix du patient. Or la Cour de cassation préserve cette liberté en annulant toute convention qui aurait un effet inverse.

On peut toujours s'interroger sur le fondement de cette nullité. S'agira-t-il de la cause illicite, le contrat ayant pour but d'empêcher au client de faire son choix ? A moins que l'on opte pour la fraude aux droits des clients ? Toujours est-il que le caractère illicite de la cession ne se fondera plus sur l'article 1128. La Cour de cassation fait donc des clientèles civiles des biens comme les autres, l'utilisation de l'article 1128 n'étant plus nécessaire à la préservation de la liberté de choix du patient.

⁶⁰⁴ Art. 16-1 et 16-5.

⁶⁰⁵ En raison de la personnalité de la clientèle civile, Civ. 1^{ère}, 27 novembre 1984, D. 1986, jur. p.448 (1^{ère} espèce) note Penneau ; Gaz. Pal. 1985, 2, 638, note Chabas ; RTD Civ. 1987, p.91 obs. Mestre. Jurisprudence constante jusqu'à l'arrêt du 7 novembre 2000.

⁶⁰⁶ Civ. 1^{ère} 23 janvier 1968, D. 1969, jur. p.177 note R. Savatier ; JCP 1968, II, 15433, note R.L. ; Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, D. 1995, jur. p.560, note Beignier, Def. 1995, 1132 obs. Vermelle ; RTD Civ. 1996, p.603, obs. Mestre. Solution réitérée maintes fois.

⁶⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. I, n°283 ; D. 2000, IR, p.290 ; JCP 2001, II, 10452, note Violla et I, 301, obs. Rochfeld ; JCP éd. E 2001 p.419, note Loiseau ; Def. 2001, 431 note Libchaber ; CCC 2001 n°18, note Leveneur et Chron. 7 par Chemtob ; RTD Civ. 2001, p.130, obs. Mestre et Fages et p.167, obs. Revet.

⁶⁰⁸ Pour lequel la cessibilité de la clientèle n'a jamais été remise en cause

310. L'utilité réside donc moins dans la fonction de la chose en elle-même que **dans la fonction et dans l'opportunité de son appropriation⁶⁰⁹ reconnues socialement.**

b) Application de la notion d'utilité en droit des biens

311. L'utilité d'une chose au sens du droit des biens se définit donc comme la fonction et l'opportunité de l'appropriation de cette chose par une personne. La fonction de l'appropriation réside dans un calcul utilitaire basique tel que nous avons pu le décrire : la satisfaction d'un besoin. L'opportunité de l'appropriation suppose en revanche un calcul de politique législative motivée par l'intérêt social. Ainsi, et bien qu'elles puissent représenter une valeur, certaines choses sont décrétées hors du commerce juridique ce qui, dans tous les cas, les conduit hors du marché⁶¹⁰.

Cette prohibition posée par l'article 1128 du Code civil conduirait à dénier la qualité de bien à certaines choses qui, *a priori*, sont susceptibles de faire l'objet d'un contrat. C'est un calcul politique qui conduit à faire de telle chose un objet de propriété et « *c'est le droit positif qui, à un moment donné et dans un lieu donné, détermine les choses qui sont susceptibles d'appropriation et, par hypothèse, cette liste peut donc varier selon les époques et les lieux* »⁶¹¹.

312. Pour des raisons d'ordre public, la loi décrète donc que certaines choses ne pourront faire l'objet d'un contrat. Il s'agit bien évidemment d'un souci de préservation de la société à travers la protection de ses fondements. Or, dénier à une chose la possibilité de faire l'objet d'un contrat revient à en nier la qualité de bien : la loi écarte telle chose du commerce juridique car il est contraire à l'intérêt de la société qu'elle se voit conférer une valeur patrimoniale ou qu'il puisse en être disposé de quelque manière que ce soit. Il s'agit là d'un calcul d'utilité tel que nous avons pu le définir, à savoir l'opportunité reconnue socialement de l'appropriation de telle ou telle chose.

Retirer à une chose la possibilité d'entrer dans le commerce juridique ou lui dénier toute valeur marchande revient à lui retirer toute utilité. Elle devient soit une chose commune,

⁶⁰⁹ NB : La notion d'appropriation englobe celles d'exclusivité et de libre disponibilité, cf. infra n°323s.

⁶¹⁰ Grégoire Loiseau : *Typologie des choses hors du commerce*, art. précité, p.52.

⁶¹¹ Muriel Fabre-Magnan : *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ. 1997, p.583, spéc. p.589.

soit une chose protégée en raison de son rapport étroit avec la personne⁶¹², soit une anomalie que le droit traite par la sanction⁶¹³.

313. Plus subtile est la situation de certaines choses qui, bien que pouvant faire l'objet d'une convention, sont décrétées « hors du marché » par la loi⁶¹⁴. Tel est le cas des organes et des produits du corps humain car si la loi autorise leur cession, elle impose qu'elle se fasse à titre gratuit⁶¹⁵. La question est de savoir si de telles choses, non négociables mais cessibles à titre gratuit peuvent recevoir la qualification de biens. Si l'on retient dans la définition du bien l'exigence de négociabilité, les organes et produits du corps humain ne sauraient être qualifiés de biens. Il est cependant devenu commun de parler de réification du corps humain à travers notamment le don d'organes ou de produits⁶¹⁶. Le problème est en soi si complexe et si vaste qu'une étude particulière mérite de lui être consacrée. Il dépasse en outre très largement le cadre de notre réflexion, celle-ci se cantonnant à l'étude des créations intellectuelles.

314. Abstraire une chose du commerce juridique revient donc à supprimer la possibilité d'en disposer à celui qui détient le rapport d'exclusivité à cette chose. Il s'agit somme toute d'une restriction au droit de propriété⁶¹⁷.

315. Si une chose ne peut donc pas faire l'objet d'une convention, son extra commercialité conduit logiquement à lui retirer toute valeur patrimoniale. Toute chose hors commerce est donc nécessairement hors du marché⁶¹⁸. Cette chose, qui est exclusivement détenue mais qui ne peut être cédée ne possède donc aucune valeur d'échange dans le circuit juridique. Et puisque la loi lui refuse cette possibilité, ne serait-on pas tenté de conclure qu'une telle chose ne peut être qualifiée de bien ?

Nous avons montré que l'utilité, notion centrale de la définition du bien, passait par une exigence d'opportunité sociale. Il est donc jugé inopportun que certaines choses puissent

⁶¹² Souvenirs de famille, sépultures, organes et produits du corps humain, le corps humain lui-même...

⁶¹³ En raison de la contrariété à l'ordre public. Cette contrariété peut, du reste, revêtir les formes les plus diverses : convention donnant valeur patrimoniale à une chose dont la gratuité est imposée par la loi, convention tendant à rendre disponible une chose indisponible (état des personnes, choses prohibées par la loi pénale, produits de la vente de ces choses).

⁶¹⁴ François Terré et Philippe Simler : op. cit. (6^{ème} édition) n°14 p.17-18.

⁶¹⁵ Art. L.1211-4 Code de la santé publique non modifié sur ce point par la loi 2004-800 du 6 août 2004. Grégoire Loiseau : *Typologie des choses hors du commerce*, art. précité.

⁶¹⁶ Frédéric Zénati et Thierry Revet : précité n°6 p.18 qui font également remarquer le détour par la propriété pour certains droits de la personnalité (droit au nom, droit à l'image).

⁶¹⁷ Cf. Thierry Revet : obs. sous Com. 24 septembre 2003, RTD Civ. 2004, p.117. Le titulaire d'un tel droit exclusif est donc privé de cet attribut du droit de propriété consistant à lui permettre de céder la chose, voire d'en retirer des fruits. Rien ne semble devoir l'empêcher, toutefois et *a priori*, de la détruire.

⁶¹⁸ Grégoire Loiseau : art. précité.

entrer dans le commerce juridique. Tel fut le cas des clientèles civiles avant le revirement opéré par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 2000, condition étant posée de la sauvegarde de la liberté de choix du patient⁶¹⁹.

315. Il en est de même des marchandises contrefaites. Dans une espèce dont a eu à connaître la Cour de cassation, une société avait vendu à une autre des vêtements qui se sont avérés être des contrefaçons de modèles appartenant à Madame X. L'acquéreur assigna le vendeur en annulation de la vente mais la Cour d'appel de Paris rejeta la requête au motif qu'il n'était pas établi que l'acquéreur fut victime de manœuvres dolosives ou qu'il ait commis une erreur sur la qualité des choses vendues déterminante de son consentement. La Cour de cassation censura les juges du fond sur le fondement des articles 1128 et 1598⁶²⁰ du Code civil au motif que « *la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente* »⁶²¹. La solution n'est pas nouvelle, la même juridiction ayant déjà estimé qu'il était impossible d'invoquer le droit de rétention sur des marchandises contrefaites, « *dès lors que leur caractère illicite interdit leur commercialisation* »⁶²².

C'est donc en raison de leur caractère illicite - les choses mises en vente étaient des contrefaçons de créations intellectuelles - que les choses considérées ne sauraient entrer dans le commerce juridique, autrement dit, accéder à la qualité de bien. La contrariété à la norme pénale⁶²³ implique donc, fort utilement, que l'on ne puisse tirer bénéfice de telles choses.

316. Proclamer une chose hors commerce ne semble pas pour autant s'opposer à ce qu'elle fasse l'objet d'un droit exclusif. En effet, le caractère illicite de la mise sur le marché d'une chose « *hors commerce* » n'emporte pas, en soi, condamnation d'un rapport d'exclusivité à cette chose, à moins que ce rapport d'exclusivité ne soit purement et simplement incriminé sur le fondement du recel ou de tout autre fondement⁶²⁴.

⁶¹⁹ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. n°283 ; JCP 2001, II, 10452 note Violla ; JCP 2001, I, 301 n°16 obs. Rochefeld ; JCP éd. E. 2001, p.419 note Loiseau ; Def. 2001, p.431, note Libchaber ; CCC 2001, n°18 note Leveneur ; Contrats Concurrence Consommation 2001 chron. 7 par Chemtob ; RTD Civ. 2001, p.130 obs. Mestre et Fages ; RTD Civ. 2001, p.167, obs. Revet.

⁶²⁰ « *Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ».

⁶²¹ Com. 24 septembre 2003, pourvoi n°01-11504, Bull. n° 147 p.166 ; D. 2003, p.2683 note C. Caron ; RTD Civ. 2003 p.703 obs. J. Mestre et B. Fages ; LPA 28 mai 2004 p.13, notes E. Tricoire (p.13) et B. Parance (p.15) ; RTD Civ. 2004 p.117 note T. Revet.

⁶²² Com. 26 octobre 1999, Bull. n°185 ; D. 2000, jur. p.365, note J. Marotte ; Rev. Lamy dr. aff. 2000, n°26 p.3 note Ph. Delebecque.

⁶²³ Violation du droit de reproduction du titulaire des droits de propriété intellectuelle : art. L.122-4, L. 531-4 et 615-1 CPI. Violation sanctionnée pénalement : art. L. 335-2s et 615-12s CPI.

⁶²⁴ Ce qui, en réalité, rend la plupart des choses hors commerce insusceptibles d'appropriation.

317. La non-commercialité de choses produits d'une infraction a ainsi amené la Cour de cassation à reconnaître que de telles choses pouvaient faire l'objet d'un rapport d'exclusivité. En effet, il fut admis dans un arrêt du 5 novembre 1985 que « *la circonstance que la chose qui aurait été soustraite serait une marchandise illicite et hors commerce, est sans influence sur la qualification de vol* »⁶²⁵. Le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui⁶²⁶, la solution amène donc à penser qu'une chose hors du commerce peut faire l'objet d'un rapport d'exclusivité⁶²⁷. C'est cette idée que l'on retrouve en filigrane de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 24 septembre 2003⁶²⁸. C'est également cette idée qui semble percer sous l'article 1598 du Code civil qui précise que seule est prohibée l'aliénation des choses hors du commerce.

318. Il est par ailleurs remarquable que le Code de la propriété intellectuelle attache une conséquence supplémentaire à la distinction entre les créations « esthétiques » et les créations industrielles⁶²⁹. Alors que l'ordre public ne vient que limiter ou conditionner les conditions d'exploitation d'une œuvre de l'esprit⁶³⁰, ce même ordre public vient supprimer toute possibilité d'exister à un brevet (article L. 611-17, a) ou à un dessin ou modèle (article L.511-7 et L.512-2 alinéa 4, b). Ainsi une œuvre pornographique est-elle protégeable au titre du droit d'auteur⁶³¹ tandis que des billets de banque fantaisistes ne peuvent se voir conférer la protection au titre des dessins et modèles⁶³² et qu'un brevet ayant pour objet une pipe à opium doit être annulé⁶³³.

319. La démarcation d'esprit entre la protection en raison du simple fait de créer et la protection en raison de la délivrance d'un titre reçoit une nouvelle traduction ici. Il est ainsi possible de déceler une manifestation de la différence d'idéologie entre la protection d'une

⁶²⁵ Crim. 5 novembre 1985, Bull. Crim. n°340. Il s'agissait en l'espèce de produits stupéfiants.

⁶²⁶ Art. L.311-1 C. pén. Crim. 7 août 1937, Bull. Crim. N°183 et Crim. 31 janvier 1947, Bull. Crim. N°43.

⁶²⁷ Contra : Emmanuel Tricoire, note précitée. Sans doute une chose hors commerce ne peut-elle faire l'objet d'un droit de propriété « *plein* » car il est interdit de la céder comme de l'exploiter. Mais il ne faut pas confondre l'appropriation et la cessibilité, celle-ci n'étant qu'une condition d'appropriabilité par l'intermédiaire du contrat.

⁶²⁸ Com. 24 septembre 2003, précité.

⁶²⁹ Michel Vivant : *Propriété intellectuelle et ordre public*, Mélanges Foyer, Puf 1997, p.307.

⁶³⁰ André Huguet : L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, étude sur la loi du 11 mars 1957, LGDJ tome XXX, 1962. Mais également par le recours au droit commun.

⁶³¹ Crim. 6 mai 1986, D. 1987, Somm. p.151 obs. Colombet. Crim. 28 septembre 1999, D. aff. 2000, AJ p.60 ; Comm. Com. électr. 2000 commentaire n°4 obs. Caron. A condition toutefois que sa réalisation ne soit pas illicite en raison de pratiques dégradantes pour la personne humaine.

⁶³² Validation du rejet de la demande d'enregistrement en raison du risque de confusion avec les billets authentiques dont l'émission est réservée à la Banque de France et dont la reproduction est réprimée pénalement : CA Paris 3 avril 1998, PIBD 1998, 658, III, 389.

⁶³³ T. Com. de la Seine, 25 novembre 1913, Ann. prop. ind. 1915-1919, 2, 16.

œuvre de l'esprit en raison de son lien avec la personne de son auteur d'une part, et l'économie du droit des brevets et des dessins et modèles qui sont voués par nature à une exploitation industrielle et commerciale d'autre part. Le caractère personnaliste de la propriété littéraire et artistique conduit alors à prendre en considération toutes les œuvres de l'esprit et à n'en limiter que leur diffusion. Inversement, un titre de brevet ou un dépôt de dessin ou de modèle confèrent une publicité à ce type de créations, publicité qui ne saurait être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs⁶³⁴.

La notion d'utilité, telle quelle est appliquée en droit des biens, réside donc dans une appréciation socialement fondée de l'appropriation et de la négociabilité des choses. On peut toujours remarquer que, fidèle à l'esprit libéral qui l'anime, le Code civil fait de l'appropriation et de la commercialité la norme, pour faire des restrictions l'exception⁶³⁵.

2- Un bien est une chose susceptible d'appropriation.

Avant d'envisager la notion d'appropriation, il convient de cerner celle d'objet de droit car le bien est une chose sur laquelle les personnes détiennent des droits⁶³⁶.

a) La notion d'objet de droit

320. L'objet est, littéralement, « *ce qui est placé devant* »⁶³⁷, devant le sujet dont il est « l'autre ». Un objet ne peut donc être appréhendé que par un sujet et aucune des deux notions ne peut s'affranchir de l'autre car là où il n'y a pas de sujet il n'y a pas d'objet, lequel est le « *corrélat objectif, ou supposé tel, d'un sujet percevant ou connaissant* »⁶³⁸.

La notion d'objet de droit semble plus particulièrement synonyme de celle de chose : est objet de droit tout ce qui n'est pas sujet de droit, de la même manière qu'est chose tout ce

⁶³⁴ Le cas des inventions intéressant la défense nationale devant toutefois être réservé.

⁶³⁵ Cf. L'article 1598.

⁶³⁶ Le droit des biens est ainsi présenté comme ayant pour fonction d'organiser les pouvoirs qu'une personne détient sur une chose.

⁶³⁷ Gérard Cornu : Vocabulaire juridique, 2^{ème} édition, Puf, 2001, p.585

⁶³⁸ André Comte-Sponville : Dictionnaire philosophique, p.409.

qui n'est pas personne. En effet, « *ce qui est immédiatement différent de l'esprit libre est, pour celui-ci comme en soi, l'extérieur en général – une chose, quelque chose de non libre, sans personnalité et sans droit* »⁶³⁹. Seule la personne peut être sujet de droit, autrement dit titulaire de droits. L'objet détermine les droits dont est titulaire le sujet.

321. Peut-être est-il cependant possible de distinguer les notions de chose et d'objet. La première pourrait être comprise comme étant l'assiette, le « contour » des droits, tandis que la seconde n'aurait pour seule fonction que de marquer la possibilité d'un rapport d'exclusivité avec le titulaire des droits. Ainsi les choses sans maître pourraient-elles être considérées comme des objets de droit « par anticipation » dans la mesure où elles sont susceptibles d'appropriation⁶⁴⁰. Mais il en va différemment des choses communes de l'article 714 du Code civil : celles-ci ne peuvent se concevoir dans un rapport d'exclusivité, elles ne sont pas appropriables par le sujet⁶⁴¹. Elles seraient donc des choses sans être pour autant des objets de droit. Pareille analyse marque l'objet de droit comme étant l'autre du sujet et semble faire dépendre la nature d'objet de droit des relations actuelles ou potentielles d'une chose avec une personne.

322. Or cette vision doit être assurément invalidée. Par objet de droit il s'agit d'entendre très généralement toute chose sur quoi porte un droit. La qualification est donc déconnectée de toute relation juridique d'avec le sujet, même s'il s'agit de son « autre »⁶⁴². La qualité d'objet de droit dépend du droit seul, à l'inverse du rapport qu'entretiennent sujet et objet en philosophie⁶⁴³. Les choses communes sont ainsi et sans doute possible des objets de droit : elles font l'objet d'une réglementation spécifique destinée à éviter un usage abusif ou destructeur⁶⁴⁴.

Pour le juriste, toute chose est donc nécessairement objet de droit sans pour autant qu'elle entretienne un rapport avec le sujet. L'objet de droit détient sa qualité du droit lui-même, non d'un rapport d'appropriation. Un objet est donc ce sur quoi portent des droits,

⁶³⁹ Hegel : *Principes de la philosophie du droit*, précité, §42 p.82.

⁶⁴⁰ Voir un « bien par anticipation » eu égard à son appropriabilité et à l'utilité de celle-ci. Sur la possibilité de l'appropriation des choses sans maître et pour une critique de la formule retenue par l'art. 713 du Code civil, Cf. François Terré et Philippe Simler : op. cit., 6^{ème} édition, n°8 p.8.

⁶⁴¹ Avec quelques nuances toutefois, cf. Jean Duffau : Choses communes, J.-Cl. Civil Art. 714 (Modes divers d'acquérir la propriété, fasc. 30). François Terré et Philippe Simler : op. cit., 6^{ème} édition, n°7 p.7

⁶⁴² L'opposition entre le sujet et l'objet, si elle permet de définir négativement, *a priori*, mais incomplètement l'un et l'autre, ne suppose pas pour autant un rapport de droit entre eux.

⁶⁴³ Pour la philosophie, le sujet ne connaît ainsi que des objets : tout ce qui se présente de façon extérieure à lui, à sa conscience, et qui n'est pas sa conscience elle-même, est un objet.

⁶⁴⁴ Jean Duffau : Choses communes, J.-Cl. Civil précité.

quelle qu'en soit la substance, sans qu'ils aient nécessairement un sujet pour titulaire⁶⁴⁵. C'est la notion nécessaire par laquelle le sujet peut s'approprier juridiquement le monde.

b) La notion d'appropriation

323. Deuxième notion fondamentale de la définition du bien, la notion d'appropriation est comprise comme étant le droit de propriété classique avec l'ensemble de ses attributs. Ainsi entendue, l'appropriation rend compte de la relation entre le bien et la personne, alors que l'utilité rend compte de la dimension sociologique du bien⁶⁴⁶. Et c'est bien d'un rapport de droit qu'il s'agit : si le Code civil envisage également la possession, rapport de fait entre une personne et un bien, c'est qu'elle est un moyen d'accéder à la propriété de ce bien⁶⁴⁷ car « *l'attribution d'une chose, en propre à une personne, caractérise la propriété* »⁶⁴⁸.

324. L'appropriation se comprend donc comme une relation de propriété, droit réel par excellence. Certains qualifient même le droit de propriété de droit subjectif par excellence : jamais pouvoir plus grand n'est donné à une personne sur extérieur à soi car le bien approprié est soumis à la totale volonté de son propriétaire. Le superlatif de l'article 544 du Code civil marque cette emprise, cette domination, qui ne saurait avoir d'équivalence : la manière la plus absolue⁶⁴⁹ de jouir et de disposer des choses ! L'appropriation, la propriété, c'est l'exclusif⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ L'article 713 du Code civil prévoit toutefois que les choses sans maître appartiennent à l'Etat. Un sujet de droit, l'Etat, est donc titulaire de droits sur les choses « sans maître » ce qui, pour reprendre la critique de messieurs Terré et Simler, ne manque pas de piquant : l'Etat ne saurait-il donc pas être un maître ? Il semblerait donc que le Code ne puisse concevoir les choses autrement que dans un rapport avec les personnes, alors que, nous l'avons montré, la qualité d'objet de droit ne dépend pas de son rapport de droit avec le sujet.

⁶⁴⁶ Ce qui ne signifie pas pour autant que la propriété est dépourvue de dimension sociologique. Bien au contraire ! Cf. Michel de Juglart : *Cours de droit civil, Biens, obligations*, Tome 1, 2^{ème} volume, 11^{ème} édition, Montchrestien, p.20 et suiv. Jean Carbonnier : *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, p.345 et suivantes. Georges Ripert : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946, n°55s p.126. François Terré et Philippe Simler : op. cit., 5^{ème} édition, n°43 p.45 et 6^{ème} édition, n°93 p.98. Philippe Malaurie et Laurent Aynès : op. cit. n°4 p.3. Concernant les répercussions juridiques de l'évolution sociologique de la notion de bien, de propriété ou de patrimoine, Cf. René Savatier : *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, Dalloz 1959, p.107 et suivantes. Pierre Catala : *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD Civ. 1966 p.185. J. et H.-J. Mazeaud, François Chabas : *Leçons de droit civil*, Tome II, vol. 2, *Les biens*, Montchrestien 8^{ème} édition, n°1296s p.10 et suivantes.

⁶⁴⁷ François Terré et Philippe Simler : op. cit. 6^{ème} édition, n°64 et suivants, p.75. Bien que le Code civil ne donne aucune définition de la possession, il est généralement admis qu'elle se définit comme un « *pouvoir de fait consistant à exercer matériellement des prérogatives sur un bien comme si on en était titulaire, qu'on le soit ou non* », Jacques Ghestin, dir. *Traité de droit civil, Les biens*, par Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi et Sylvie Cimamonti, LGDJ, n°57 p.55.

⁶⁴⁸ Christian Atias : op. cit. n°87 p.71.

⁶⁴⁹ V. la remarquable glose du Doyen Carbonnier : *Les biens*, op. cit. n°68 p.128s.

C'est non seulement un pouvoir détenu en propre, mais c'est également le pouvoir d'exclure les tiers d'un rapport entre une personne et un bien.

Ce rapport d'exclusivité suppose l'appropriabilité et, en conséquence, la cessibilité.

325. L'exclusif suppose tout d'abord l'appropriabilité en ce sens que la chose doit être susceptible d'appropriation, ce qui revient à dire que la chose est un bien : elle doit être susceptible de réservation. En outre, une chose n'est susceptible de réservation qu'à partir du moment où une telle réservation est jugée socialement opportune, à partir du moment où elle est utile⁶⁵¹. Mais la vocation d'appropriation exclusive ne présente qu'un faible intérêt en soi. Il est même possible d'affirmer qu'elle n'en présente aucun si le bien n'est pas, corrélativement, susceptible d'être cédé ou, plus généralement, d'entrer dans le commerce juridique⁶⁵². La propriété consiste, c'est incontesté, dans le droit d'user, de retirer les fruits et de disposer de la chose. Dans ses différentes composantes, le droit de propriété traduit donc les utilités que l'homme peut retirer d'une chose. Le droit de propriété est donc la traduction juridique de l'utilité économique d'une chose dans son rapport avec son propriétaire.

326. Réciproquement, la propriété dans ses attributs sert de fondement à l'ordre économique. En effet, les caractères d'appropriabilité et surtout de libre cessibilité permettent au bien d'intégrer le marché⁶⁵³ : la propriété est une condition du marché⁶⁵⁴. Mieux : la notion de valeur, qui entre pour certains dans la définition du bien, lui confère une dimension purement économique car la valeur permet l'échange d'un bien contre un autre bien de nature différente.

327. La valeur permet d'établir des échelles, à partir de l'étalon - monnaie. Or la valeur dépouille le bien de toute représentation sensible, le ramenant à sa seule expression pécuniaire⁶⁵⁵, car quelle que soit son acception, la notion de valeur s'emploie de manière abstraite⁶⁵⁶. Nous dirions même que la valeur dépouille le bien de sa dimension d'utilité : les

⁶⁵⁰ Christian Atias : Ibidem.

⁶⁵¹ Cf. supra.

⁶⁵² Muriel Fabre-Magnan : *Propriété, patrimoine et lien social*, précité, n°10 p.591.

⁶⁵³ NB : Le droit de propriété, à travers l'ensemble de ses attributs, permet une telle intégration à un marché. Ainsi le propriétaire peut-il simplement faire commerce de l'usage de la chose à travers un contrat de bail, ou au contraire, vendre les fruits, voire la chose elle-même.

⁶⁵⁴ Marie-Anne Frison-Roche : *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, in *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, sous la direction de Michel Vivant, Dalloz, 2004 p.165. V. également Michel Vivant : *Rapport de synthèse*, in op. préc. p.177.

⁶⁵⁵ Jean Carbonnier : *Flexible droit*, 10^{ème} édition, LGDJ p.386.

⁶⁵⁶ André Lalande : *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf coll. Quadrige, p.1182.

biens deviennent abstraits, l'économie ne retenant que leur dimension pécuniaire. Mais l'expression des biens sous forme de valeur permet l'économie de marché⁶⁵⁷ car « *la première fonction de l'or (la monnaie) consiste à fournir à l'ensemble des marchandises la matière dans laquelle elles expriment leurs valeurs comme grandeurs de la même dénomination* », fonction en vertu de laquelle « *l'or, la marchandise équivalent devient monnaie* »⁶⁵⁸. Et il s'agit bien là de l'intérêt de la propriété : fonder un pouvoir autrement que sur des critères politiques⁶⁵⁹, que l'on y voit l'une des colonnes de l'ordre social ou la survivance d'une représentation irrationnelle quasi magique⁶⁶⁰.

Les critères de la notion de bien sont donc des critères éminemment contingentés par l'ordre socio-économique : un bien est une chose qu'il est utile de s'approprier, une chose dans le commerce juridique, une chose qui possède une valeur, une chose négociable.

La création intellectuelle répond à ces caractéristiques. Mais l'analyse sous le seul éclairage du droit des biens tend à occulter sa spécificité.

B- La création, un bien incorporel

Il est traditionnellement considéré que la création intellectuelle est un bien incorporel. Il s'agit de préciser les contours de la notion (1) avant de mesurer l'ambivalence de la notion de création sous le point de vue cette fois-ci du droit des biens (2).

1- La notion de bien incorporel

328. La notion d'appropriation passait, traditionnellement par celle d'appréhension, et la doctrine n'a pas manqué de faire remarquer que le droit des biens classique pouvait

⁶⁵⁷ V. Fernand Braudel : *La dynamique du capitalisme*, Flammarion coll. Champs, p.44s.

⁶⁵⁸ Karl Marx : *Le capital*, I/III, trad. J. Roy Garnier-Flammarion, p.83

⁶⁵⁹ Marcel Planiol et Georges Ripert : *Traité pratique de droit civil français, Tome III, les biens*, 2^{ème} édition par Maurice Picard, LGDJ 1952, n°5 p.7.

⁶⁶⁰ Jean Carbonnier : *Les biens*, op. cit. n°68 p.130 note 4 de la post-glose.

s'entendre des droits sur les choses corporelles. La distinction entre biens corporels et biens incorporels est néanmoins fort ancienne car elle nous vient, semble-t-il, du droit romain qui en connaissait déjà et qui aurait été reçue, du moins implicitement, dans le Code civil⁶⁶¹. L'opposition stoïcienne entre la matière et l'esprit aurait ainsi inspiré Gaius qui l'appliqua à son analyse des choses⁶⁶².

329. Les biens corporels peuvent faire l'objet d'une appréhension directe par les sens, tandis que les biens incorporels sont « *ceux qui ne peuvent pas tomber sous nos sens, (...)* » car « *nous ne pouvons les toucher qu'avec notre intelligence* »⁶⁶³. Un bien incorporel est donc, par définition, un bien qui échappe à toute appréhension matérielle⁶⁶⁴. Est donc incorporel tout ce qui n'est pas susceptible de représentation tangible pour exister : une créance, une obligation, un droit⁶⁶⁵. Ces biens représentent néanmoins une valeur patrimoniale, ils ne sont pas imaginaires⁶⁶⁶. Réduire la réalité des biens incorporels à leur valeur serait toutefois une erreur. Si elle permet d'attester de leur réalité, nous avons pu voir que la valeur ne saurait être le seul critère de définition du bien. Un bien incorporel dispose donc, comme tout bien, d'une utilité socialement reconnue justifiant son appropriation et sa cessibilité⁶⁶⁷.

330. La doctrine semble néanmoins confuse sur ce qu'il convient d'intégrer dans cette distinction. Selon Demolombe, « *sous la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles se cache (...) la distinction du droit de propriété et des autres droits ; lorsqu'on la soumet à une critique sérieuse, on est contraint de reconnaître que cette division des biens ne présente aucune base juridique* »⁶⁶⁸. Le Professeur Voirin⁶⁶⁹ distingue ainsi les biens corporels qui, selon lui, sont les choses, des biens incorporels qui seraient les droits, opinion partagée par Planiol et Ripert⁶⁷⁰. Pour ces derniers, la distinction entre biens corporels et biens incorporels ne serait toutefois qu'un rapprochement incohérent⁶⁷¹. Vu sous l'angle de

⁶⁶¹ Demolombe : op. cit. n°32 p.18. Jean Carbonnier : *Droit civil, 3/ les biens*, précité, n°50s.

⁶⁶² Anne-Marie Patault : op. cit., n°3 p.18. V. également S. Ginossar : *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960, n°17 p.43. Pour la reconnaissance progressive de la notion en droit romain, cf. Marie-Claude Dock : *Etude sur le droit d'auteur, contribution historique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque d'histoire du droit et de droit romain, 1963, tome VIII, p.15.

⁶⁶³ Baudry-Lacantinerie et Chauveau : op. cit. n°16 p.16.

⁶⁶⁴ Gérard Cornu : *Vocabulaire juridique*, p.447.

⁶⁶⁵ Demolombe : précité.

⁶⁶⁶ Jean Carbonnier : précité n°50 p.91.

⁶⁶⁷ Cf. supra.

⁶⁶⁸ Précité.

⁶⁶⁹ *Droit civil*, Tome 1, 24^{ème} édition par Gilles Goubeaux, LGDJ 1993, p.231s.

⁶⁷⁰ Marcel Planiol et Georges Ripert : *Op. cit.* n°17 p.60.

⁶⁷¹ Pour un relevé d'opinions encore plus virulentes, cf. S. Ginossar : op. cit., n°17 p.44 note 78.

l'opposition entre choses et droits, il serait difficile de leur donner tort. Mais il est possible de voir dans l'opposition un sens différent.

Selon le Doyen Carbonnier, il existerait ainsi des biens incorporels portant sur des biens corporels, que nous appellerions *biens incorporels relatifs*, et des biens incorporels « absolus », par détermination de la loi, car « *absolument détachés de tout support matériel* »⁶⁷².

331. Or nous avons pu voir que les droits étaient des biens incorporels et il semblerait à certains que la distinction présente un faible intérêt pratique précisément en raison du fait que tout droit est une « *prérogative immatérielle, quel que soit l'objet sur lequel il porte* »⁶⁷³.

Le critère résiderait donc dans le caractère corporel ou incorporel de la chose dans laquelle le droit prend sa source. Ainsi tout droit serait un bien incorporel dont l'assiette pourrait être une chose corporelle ou, au contraire, une chose incorporelle⁶⁷⁴. La définition traditionnellement retenue du bien incorporel demeure donc celle d'un bien détaché de tout support matériel. Un bien intellectuel donnera lieu à un droit « *sans corpus* », droit dont la valeur ne réside pas dans l'« *épaisseur rassurante de la matière* » mais reposant toute sur l'exploitation, « *c'est-à-dire sur l'activité personnelle du titulaire ou de ses ayants cause : évidence pour les clientèles, obligation pour les brevets, vérité encore pour le droit d'auteur qui n'entre dans la réalité du patrimoine qu'une fois l'œuvre divulguée* »⁶⁷⁵.

La distinction entre biens corporels et biens incorporels ne présente donc pas d'intérêt en ce qui concerne la nature du droit lui-même. Elle serait fondamentale en revanche en ce qui concerne la source du droit et les effets qui découlent de cette source.

332. Ainsi la possession ne fut-elle pensée que pour les choses corporelles. Elle s'entend traditionnellement, en effet, du pouvoir de fait s'exerçant sur une chose matérielle et se manifestant par la détention physique de celle-ci. Dans cette optique, un meuble incorporel

⁶⁷² Op. cit. n°51 p.93.

⁶⁷³ Dominique Lefebvre : Biens, distinction, J.Cl. civ. Art. 516, n°29.

⁶⁷⁴ René Savatier : Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels, RTD Civ. 1958, p.1, spécialement n°1 p.2. S. Ginassar : ibidem p.45.

⁶⁷⁵ Pierre Catala : *L'évolution contemporaine du droit des biens, exposé de synthèse*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Journées Savatier d'octobre 1990, Puf. 1991, p.180, spécialement n°26 p.189.

ne peut être susceptible de possession matérielle⁶⁷⁶. Il s'avère cependant qu'une chose incorporelle peut faire l'objet d'une telle possession⁶⁷⁷.

Malgré l'hostilité très largement majoritaire de la doctrine, l'article 1240 du Code civil traite bel et bien du paiement au *possesseur d'une créance*, cependant que l'article 2076 ne laisse subsister le privilège résultant du gage des meubles que tant que le créancier reste en possession de ce gage. La jurisprudence fait application de cette dernière règle en matière de créances : la simple signification au débiteur de la créance donnée en gage est ainsi suffisante pour mettre le créancier en possession lorsque le gage porte sur une créance et que la tradition est matériellement impossible⁶⁷⁸. L'on est également possesseur du fonds de commerce et possesseur d'une invention objet d'un brevet ainsi que le pose l'article L.613-7 du Code de la propriété intellectuelle⁶⁷⁹. La possession jouerait alors le même rôle s'agissant d'une chose corporelle ou d'une chose incorporelle. Le « glissement » d'une conception matérielle à la possession comprise comme un pouvoir favorise un tel rapprochement, ce qui semble remettre en cause la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles⁶⁸⁰. Sans doute doit-on voir ici l'œuvre de la constante intellectualisation du droit dont les manifestations sont légion⁶⁸¹. A moins qu'il ne s'agisse, comme l'écrit Ginossar, du caractère particulier de la propriété lui faisant absorber le bien sur lequel elle porte⁶⁸².

333. Demeure néanmoins la question de la preuve de la réalité d'un tel droit. Le caractère incorporel du bien cède alors devant l'exigence probatoire, exigence ne pouvant se passer

⁶⁷⁶ Civ. 26 février 1919, S. 1920, 1, p.203.

⁶⁷⁷ Anne Pélissier : *Possession et meubles incorporels*, thèse, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001. Béatrice Parance : *La possession des biens incorporels*, thèse Paris I, 2003. Christophe Caron : *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP 2004, I, 162 ainsi que in *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité ? A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles*, Colloque tenu à Grenoble le 28 novembre 2003, JCP éd. E 2004, cahiers du droit de l'entreprise, suppl. n°4, p.3.

⁶⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 1^à mai 1983, Bull. civ. I, n°141 ; Def. 1983, art. 33161, p.1393, note Piédelièvre ; D. 1984, jur. p.433, note Légier ; D. 1984, IR p.82, obs. Vasseur ; RTD Com. 1984, p.724, n°19, obs. Hémar et Bouloc. Cf. Anne Pélissier : *Possession et meubles incorporels* : n°5 p.4, la jurisprudence citée en note 17 et l'analyse n°483s.

⁶⁷⁹ Anne Pélissier : *op. cit.* n°6-7 p.5 et 6.

⁶⁸⁰ Pour d'autres critiques concernant la distinction, notamment concernant le mode de transmission des biens ou leur fongibilité, cf. Dominique Lefebvre : *précité*, n°30 et suivants.

⁶⁸¹ On pourrait songer par exemple aux funérailles que certains préparent déjà pour le contrat réel : le prêt de consommation consenti par un professionnel du crédit a ainsi été « transformé » en contrat consensuel par la Cour de cassation : Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°105 ; D. 2000, jur. p.482, note Piédelièvre ; *ibid.* Somm. p.358, obs. Delebecque ; D. 2001, Somm. p.1615, obs. Jobard-Bachelier ; JCP 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose ; JCP éd. N. 2000, p.1270, note Lochouarn ; Def. 2000, p.720, obs. Aubert ; *Contrats, concurrence, consommation* 2000, n°106, note Leveneur.

⁶⁸² S. Ginossar : *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960, n°17 p.45.

de tangibilité⁶⁸³. Un bien incorporel devra donc recevoir, à un moment où à un autre, une forme, qui permettra d'attester de son existence et de mesurer son étendue⁶⁸⁴.

334. Si l'intérêt pratique ou technique de la distinction peut être discuté, il nous semble que la notion de bien incorporel conserve tout son intérêt d'un point de vue sociologique. Elle marque en effet l'apparition de « nouveaux biens » qui amènent à une nouvelle conception des richesses et des échanges : ce n'est plus la terre, la boutique ou le cabinet, c'est le fonds d'exploitation agricole, le fonds de commerce, ou encore le fonds d'exercice libéral. Les titres de sociétés s'échangent par inscription en compte et non plus par la tradition d'un morceau de papier. La réalité du phénomène ne saurait être niée et la rapidité des échanges dus au développement d'une pensée de l'« immatériel » conduit le droit à se remettre en cause. Un auteur relevait en effet que, par delà la diversité des espèces de biens incorporels, c'est l'unité du genre qui frappe : ce sont des droits sans débiteur⁶⁸⁵, mais, surtout, ce sont des droits sans corpus⁶⁸⁶.

Le glissement semble se faire de la propriété de la chose elle-même à la propriété de ses utilités, de la propriété d'un corps à la propriété de ses fonctionnalités et de sa valeur.

2- La nature ambivalente de la création intellectuelle

335. Un auteur faisait remarquer à cet égard la situation éminemment paradoxale du droit d'auteur. Une œuvre de l'esprit ne peut en effet être que matière, si l'on en juge par l'exigence de forme et par la liste non exhaustive de l'article L.112-2 qui vise des procédés de réalisation. Pour autant, « *l'immatérialité de l'œuvre ne tient pas à ses éléments constitutifs (...), elle découle de ce que l'œuvre constitue un tout qui diffère de la somme de ses parties. Cet ensemble est, à son tour, indifférent à la matière car il est construit par le Droit, ce qui lui confère à la fois sa force et ses limites* », et l'auteur de poursuivre : « *l'œuvre est une fic-*

⁶⁸³ Encore qu'il semble que, pour certains, tangibilité et corporéité ne soient pas synonymes, ou, à tout le moins, que l'un n'implique pas l'autre : Didier Martin : *Du corporel*, D. aff. 2004, chron. p.2285.

⁶⁸⁴ Cf. supra, sur la distinction idée – forme.

⁶⁸⁵ Encore que les tiers soient débiteurs : les biens incorporels sont des droits subjectifs classiques par l'existence d'une obligation passive universelle assurant le droit en propre du titulaire, Cf. S. Ginossar : *Droit réel, propriété et créance*, précité, n°4 p.10.

⁶⁸⁶ Pierre Catala : *Exposé de synthèse in L'évolution contemporaine du droit des biens*, précité, p.189 n°26. S. Ginossar : op. cit. n°68 p.187.

tion (...) elle est apte à se renouveler indéfiniment dans des copies en nombre »⁶⁸⁷. La remarque vaut pour l'ensemble des créations intellectuelles : nous avons en effet pu voir la relation que la création entretenait avec la matière à travers l'impossible appréhension des idées par le droit.

Ce paradoxe se confirme ici.

336. Il est ainsi coutumier de désigner sous le terme de propriété intellectuelle un ensemble de droits particuliers portant sur certains biens incorporels. On peut toutefois remarquer que, à s'en tenir au seul critère structurel proposé par le Code de la propriété intellectuelle, les biens soumis à son empire sont en nombre restreint. Monsieur Caron voit ainsi dans la propriété intellectuelle un aspect particulier du droit de propriété qui demeure, en tout état de cause, le droit commun⁶⁸⁸. Nous sommes toutefois plus réservés lorsqu'il s'agit de voir, dans la seule existence d'un Code de la propriété intellectuelle, une certaine unité de la matière : la création artistique voisine avec la logique économique et industrielle du brevet et, dans les deux cas, c'est l'exploitation d'une création qui donne au bien sa valeur, tandis que, faisant bande à part, les signes distinctifs n'ont pour seul objet que l'attrait et la fixation d'une clientèle⁶⁸⁹.

La création intellectuelle participe de ces biens. Elle serait peut-être même le bien incorporel le mieux connu des juristes. Gaius enseignait en effet, à propos de l'accession mobilière, que « *si sur une planche t'appartenant, on peint par exemple un tableau, (...) : le panneau suit la peinture* »⁶⁹⁰. La sentence de Gaius tend toutefois à régler la question de la propriété d'une chose corporelle en fonction du critère du principal recherché dans la valeur : la peinture étant plus précieuse que la planche, celle-ci est nécessairement la propriété du peintre. La peinture ne saurait être celle du propriétaire du panneau. Gaius permet ainsi d'envisager la problématique spécifique de la propriété des biens incorporels, sans l'avoir toutefois développée, ni peut-être voulu.

337. La création intellectuelle, nous l'avons vu, n'est protégeable que pour autant qu'elle est matérialisée dans une forme. Cela ne signifie pas pour autant que le droit de pro-

⁶⁸⁷ Valérie-Laure Bénabou : *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI janvier 2005 p.53, not. p.57.

⁶⁸⁸ Christophe Caron : *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, précité.

⁶⁸⁹ Sans parler des droits nouveaux destinés à protéger les investisseurs...

⁶⁹⁰ Institutes II, 77-78, cité par Marie-Claude Dock : thèse précitée p.16.

priété intellectuelle soit attaché au support de cette forme. Ainsi subodore-t-on la distinction de la propriété du panneau d'une part, de celle de la peinture d'autre part.

338. Le principe de la distinction entre la propriété du support et la propriété de la création est acquis. Il est consacré de manière explicite par l'article L. 111-3 concernant le droit d'auteur qui dispose que « *la propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ». L'acquisition d'une œuvre de l'esprit en tant qu'objet corporel n'emportera ainsi aucune cession de droit d'auteur (les utilités économiques de l'œuvre) au profit de l'acquéreur⁶⁹¹. La consécration est en revanche implicite en ce qui concerne les dessins et modèles ainsi que les brevets. C'est, comme pour toutes les créations intellectuelles, le caractère reproductible de la création qui fonde la valeur attachée à l'exploitation et l'intérêt d'une protection spécifique. Cette reproductibilité conduit inmanquablement à distinguer les droits sur la chose produite des droits de reproduction. Cette faculté est, sans préjudice des limites et exceptions aux droits d'exploitation, constamment reconnue au titulaire des droits de propriété intellectuelle et à lui seul, à travers le droit de reproduire mais également à travers le droit d'interdire la reproduction par autrui⁶⁹².

Il s'agit donc de distinguer, sur une même chose, d'une part, un droit de propriété classique attaché à l'acquisition d'un objet corporel (le tableau, le livre, le CD-ROM, le presse-purée ou, composé d'art graphique et de technologie, l'automobile) et, d'autre part, un droit de propriété intellectuelle conféré par le simple fait de créer, par l'enregistrement ou encore par l'octroi d'un titre après dépôt et instruction d'une demande.

339. Ce qui semblerait marquer du sceau de l'originalité les propriétés intellectuelles serait alors l'existence de plusieurs droits de propriété sur le même objet.

L'idée traditionnelle de propriété du Code civil semble avoir « *(absorbé) la corporéité de l'objet au point de se confondre avec la matière* »⁶⁹³. Il semblerait en effet que le droit superlativement absolu du propriétaire interdise de songer que tout autre droit concurrent puisse exister sur une même chose. Or l'acquéreur d'une chose corporelle dans laquelle s'inscrit une création intellectuelle ne paraît pas pouvoir exercer pleinement ce droit de disposer de la

⁶⁹¹ Art. L.111-3 al.2. Cf. Crim. 26 janvier 1965, JCP 1965, IV, 30. Civ. 1^{ère} 20 décembre 1966, D. 1967, jur. p.159 ; RTD Com. 1967, p.774 obs. Desbois. Civ. 1^{ère}, 20 janvier 1969, Gaz. Pal. 1969, 1, p.217. Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, JCP 1978, II, 18925. Crim, 28 juin 1988, Inédit titré, pourvoi n°86-94239. Com. 19 novembre 2003, pourvoi n° 01-01137, Bull. IV, n°174, p.191.

⁶⁹² Art. L.122-3 et L.122-4 CPI concernant le droit de reproduction en matière de droit d'auteur. Art. L.513-4 CPI concernant les dessins et modèles. Art. L.613-3 pour les brevets.

⁶⁹³ Anne-Marie Patault : op. cit. n°8 p.22.

chose comme bon lui semble. Son droit est limité par ceux du créateur : il ne peut détruire ni modifier la chose sans porter atteinte au droit moral de l'auteur, il ne peut la reproduire sans encourir le grief de contrefaçon, il ne peut s'opposer au droit de suite de l'auteur d'une œuvre d'art plastique. L'idée de la saisine médiévale réside en revanche dans les utilités que procure la chose⁶⁹⁴.

340. S'opposent donc deux conceptions des rapports de l'homme aux choses : l'une totale fondée sur une emprise physique, l'autre limitée à la titularité des utilités de la chose. Il est donc possible de s'interroger sur les rapports respectifs des deux systèmes de droits dans l'hypothèse d'une dissociation de titularité. Ils peuvent être organisés en strates superposées, comme la saisine, ou bien coexister en se servant mutuellement de limites, comme aménagement de la propriété classique.

341. Une superposition des droits doit vraisemblablement être écartée. La dissociation de la titularité de l'emprise physique et de la titularité des utilités n'a de sens qu'autant que l'on ne reconnaît pas au propriétaire « corporel » le droit de détruire sa chose. Si tel était le cas, c'est le système entier de la saisine qui serait nié car les utilités, choses incorporelles, trouvent leur source dans une chose corporelle⁶⁹⁵.

342. L'idée de cohabitation et de limitation réciproque des droits semble plus satisfaisante. A raisonner sur le même degré paroxysmique des pouvoirs du propriétaire, il pourrait sembler, à première vue, que le droit de repentir ou de retrait⁶⁹⁶, attribut du droit moral, permette à l'auteur d'une œuvre de l'esprit de la retirer du circuit d'exploitation pour en faire ce que bon lui semble.

343. La question prend toute sa dimension en matière d'œuvres d'art plastiques. On pourrait alors penser que l'exercice du droit de repentir par l'auteur d'une œuvre d'art plastique lui permettrait, postérieurement au retrait de celle-ci, de la détruire. Il serait alors le seul détenteur du droit de modifier ou de détruire la chose, prérogative attachée au droit de pro-

⁶⁹⁴ Sur les différences de classification entre Gaius et les juristes médiévaux, cf. Anne-Marie Patault, *Ibidem*.

⁶⁹⁵ Nous traitons bien de la distinction des droits sur l'objet matériel d'une part des droits intellectuels d'autre part. Un auteur a pu montrer la stratification de ces derniers entre un domaine éminent perpétuel correspondant peu ou prou au droit moral de l'auteur, et un domaine utile correspondant à l'exploitation de l'œuvre. Cf. Pierre Recht : *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ 1968, p.234 et suiv, spéc. p. 240 et 246.

⁶⁹⁶ Nous adoptons les définitions du professeur Debois pour qui le repentir se réfère à la rupture des contrats antérieurs à la publication de l'œuvre, le retrait se référant à la rupture des contrats postérieurs à cette publication. Cf. Desbois : *Rép. Dalloz, v° Propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} édition, n°374. Cf. également Colombet : n°163, p.148.

priété classique. L'article L.121-4 du Code de la propriété intellectuelle n'autorise cependant pas une telle vision. Le texte circonscrit précisément l'exercice du droit de repentir en ce qu'il est une exception notable à la force obligatoire du contrat. Son exercice est limité aux contrats de cession des droits d'exploitation et le texte en détermine précisément les conditions et les effets de cet attribut du droit moral⁶⁹⁷ sur les contrats relatifs aux droits pécuniaires. Aller au-delà du texte et de son domaine serait très certainement une erreur et, sur le point qui nous occupe, conduirait à une expropriation d'utilité privée, ce qui serait « *déraisonnable* » pour reprendre le mot du professeur Colombet⁶⁹⁸. Cet auteur relève ainsi que les entraves au droit de propriété sont prévues dans l'intérêt exclusif de l'exploitation des droits de l'auteur. Il s'agit donc d'un aménagement des utilités de la création au profit de l'auteur.

344. La règle doit toutefois être nuancée car il s'avère que, lorsque la création met en jeu d'autres créateurs, lorsqu'elle présente une vocation utilitaire ou technique marquée, ou qu'elle suppose de forts investissements, le Code prévoit parfois l'aménagement du droit moral, jusqu'à le réduire, dans certains cas, à sa plus simple expression⁶⁹⁹. Tel est le cas en matière d'œuvres audiovisuelles⁷⁰⁰, de logiciels⁷⁰¹ ou de brevets⁷⁰².

345. Si le créateur n'est pas titulaire de l'abusus concernant l'objet corporel, la logique commanderait que ce soit le propriétaire de celui-ci qui en soit le détenteur. Or rien n'est moins sûr car l'auteur ou ses ayant droit pourraient s'opposer à toute modification ou destruction de l'œuvre au nom du droit moral⁷⁰³. Le droit moral, droit attaché à la personne de

⁶⁹⁷ Pierre Recht pense cependant que le droit de repentir ou de retrait n'est pas un droit moral mais une simple exception au principe de force obligatoire du contrat. Si la place initiale du texte dans le titre II de la loi du 11 mars 1957 relatif à l'exploitation des droits patrimoniaux pouvait lui donner raison sur la forme, la codification a intégré le dispositif dans les droits moraux. Son opinion sur ce point demeure isolée en doctrine. Cf. Pierre Recht : op. cit., p.308.

⁶⁹⁸ Op. cit. n°173 p.152-153. En ce sens, cf. également Desbois : n°412 p.505. Gautier : n°128 p.193.

⁶⁹⁹ Cf. infra n°388s.

⁷⁰⁰ L'art. L.121-5 al. 2 du CPI interdit purement et simplement que soit détruite la matrice définitive. Toute modification devra recevoir l'assentiment du réalisateur, des coauteurs (« *éventuellement* ») et du producteur.

⁷⁰¹ L. 121-7, 2°). Le texte interdit l'exercice du droit de repentir à l'auteur d'une œuvre logicielle, à moins que le contrat de cession n'en dispose autrement.

⁷⁰² L'article L.611-9 du CPI reconnaît comme seul droit moral à l'inventeur le droit d'être mentionné comme tel dans le brevet. Il existe, en outre, un droit de retrait fondé sur l'article R.612-38 CPI. Ce retrait est discrétionnaire. Il ne peut toutefois intervenir que tant que le brevet n'a pas été délivré et doit être demandé par écrit. Si le retrait intervient avant la publication de la demande, il est pleinement efficace car les tiers n'auront pas eu connaissance de l'invention. S'il intervient postérieurement, l'invention tombe dans le domaine public. La logique et le formalisme du retrait d'une demande de brevet n'ont que peu de rapports avec le repentir ou le retrait en droit d'auteur.

⁷⁰³ Droit au respect de l'œuvre, art. L.121-1 al.1^{er} CPI. Cf. Bernard Edelman : *Le droit moral dans les œuvres artistiques*, D. 1982, p.263. Contra : Colombet : n°160 p.146. L'auteur fait valoir le caractère d'exception du droit d'auteur par rapport au droit commun de la propriété ainsi que le fait que le CPI n'a pas interdit la destruction des œuvres d'art par leur propriétaire. Il nous semble au contraire que la clef du conflit réside dans la

l'auteur⁷⁰⁴, ne saurait à notre sens souffrir une atteinte par le droit du propriétaire de l'objet corporel de détruire « sa » chose. Si cette faculté lui était reconnue, c'est un pan entier du droit moral qui serait remis en cause, car un simple pouvoir sur une chose, droit patrimonial, primerait sur un droit de la personnalité, ce que nous ne saurions admettre.

Si la loi impose, par l'obligation au respect de l'œuvre, de ne pas dénaturer celle-ci, elle impose donc a fortiori de ne pas la détruire. C'est au législateur et à lui seul qu'il revient d'aménager, de diminuer voire d'annuler tout droit moral. Le caractère d'ordre public du droit moral de l'auteur nous paraît être, en outre, une limitation efficace des droits de l'acquéreur d'un objet d'art⁷⁰⁵.

346. Le droit moral n'est cependant pas absolu. Son exercice ne doit pas être abusif⁷⁰⁶ et il peut parfois céder devant les impératifs inhérents à la nature de la création⁷⁰⁷. Mais il semble qu'il s'agisse de limites bien comprises, justifiées par des raisons autres (bonne foi, exigences techniques, fonction de l'œuvre nécessitant des adaptations dans le temps) que le droit du propriétaire sur l'objet corporel⁷⁰⁸.

347. La seule faculté de disposition dont dispose le propriétaire d'une œuvre d'art se manifeste donc par la possibilité de céder l'objet. Encore que cette faculté ne soit pas non plus discrétionnaire : un auteur a ainsi pu contraindre le propriétaire à la céder dans son intégralité

qualification de droit de la personnalité du droit moral opposé à ce droit patrimonial qu'est la propriété, fut-il le pinacle des droits patrimoniaux. Le personnalisme du droit d'auteur ainsi que la théorie des droits de la personnalité nous confortent dans cette opinion.

⁷⁰⁴ Desbois : n°381 p.470.

⁷⁰⁵ Civ. 1^{ère} 31 décembre 1961, Gaz. Pal. 1961, 1, p.406 (relatif au droit de paternité) ; Civ. 1^{ère} 6 juillet 1965, (Affaire *Buffet*), JCP 1965, II, 14339, concl. Lindon. Sur pourvoi formé contre CA Paris 30 mai 1962, D. 1962, jur. p.571, note Desbois.

⁷⁰⁶ Limite générale à l'exercice de tout droit. L'exercice du droit moral ne saurait ainsi être vexatoire : Civ. 1^{ère}, 14 mai 1945, JCP 1945, II, 2835, note R.C. ; D. 1945, jur. p.287, note Desbois ; S. 1945, 1, p.101, note Batifol. Pour une critique de l'application de la théorie de l'abus de droit au droit moral, cf. Frédéric Pollaud-Dulian : *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, chron. p.98.

⁷⁰⁷ Ainsi devra-t-il céder devant l'exécution de mesures de mise en conformité de l'œuvre d'architecture avec des dispositions légales d'ordre public, Crim. 3 juin 1986, D. 1987, jur. p.30 & note Edelman. Le propriétaire peut également, en raison du caractère utilitaire et de la fonction de l'œuvre d'architecture, effectuer des modifications justifiées par des impératifs techniques : Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1987 (Gillet c/ Ville de Lille), RIDA avril 1988 p.137 ; D. 1989, Somm. Comm. p.45, obs. Colombet ; JCP 1989, I, 3379, n°4, obs. Edelman. Cf. également Michel Huet : *Droit de l'architecture*, 3^{ème} édition, Economica, p.220 et suivantes. Il devra toutefois éviter toute dénaturation substantielle (affaire du *Théâtre des Champs-Élysées*, TGI Paris, 4 avril 1990, RIDA juillet 1990 p.386 Comm. Kéréver ; CA Paris 11 juillet 1990, RIDA octobre 1990 p.299 Comm. Kéréver p.249 ; D. 1992, Somm. Comm. p.17 obs. Colombet) et reste tenu des travaux normaux d'entretien (Civ. 3^{ème}, 3 décembre 1991, D. 1992, Somm. Comm. p.88, obs. Colombet).

⁷⁰⁸ Cf. toutefois Civ. 1^{ère}, 5 juin 1984, Bull. I, n°184 ; D. 1985, IR p.312, obs. Colombet. La Cour a pu juger dans cette affaire relative à une œuvre d'architecture que « l'exercice de son droit moral par l'auteur de l'œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge ».

et non par panneaux séparés⁷⁰⁹. La propriété d'une œuvre d'art est donc singulièrement la moins absolue qui soit puisque la faculté de disposer de l'auteur comme celle du propriétaire de l'objet corporel sont limitées : les droits de l'un viennent restreindre ceux de l'autre sur le terrain des utilités. Mais de destruction, point il ne semble être pouvoir question. L'œuvre d'art, et plus généralement toute création, marque du sceau de sa spécificité la propriété d'une création, comme si l'enrichissement commun qu'elle constitue commandait d'empêcher sa destruction.

348. Le débat autour de la question de l'image des choses engage toutefois une nouvelle réflexion sur la réelle distinction de la propriété classique et des propriétés intellectuelles. S'il peut y avoir un concours entre un créateur d'une part et le propriétaire de l'objet corporel d'autre part, il nous semble que l'intérêt de la question réside plutôt dans le point de savoir si l'on n'assisterait pas à un rapprochement des deux types de propriété, sous l'égide du droit commun.

349. L'ambivalence de la création intellectuelle se manifeste donc par la coexistence de plusieurs corps de règles, voire plusieurs systèmes des règles, sur une même chose : des droits attachés à la propriété du support de la création voisinent et sont limités par des droits intellectuels eux-mêmes stratifiés. Mis à part le cas de la réunion de la titularité des droits sur une même personne, chaque droit est susceptible d'être attribué à une personne différente, l'hypothèse la plus courante étant que le propriétaire de la chose corporelle soit en outre contractuellement ou légalement investi des droits d'exploitation, tandis que le créateur demeure investi de son droit moral. Les utilités de la chose sont diversement appréciées selon que l'on considère l'objet matériel ou le bien incorporel, leur dissociation et leur réservation se veulent tranchées et réglées chacune par un régime spécifique⁷¹⁰. Mais loin de s'ignorer, elles mènent une véritable cohabitation, chacune limitant l'autre dans sa définition comme dans son exercice.

La création intellectuelle est donc un bien incorporel, c'est-à-dire un droit sur une chose incorporelle susceptible d'une appropriation jugée socialement utile. Il semblerait en outre que la création intellectuelle possède cette propriété d'être reproductible à l'identique,

⁷⁰⁹ Affaire *Buffet*, Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1965, précité. La Cour a reconnu à l'artiste la faculté de veiller, après la divulgation de l'œuvre, à ce qu'elle ne soit pas dénaturée ou mutilée.

⁷¹⁰ Anne-Valérie Le Fur : *L'acte d'exploitation de la chose d'autrui*, RTD Civ. 2004, p.429.

ce qui confère à son exploitation une certaine particularité⁷¹¹. Il ne faut toutefois pas se méprendre : la reproductibilité n'implique pas que la création soit une chose de genre. Au contraire, il doit s'agir d'une chose déterminée.

Paragraphe deuxième : La création intellectuelle est un corps certain

350. La création est tributaire de la forme dans laquelle elle trouve son expression, dans la mesure où c'est la forme qui va déterminer l'étendue des droits accordés sur la création.

Il peut sembler paradoxal, voire même provocateur de qualifier la création de bien incorporel tout en lui reconnaissant les qualités d'un corps certain. Cette dernière notion ne doit cependant pas abuser : par corps certain on entend communément une chose déterminée et individualisée⁷¹². Le corps certain est donc, par opposition aux choses de genre, une chose aux contours déterminés, « *certain* ». Un corps certain ne se détermine pas en qualité ni en quantité, il se détermine de lui-même : les corps certains sont « *ceux dont l'individualité est marquée* »⁷¹³, ils sont des « *chose(s) individualisée(s) parce qu'elle(s) (sont) déterminée(s) dans leur individualité* »⁷¹⁴. Ils sont « *insusceptibles de quantité* »⁷¹⁵.

351. Or l'exigence de forme de la création est perçue comme une exigence d'existence : le droit ne saurait en effet concéder un monopole sur une chose inexistante, sauf dans l'hypothèse où l'existence future de cette chose est certaine. Mais l'exigence de forme est également perçue comme traduisant une nécessité de détermination des contours du bien, de l'identifier, de l'individualiser. Ce qui explique l'importance des éléments susceptibles de définir la chose en tant que création.

⁷¹¹ Cf. Partie II.

⁷¹² Par opposition aux choses de genre ou biens fongibles définis par le doyen Carbonnier comme étant « *les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire fonction les uns des autres, dans les paiements et les restitutions* ». Et d'ajouter : « *Les biens non fongibles sont ceux que l'on considère dans leur individualité et qui ne sauraient, partant, être remplacés les uns par les autres* ». Droit civil, les biens, Puf, n°53, p.96.

⁷¹³ Gérard Cornu : *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, Domat droit privé, 9^{ème} édition, n°948 p.371.

⁷¹⁴ Philippe Malaurie et Laurent Aynès : *Les biens*, Defrénois, n°155,p .44.

⁷¹⁵ Jean Carbonnier : *Droit civil, les biens*, Puf, n°53, p.97.

352. Le caractère « intellectuel » du bien serait-il alors un obstacle à cette exigence de précision ? Rien n'est moins certain si l'on considère que l'adjectif d'intellectuel désigne moins l'origine de la chose créée que sa nature au regard des classifications traditionnelles. La création est toujours déterminée dans une forme. C'est donc dans celle-ci qu'il faut rechercher les éléments d'individualisation.

353. L'exigence de forme est constante dans les différents droits relatifs aux créations intellectuelles⁷¹⁶. Il a été vu, en outre, que le principe d'exclusion des idées pouvait être compris, pour une partie de la doctrine comme n'étant que l'expression d'un critère de précision dans la forme⁷¹⁷. Ce n'est qu'à une double condition que la création revêt son individualité : à la condition de revêtir une forme précise et, surtout, différente de toute autre forme.

354. Ainsi, pour Monsieur Cherpillod, l'œuvre doit être « *communicable et déterminable* »⁷¹⁸ et c'est la forme qui joue ce double rôle⁷¹⁹. Il faut simplement rappeler que l'exigence de forme va de soi à travers l'exigence de déterminabilité. C'est, du reste, ce qu'enseigne Monsieur Gautier lorsqu'il évoque le critère de précision. Si la forme doit être précise, c'est bien pour que l'on puisse juger des conditions de fond de la création.

Autrement dit, l'exigence de forme est superfétatoire dans la mesure où si un examen des conditions de fond de la création est possible, c'est que la création revêt déjà une certaine forme⁷²⁰.

355. Sans entrer dans le détail de chaque type de création, il est d'ores et déjà possible de relever que les critères permettant de juger de la précision de la forme sont variables d'un régime à l'autre. Ainsi s'opposent deux extrêmes : à l'exigence de l'article L.612-5 alinéa premier du Code qui dispose que « *l'invention doit être exposée dans la demande de brevet de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter* » fait front le néant législatif du droit d'auteur comblé en jurisprudence et en doctrine par l'exigence de forme originale⁷²¹. Nous avons déjà pu avancer une hypothèse selon laquelle le fonctionna-

⁷¹⁶ Thomas Rabant : *La notion d'œuvre de l'esprit*, thèse précitée, n°78s p.55S.

⁷¹⁷ Cf. supra.

⁷¹⁸ *L'objet du droit d'auteur*, précité, n°3 p.18.

⁷¹⁹ Ibidem, n° 122 p.74.

⁷²⁰ Cf. supra.

⁷²¹ Le droit communautaire ne s'embarrasse pas de tant de subtilités relatives à la personnalité de l'auteur. Ainsi suffit-il que la création soit « *propre à son auteur* » pour être déclarée originale. Cf. infra n°593.

lisme des créations industrielles ne saurait s'accorder avec une certaine imprécision législative⁷²².

Quoi qu'il en soit, c'est dans la forme que s'imprime le travail de l'esprit du créateur. La création ne peut donc pas s'affranchir de sa relation avec son « père », au risque de perdre sa spécificité et de n'être considérée comme un bien au même titre qu'un autre.

SECTION II : La dérive vers une analyse purement économique : l'investissement contre la création

356. Il est remarquable que l'époque contemporaine sache si bien se souvenir des antiques privilèges⁷²³. La propriété intellectuelle servirait ainsi de terre d'élection à la protection des investissements, à la protection de la rentabilisation des contrats de cession de droits, et peut-être bien au détriment de sa mission première consistant à encourager la création. Cette évolution met en péril l'intérêt même d'un droit de la création intellectuelle. La durée des monopoles est aujourd'hui contestée par les tenants de la rentabilité.

Or la recherche d'une valeur sûre paraît antinomique avec l'idée de risque inhérente à toute innovation. Le droit de la création intellectuelle, cédant peu à peu à ces démons, risque de perdre son originalité et, ce qui est plus grave, de rompre l'équilibre si fragile et si difficilement entretenu entre les intérêts privés issus de la propriété et les intérêts de la collectivité

⁷²² Cf. supra.

⁷²³ Philippe Gaudrat : *Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information »*, deuxième partie, RTD Com. 2003, p.285, spéc. p. 286.

issus d'un droit à l'information⁷²⁴. Il semble en effet que, malgré le caractère secondaire de l'élément valeur dans la définition de la création intellectuelle (paragraphe premier), l'on soit en passe de constater la mise en danger de la protection des créations intellectuelles au profit de celle de l'investissement qu'il convient de stigmatiser mais aussi de relativiser (paragraphe deuxième).

Paragraphe premier : La valeur élément secondaire de la définition de la création

358. La notion de valeur semble indissociable de la notion de bien. Nous avons ainsi pu retenir une définition du bien incluant la valeur de celui-ci : un bien est un droit sur une chose qui est utile à l'homme, susceptible d'appropriation et qui, par son utilité et sa rareté, dispose d'une valeur pécuniaire permettant sa négociation sur le marché. Mais la valeur de la chose n'est que la résultante de sa qualité de bien (1). Elle n'en est pas le critère qui réside, comme nous l'avons vu, dans l'utilité et l'appropriabilité de la chose. Il est dès lors logique qu'elle soit absente de la définition de la création (2). Le Code de la propriété intellectuelle prend toutefois en considération la valeur de la création lorsqu'il s'agit de protéger le créateur (3).

1- La valeur, conséquence de la qualité de bien

359. Il semblerait que, « *utile et rare, tout élément matériel (...) ou tout élément immatériel (...) constituent des « valeurs » et l'économie les reconnaît comme telles* »⁷²⁵. L'économie ne s'occupe au demeurant que de telles valeurs. Est-ce pour autant la tâche du droit que de poser au premier plan de la définition des biens cette idée de valeur ?

⁷²⁴ La finalité sociale des propriétés intellectuelles a été par ailleurs évoquée. Sans doute pourrait-on gloser sur l'énoncé d'un tel droit qui, sous une peau si froide, cache, entre autres, un droit à l'édification, un droit à la culture dont tout être humain dispose théoriquement.

⁷²⁵ Jean-Marc Mousseron : *Valeurs, biens, droits*, in mélanges Breton-Derrida, p.277.

360. La valeur peut être entendue comme le caractère mesurable d'un bien en tant qu'il est susceptible d'être échangé. Ainsi, le prix d'une marchandise indique sa valeur d'échange dans un marché donné. Il convient toutefois de distinguer ce qui *a* une valeur (sens abstrait) de ce qui *est* une valeur (sens concret). Dans les deux cas, il apparaît qu'il n'y a de valeur que pour et par le désir. La valeur est une notion relative, elle est ce qui est désirable et elle n'est désirable que parce qu'elle est désirée. Autrement dit, ce qui vaut c'est ce qui plaît, c'est-à-dire ce qui réjouit un individu dans une société donnée. Spinoza remarque ainsi que « *nous ne nous efforçons à rien, nous ne voulons, n'apprécions ni ne désirons aucune chose, parce que nous la jugeons bonne ; mais, au contraire, nous jugeons qu'une chose est bonne parce que nous nous efforçons vers elle, la voulons appétons et désirons* »⁷²⁶.

361. L'appropriabilité, la commercialité d'une chose lui confère alors une valeur exprimable en monnaie, permettant ainsi son échange sur le marché. La plus ou moins relative rareté du bien lui confère donc, en fonction du désir de se l'accaparer, un prix plus ou moins élevé. Au niveau du droit, cette évolution serait perceptible en général : « *la notion de chose matérielle tend à passer au second plan et même à s'effacer derrière celle de bien pris comme synonyme de « valeur ».* La réalité économique prend le pas sur la réalité juridique »⁷²⁷.

362. Du point de vue juridique toutefois, ce n'est que parce que le droit permet à une chose de devenir un bien qu'elle acquiert sa valeur. Sa valeur morale d'abord : la chose doit être dans le commerce. Sa valeur économique ensuite : la chose, une fois dans le commerce, peut faire l'objet d'échanges par contrat, supposant une contrepartie la plupart du temps, que l'on peut espérer équilibrée sans pour autant qu'elle le soit obligatoirement.

363. Il est alors d'usage de distinguer entre la valeur d'usage et la valeur d'échange. La première réside dans l'utilité de la chose, la deuxième apparaissant comme le « *rapport quantitatif, comme la proportion dans laquelle des valeurs d'usage d'espèce différente s'échangent l'une contre l'autre, rapport qui change constamment avec le temps et avec le lieu* »⁷²⁸. Marx a toutefois pu montrer que ce qui faisait la substance de la valeur c'était le travail. Il écrit : « *Pour produire des marchandises, il doit non seulement produire des valeurs d'usage, mais des valeurs d'usage sociales. Enfin, aucun objet ne peut être une valeur s'il n'est une chose utile. S'il est inutile, le travail qu'il renferme est dépensé inutilement et con-*

⁷²⁶ Ethique, III,9.

⁷²⁷ Patrice Jourdain : précité, n°3 p.5.

⁷²⁸ Karl Marx : Le capital, Chap. 1^{er}, La marchandise, trad. J. Roy, Garnier-Flammarion, p.41-42.

séqueusement ne crée pas de valeur »⁷²⁹. Plus loin : « De même que la marchandise doit avant tout être une utilité pour être une valeur, de même le travail doit être avant tout utile, pour être censé dépense de la force humaine, travail humain, dans le sens abstrait du mot »⁷³⁰.

Autrement dit, la valeur d'un bien découle à la fois du travail en tant que dépense physiologique mais aussi du travail motivé par un but particulier, par une utilité. Or nous avons pu définir l'utilité comme une appréciation socialement fondée de la fonction, de l'appropriabilité et de la négociabilité des choses. Un bien n'acquiert donc de la valeur que pour autant qu'il remplisse une utilité. Et il en va de la création intellectuelle comme des autres biens : fruit du travail de la pensée humaine, la création doit être jugée socialement utile pour que soit reconnue sa valeur.

363. L'évolution contemporaine a toutefois marqué la reconnaissance de nouveaux biens exclusivement fondés sur la valeur, hors de tout rapport au travail. Tel est le cas des actions⁷³¹. L'action est définie comme étant non seulement le droit de l'associé dans une société de capitaux mais également le titre représentant le droit⁷³². La valeur d'échange de l'action se détermine soit par la cote en bourse lorsque la société est cotée, il s'agit de la valeur boursière, soit en fonction du bilan de la société lorsque celle-ci n'est pas cotée⁷³³. Une certaine analyse fait des valeurs mobilières⁷³⁴ des biens abstraits car « *elles se distinguent des biens qui sont dans le patrimoine de la société émettrice* » ou encore parce qu' « *elles sont une représentation d'un ensemble de droits (et parfois d'obligations) que le législateur a voulu réunir dans une sorte d'entité spécifique, faite pour circuler dans le commerce électronique* »⁷³⁵.

364. Si l'on peut toujours, en dernière analyse, rattacher la valeur d'une action au travail, c'est-à-dire à l'activité déployée par les salariés de la société lorsque celle-ci n'est pas cotée, le lien demeure extrêmement ténu lorsque l'on se place dans le cadre d'un marché ré-

⁷²⁹ Précité p.45.

⁷³⁰ Précité p.49.

⁷³¹ René Savatier : Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, Dalloz 1959, n°515 p.192.

⁷³² G. Ripert et R. Roblot : *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 2, Les sociétés commerciales par Michel Germain, L.G.D.J. 18^{ème} édition, n°1507 p.307. Par opposition aux parts sociales ou intérêt désignant le droit né du contrat de société au profit de chaque associé dans le cadre d'une société de personnes, Cf. ibid. n°1080 p.62.

⁷³³ Ibid. n°1508.

⁷³⁴ Définies par l'article L.211-2 du Code monétaire et financier comme « *les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance générale sur son patrimoine* ».

⁷³⁵ Paul Le Cannu : *Droit des sociétés*, 2^{ème} édition, Montchrestien, Domat droit privé, n°1033 p.656.

glementé. En effet, ce qui va faire la valeur de l'action dans cette dernière hypothèse, ce n'est plus le travail contribuant à accroître les profits, mais le seul désir fondé sur la croyance dans la plus ou moins bonne santé financière d'une société.

Le doyen Savatier expliquait ainsi la chose : « *il peut suffire que des biens aient été apportés à une société par actions pour qu'en un clin d'œil, ils se fécondent dans leur puissance et leur efficacité. Le prix des actions peut alors représenter bien plus que l'addition mathématique des biens apportés. A l'inverse, il arrive aisément que la masse totale des biens de la fortune sociale vaille, au cours de la vie de la société, plus que l'ensemble des actions. Le fisc, d'une part, la spéculation d'autre part, ne sont pas étrangers à ces résultats. Mais ils correspondent aussi à des réalités économiques, l'efficacité étant différente pour les biens affectés à l'objet social, et pour les biens qui, par hypothèse, seraient distribués entre les associés* »⁷³⁶.

365. Il serait dès lors possible de s'interroger sur pareille évolution concernant la création intellectuelle. Il apparaît toutefois que celle-ci doive nécessairement être épargnée par ce courant, dans la mesure où la spécificité de la création est d'être le fruit d'un travail intellectuel. La création est le fruit d'une activité tandis que les valeurs issues de la spéculation sont issues de la rareté. Le droit contemporain a par ailleurs pris soin de distinguer les droits sur les créations en tant que telles des droits issus de l'investissement et du retour sur investissement en vue du développement et de l'exploitation d'une création⁷³⁷. Le lien entre création et travail ne saurait être nié et l'analyse classique de la valeur demeure pertinente dans notre hypothèse.

365bis. Si l'appropriabilité d'une chose lui confère une valeur permettant son échange sur le marché⁷³⁸, cette valeur découle directement de cette appropriabilité, autrement dit de la juridicisation d'une chose en bien. Or la qualité de bien est avant tout attribuée à ce qui est utile, qualité reconnue socialement et résidant dans la fonction et dans l'opportunité de l'appropriation de la chose considérée. Cette appropriation de la chose n'étant qu'une manière de comprendre la relation de propriété établie et organisée par le droit, cela revient à poser que la valeur, conséquence de la qualité de bien, est directement la conséquence de la juridicisation des choses par l'appropriation de celles-ci. Il est toutefois possible de voir dans le droit

⁷³⁶ Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, précité, p.193.

⁷³⁷ Cf. infra n°388.

⁷³⁸ Cf. Supra n°361.

lui-même la fabrication de la rareté, et donc de la valeur, par la fabrication de réponses à des besoins apparemment inexistant⁷³⁹.

La valeur d'un bien dans l'acception classique, qui demeure de mise en ce qui nous concerne, n'est donc que la conséquence de sa qualité de bien, non un élément de sa définition. Classiquement donc, la valeur est un élément absent des critères de la création.

2- La valeur, élément absent des critères de la création

366. Bien que sous-jacente dans la notion de bien, la valeur n'entre pas dans la définition même des créations intellectuelles. Mieux ! Elle s'avère perturbatrice dans la mesure où son appréciation s'avère toujours extrêmement délicate en matière de propriété intellectuelle⁷⁴⁰.

A s'en tenir à une approche catégorielle, force est de constater tout d'abord que la notion de valeur n'entre en aucune façon dans la définition de la création.

367. Ainsi l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle se contente-t-il d'une liste non exhaustive d'œuvres de l'esprit. Dérobade ou impuissance avérée ? Toujours est-il que le droit d'auteur reste en quête d'une définition de l'œuvre de l'esprit⁷⁴¹. S'il est indéniable qu'un livre, une composition de musique, une photographie, un logiciel ou une création de l'industrie saisonnière disposent d'une valeur, celle-ci risque de peiner à intégrer une définition légale inexistante. Une œuvre de l'esprit n'est pas, du reste, protégée parce qu'elle représente une valeur. Elle l'est en raison du lien qu'elle entretient avec son auteur⁷⁴². Le déve-

⁷³⁹ Michel Vivant : Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. A la recherche d'un nouveau paradigme, conférence prononcée dans le cadre de l'Université de tous les savoirs, disponible sur

⁷⁴⁰ En témoigne les difficultés soulevées par l'appréciation du préjudice en matière de propriété intellectuelle, Cf. Fabrice Siirainen : *Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique*, in *Le droit au défi de l'économie*, sous la direction de Yves Chaput, publication de la Sorbonne, 2002, actes du colloque du 23 Mars 2001, à la Sorbonne, consacré aux « *Sciences juridiques de l'économie. Un défi pour les économistes et juristes européens* ».

⁷⁴¹ V. La proposition de Thomas Rabant : *La notion d'œuvre de l'esprit*, Thèse précitée. Cf. Valérie-Laure Bénabou : *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI janvier 2005, p.53.

⁷⁴² Inversement, à une époque où le droit d'auteur était inconnu, Gaïus réglait la question de la propriété d'une chose corporelle en fonction du critère du principal recherché dans la valeur : la peinture étant plus précieuse que la planche, celle-ci est nécessairement la propriété du peintre. Cf. Supra.

loppent de droits spécifiques destinés à protéger la valeur d'une création ou, du moins, à en assurer le retour sur investissement confirment cette idée.

368. Le droit des dessins et modèles confirme, sur le terrain des arts appliqués, qu'une création ressortant de ce domaine est protégée au titre du livre V du Code dès lors qu'elle est nouvelle et qu'elle présente un caractère propre⁷⁴³. Il n'est pas question de subordonner la protection à la démonstration de la valeur du dessin ou du modèle considéré.

369. Semblable remarque peut enfin frapper la définition de l'invention. Le Code procède, en la matière, non pas par énumération, mais par retranchements successifs. L'invention n'est donc pas une découverte, une théorie scientifique ou une méthode mathématique, ni une création esthétique, ni encore un plan, un principe, une méthode ou un programme d'ordinateur, ni enfin une présentation d'informations.

370. La doctrine déduit toutefois des exigences posées par l'article L.611-10 alinéa premier du Code que l'invention est une création technique⁷⁴⁴, ou, intégrant la double dimension opératoire et intellectuelle, qu'« *il y a invention dès lors qu'un processus intellectuel, quel qu'il soit, permet d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet produit – dès lors, en un mot, qu'il y a « production » de ce résultat* »⁷⁴⁵. Là encore, si la raison d'être d'un droit des brevets réside dans la récompense accordée à celui qui enrichit la collectivité d'une invention, la protection n'est pas accordée en raison de la valeur de celle-ci.

371. Il semblerait qu'il faille toutefois nuancer. Car si la notion de valeur est absente de la notion d'invention, elle sous-tend le droit des brevets bien plus qu'elle ne sous-tend le droit d'auteur. Un brevet ne sera en effet délivré que pour autant que l'invention implique une activité inventive, qu'elle soit nouvelle, et qu'elle soit susceptible d'application industrielle⁷⁴⁶. L'intérêt porté à l'exploitation de l'invention ainsi que les critères posés par le Code montrent qu'une invention n'est protégée qu'au regard de l'apport social qu'elle constitue. Autrement dit, c'est une valeur que l'on chercherait à protéger, valeur s'exprimant à travers l'intérêt porté à l'exploitation de l'invention.

⁷⁴³ Art. L.511-2 CPI.

⁷⁴⁴ « *Sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ».

⁷⁴⁵ Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière : *Réinventer l'invention ?*, prop. intell. Juillet 2003 n°8 p.286.

Michel Vivant : *Le droit des brevets*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition p.23.

⁷⁴⁶ Le caractère « opératoire » tel qu'analysé par Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière in article précité.

372. L'on pourra toujours opposer que, parce qu'elle enrichit le patrimoine de l'humanité, la création possèdera une valeur qui sera fonction de sa plus ou moins grande utilité, en fonction du plus ou moins grand désir qu'elle suscitera. Il n'est pas question de nier pareille objection. Mais il convient de rappeler que la valeur, si elle est attachée à la création en tant que bien, ne constitue pas pour autant un élément de sa définition. La valeur n'est que la conséquence de l'existence de la création, non sa condition.

373. En second lieu, entre autres particularités que l'on veut bien leur accorder, les droits de propriété intellectuelle présentent celle, remarquable, d'être relativement réfractaires à l'évaluation. S'il demeure, en théorie du moins, relativement aisé de mesurer les fruits de l'exploitation passée d'une création, la mesure du futur est pour le moins hasardeuse. En effet, celle-ci suppose une correcte évaluation du succès de la création considérée auprès du public visé, rapprochant parfois l'étude de marché de l'art beryllistique.

374. La prudence doit ainsi être de rigueur lorsque s'opère une licence ou une cession⁷⁴⁷ de brevet moyennant une rémunération ou un prix sous forme de redevance proportionnelle au chiffre d'affaires. La jurisprudence considère en effet que le prix sera indéterminé dès lors qu'il n'est pas possible de le déterminer en vertu des clauses même du contrat⁷⁴⁸. Or se pose le problème de la déterminabilité du prix sous forme d'intéressement du vendeur ou du concédant lorsqu'un minimum d'exploitation n'est pas fixé dans le contrat. Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi pu considérer que le prix de cession d'un brevet était indéterminable lorsqu'il était fonction d'une exploitation dont aucun seuil minimum n'avait été fixé⁷⁴⁹.

3- La prise en considération de la valeur comme élément de protection du créateur

375. La création étant un bien, elle dispose donc d'une valeur économique qui est la résultante de sa commercialité. Mais, cela vient d'être vu, cette valeur n'est pas en soit un élément de sa définition. Il est toutefois remarquable que lorsque le Code de la propriété intellectuelle envisage les contrats ayant pour objet soit le fait de créer, soit la cession d'un droit d'exploitation, il semble faire de la question de la valeur un élément de protection du créateur.

⁷⁴⁷ Qualifiée de vente : Cf. A. Chavanne et J.-J. Burst : n°271 p.181.

⁷⁴⁸ CA Paris, 22 novembre 1972, D. 1973, jur. p.93 note Ph. Malaurie.

⁷⁴⁹ TGI Paris, 13 avril 1988, PIBD 1988, III, p.389. Cf. A. Chavanne et J.-J. Burst : n°277 p.182.

Lorsque la valeur de la création est envisagée, c'est toujours pour marquer celle-ci du sceau de sa spécificité au sein de la catégorie des biens : parce qu'elle est le fruit du labeur intellectuel, la création donnera lieu à certaines prérogatives à son créateur sur le terrain pécuniaire (b). Il convient de faire un bref rappel de droit commun pour mesurer cette particularité (a).

a) Biens et valeur en droit commun

376. L'idée de valeur semble, à quelques exceptions près, étrangère au droit commun. Fidèle à l'esprit libéral dont on a voulu le parer, le Code civil fait donc de la valeur un élément secondaire des relations contractuelles. Il faut toutefois remarquer la tendance nette de la jurisprudence contemporaine qui vérifie de plus en plus l'équilibre des prestations au sein des contrats synallagmatiques, dans l'unique but de préserver les intérêts des cocontractants.

377. L'article 1110 du Code civil dispose en effet que « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ». Etendue de façon constante par la jurisprudence aux qualités substantielles de la chose, l'erreur ne saurait en aucun cas être une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur la valeur de la chose objet du contrat⁷⁵⁰. Certains détours avaient cependant été empruntés via l'article 1129 pour faire du prix une condition de formation du contrat^{751 752}, mais c'est sur le terrain de son exécution que la Cour de cassation a déplacé son contrôle⁷⁵³. Nonobstant les dispositions spéciales qui font du prix une condition de formation du contrat⁷⁵⁴, son absence

⁷⁵⁰ Com. 26 mars 1974, Bull. IV, n°108. Com. 18 février 1997, Bull. n° IV, n°55, JCP 1997, I, 4056, n°5s, obs. Loiseau ; LPA 10 août 1999, note Courtier.

⁷⁵¹ Civ. 1^{ère}, 9 mai 1996, CCC 1996, n°136, obs. Leveneur ; D. 1997, Somm. p.176, obs. D. Mazeaud. Un contrat synallagmatique commutatif peut toutefois être annulé pour vil prix. Dans ce cas, il est considéré que la cause de l'obligation est défailante en raison de l'absence de contre-prestation sérieuse. V. A. Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 6^{ème} édition, n°36 p.31 (vente), n°322 p. 229 (bail).

⁷⁵² Il convient en outre de réserver l'hypothèse de la lésion qui vient protéger certaines catégories de cocontractants (incapables) quels que soient les types de contrats, ou qui viennent protéger tous les cocontractants dans certaines hypothèses de contrats (vente d'immeuble, vente d'engrais et de semences, assistance ou sauvetage maritime, partage, cession de droits d'auteur).

⁷⁵³ AP 1^{er} décembre 1995, Bull. n°9 ; Bull. inf. C. cass. 15 janvier 1996 p.10, conclusions Jéol, note Fosse-reau ; D. 1996, jur. p.13, conclusions Jéol, note Aynès ; JCP 1996, II, 22565, conclusions Jéol, note Ghestin ; Gaz. Pal. 1996, 1, 626, conclusions Jéol, note de Fontbressin ; Def. 1996, p.747, obs. Delebecque ; RTD Civ. 1996 p.153, obs. Mestre. Confirmé à maintes reprises, notamment par Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Bull. n°54, D. 2001, AJ 1172, obs. Avena-Robardet ; ibidem Somm. p.3239, obs. Aynès ; Def. 2001, p.696, obs. Savaux ; CCC 2001, n°103, note Leveneur.

⁷⁵⁴ Par exemple les articles 1589 et 1591 relatifs à la vente. Cf. aussi Com. 9 juillet 1996, Bull. IV n°205, JCP 1996, II, 22721, note Stoufflet ; Def. 1996 p.1363, obs. Delebecque ; CCC 1996, n°182, Obs. Leveneur :

ou sa disproportion avec la chose objet du contrat sont simplement susceptibles de caractériser la mauvaise foi du cocontractant.

378. La valeur paraît mieux considérée sur le terrain de l'exécution du contrat. S'il faut réserver l'hypothèse d'un abus dans la fixation du prix⁷⁵⁵, un changement de circonstances n'autorise pas le juge à réviser la valeur des prestations pour des raisons d'équité⁷⁵⁶. Si la reconnaissance d'une obligation de renégocier le contrat paraît souhaitable dans cette hypothèse, le déséquilibre structurel du contrat reste pour une large part ignoré par le juge⁷⁵⁷, sauf à vider de sa substance la prestation caractéristique de l'une des parties⁷⁵⁸ et hors les cas où ce déséquilibre est la conséquence d'un vice du consentement⁷⁵⁹.

Demeurent alors quelques dispositions spécifiques et, surtout, l'imagination de la pratique dans la création de clauses visant au rééquilibrage du contrat en cours d'exécution⁷⁶⁰.

b) Création intellectuelle et valeur : Le créateur protégé.

379. Le Code de la propriété intellectuelle aborde d'une manière sensiblement différente les questions de la valeur dans le cadre des contrats de la création. Cette approche manifeste un réel souci de protection du créateur dans la mesure où il s'agit de le faire bénéficier des fruits de son labeur. Il faut distinguer les contrats qui portent sur le fait de créer des contrats portant sur l'exploitation des créations. Il sera fait une place à part à l'hypothèse spécifique du droit de suite de l'auteur d'une œuvre d'art graphique ou plastique.

L'absence d'application de l'article 1129 (en matière de taux d'intérêts d'un compte courant) ne dispense pas du respect des textes relatifs aux taux d'intérêt.

⁷⁵⁵ AP 1^{er} décembre 1995, précité.

⁷⁵⁶ Civ. 6 mars 1876, Affaire dite du Canal de Craponne, DP 1876, 1, p.193, note Giboulot ; S. 1876, p.161, GAJC 11^{ème} édition, n°163. Solution réitérée : Com. 18 décembre 1979, Bull. n°339 ; JCP 1980, IV, 85 ; RTD Civ 1980, p.780, obs. Cornu. Civ. 3^{ème}, 30 mai 1996, CCC 1996, n°185, obs. Leveneur.

⁷⁵⁷ Fidèle à la vision classique du contrat, nécessairement juste dirait Fouillée, ce qui n'interdit pas les bonnes affaires, Cf. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, Bull. I, n°131).

⁷⁵⁸ Affaire Chronopost, Com. 22 octobre 1996, Bull. IV, n°261 ; GAJC, 11^{ème} édition, n°156 ; D. 1997, jur. p.121, note Sériaux ; Def. 1997 p.333, note Mazeaud ; D. 1997, Somm. p. 175, Obs. Delebecque ; JCP 1997, II, II, 22881, note Cohen ; RTD Civ. 1997 p.418 obs. Mestre.

⁷⁵⁹ Toute erreur sur les qualités substantielles peut ainsi amener une erreur sur la valeur. Le dol rend en outre toute erreur excusable, même l'erreur sur la valeur (V. Civ. 3^{ème}, 21 février 2001, Bull. III, n°20). Tel est le cas enfin du vice de violence et notamment de la violence économique définie par la Cour de cassation comme « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne » (Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, Bull. I, n°108)..

⁷⁶⁰ Sur ce point Cf. Gaël Piette : *La correction du contrat*, thèse Pau, 2001.

◆ Concernant les contrats emportant obligation de créer.

Le Code adopte, selon la nature de la création, une attitude différente.

380. Une rémunération supplémentaire peut tout d'abord être exigée au bénéfice du créateur. Tel est le cas des inventions faites par le salarié dans l'exécution d'un contrat de travail comportant une mission inventive⁷⁶¹. Le texte prévoit en effet, depuis la loi du 26 novembre 1990, que le salarié bénéficie d'une rémunération supplémentaire qui, nous dit la Cour de cassation, n'entretient pas nécessairement un lien avec le salaire usuel reçu par le salarié⁷⁶².

La question pourrait se poser de savoir si cette rémunération supplémentaire doit s'entendre comme une simple faculté reconnue à l'employeur. Il semblerait que ce soit le cas, à en croire une partie de la doctrine pour qui « *les contrats de travail, les conventions collectives, les accords d'entreprise peuvent parfaitement prévoir l'obligation pour l'employeur* » de verser une telle rémunération⁷⁶³. Il apparaît toutefois que l'employeur ne bénéficiera pas d'une telle option. Le texte prévoit en effet que ce sont les conditions d'attribution de cette rémunération qui sont fixées par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail. Le présent de l'indicatif du verbe bénéficier semble indiquer que le principe d'une rémunération supplémentaire est acquis en cas d'invention de mission. Mieux : la rémunération supplémentaire revêt un caractère impératif⁷⁶⁴.

381. Dans l'hypothèse voisine des inventions hors mission, mais rendues attribuables à l'employeur⁷⁶⁵ - parce que développées à l'occasion du rapport de travail mais non dans le

⁷⁶¹ Art. L. 611-7, 1°) CPI.

⁷⁶² Com. 21 novembre 2000, JCP 2001, II, 10463, note Galloux ; JCP éd. E 2001, p.275, note Galloux ; D. 2002, Somm. p.1188 obs. Raynard. La Cour de cassation valida en l'espèce la décision des juges du fond octroyant à l'inventeur une rémunération supplémentaire de 4 millions de francs. La Commission des inventions de salariés avait auparavant lié salaire et rémunération supplémentaire en retenant pour celle-ci un taux moyen correspondant à deux ou trois mois de salaire : Rep. min. n°16171, JOAN 3 octobre 1994, p.4911.

⁷⁶³ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°148 p.118. Souligné par nous. Cf. également Jean-Marc Mousseron : Droit des brevets d'invention et loi du 26 novembre 1990, JCP 1991, I, 3503, spéc. n°38.

⁷⁶⁴ Thierry Revet : *La force de travail (étude juridique)*, thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1992, n°278 et suiv., p.303 et suiv.

⁷⁶⁵ Lequel dispose d'une option entre d'une part se faire attribuer la jouissance de l'invention, c'est-à-dire se faire concéder une licence, et d'autre part se faire attribuer la propriété de l'invention.

cadre du contrat de travail⁷⁶⁶ - le Code prévoit que le salarié a droit au paiement d'un juste prix.

La doctrine s'est partagée sur la question de savoir si ce droit d'attribution portait sur l'invention ou sur le brevet⁷⁶⁷. La jurisprudence a tranché en admettant que le juste prix tend à rémunérer la levée d'option par l'employeur d'une invention et non d'un brevet⁷⁶⁸. S'agissant d'une invention hors mission mais entretenant un lien avec les fonctions du salarié, l'activité de l'employeur, ou développée grâce aux moyens de celui-ci, le Code impose fort logiquement aux autorités qui auront à fixer le juste prix de faire la part entre les apports respectifs du salarié et de l'employeur. L'appréciation de ce juste prix doit se faire à la date où s'effectue l'attribution de l'invention à l'employeur et il doit être tenu compte « *des perspectives normalement espérées alors, ainsi que de la part du salarié dans la conception de l'invention (...)* »⁷⁶⁹. La Commission des inventions de salariés a ainsi pu fixer des justes prix très variables⁷⁷⁰.

382. Il est notable que, dans les deux hypothèses qui viennent d'être évoquées, la nature de la somme allouée n'est pas la même. Ainsi la rémunération supplémentaire est-elle considérée comme un complément de salaire⁷⁷¹, le juste prix n'étant pas considéré comme tel⁷⁷².

383. Le droit d'auteur emporte, sur ce point, dérogation au droit commun du contrat de travail. L'article L.111-1 al.3 dispose en effet que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit* » de propriété incorporelle. Monsieur Revet explique ainsi que « *le salaire, contrepartie de la mise à disposition de la force de travail, constitue, en principe, la cause suffisante de la propriété de l'employeur sur le travail et ses résultats (...)*

⁷⁶⁶ Art. L.611-7, 2°) : Invention « *faite par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise ou de données procurées par elle* ».

⁷⁶⁷ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°152 p.120.

⁷⁶⁸ CA Paris 17 Octobre 1989, PIBD 1990, III, p.94 ; Ann. Prop. ind. 1992, p.291 ; RTD Com. 1990, obs. Chavanne et Azéma. CA Paris 23 octobre 1996, D. 1997, Somm. p.333, obs. Mousseron.

⁷⁶⁹ CA Paris, 17 octobre 1989 précité.

⁷⁷⁰ Dans une fourchette allant de 50000F à 700000F, Rép. min. n°16171 précitée.

⁷⁷¹ Elle est, à ce titre, imposée dans la catégorie des traitements et salaires (instruction du 1^{er} septembre 1980, BODGI 5 G-16-80). L'article L.611-7, 1°) al.2 attrait toutefois le contentieux de la rémunération supplémentaire à la connaissance de la commission de conciliation ou à celle du TGI.

⁷⁷² Il est imposé dans la catégorie des BNC (instruction du 1^{er} septembre 1980, précitée). Son contentieux relève donc du juge des brevets, et non du Conseil des prud'hommes, CA Versailles, 6 octobre 1989, RTD Com. 1990, p.201, obs. Chavanne et Azéma. Cf. art. L.611-7 2°) al.2.

l'œuvre de l'esprit ne peut être attribuée originellement et automatiquement à l'employeur », exception faite de l'œuvre collective⁷⁷³. S'agissant d'une œuvre individuelle, l'employeur, ou le commanditaire dans le cadre d'un contrat de commande, devra alors se faire consentir une cession de droits sur l'œuvre emportant une rémunération proportionnelle ou forfaitaire⁷⁷⁴, selon les cas, au profit de l'auteur.

◆ Concernant les contrats d'exploitation ou de cession des créations.

384. Le créateur doit être « intéressé » à une exploitation heureuse de sa création lorsque celle-ci fait l'objet d'une exploitation par un tiers. L'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi la possibilité pour l'auteur ayant cédé ses droits d'exploitation de « *provoquer la révision des conditions de prix du contrat* » dans l'hypothèse d'un déséquilibre initial de plus des sept douzièmes (lésion), ou par suite d'une « *prévision insuffisante des produits de l'œuvre* » (admission de l'imprévision)⁷⁷⁵, mais seulement lorsque la rémunération consentie est forfaitaire.

385. Dans le même ordre d'idées, lorsque le brevet fait l'objet d'une exploitation sous forme de licence, le licencié est tenu de payer des redevances au concédant⁷⁷⁶. Celles-ci peuvent être fixes, mais elles peuvent également être proportionnelles au chiffre d'affaires réalisé par le licencié, à condition toutefois que le prix soit déterminable⁷⁷⁷. Dans ce dernier cas, le Tribunal de grande instance de Paris a été jusqu'à admettre, en l'absence de clause, que le licencié contracte une obligation implicite de reddition des comptes à l'égard du concédant permettant à celui-ci de vérifier la véracité des déclarations de chiffre d'affaire⁷⁷⁸.

386. Il en va de même lorsque le brevet fait l'objet d'une cession. Le prix de celle-ci peut être forfaitaire, mais il peut également être fixé sous la forme de redevances proportion-

⁷⁷³ Thierry Revet : *La force de travail (étude juridique)*, thèse précitée, n°252 p.268.

⁷⁷⁴ La rémunération forfaitaire est une simple possibilité ouverte dans des cas limitativement énumérés par l'article L.131-4 CPI. Le principe reste donc celui de la participation proportionnelle.

⁷⁷⁵ Sur la distinction entre les deux actions et le moment d'appréciation du déséquilibre : CA Versailles 9 juin 1986, D.1987, Somm. 156, obs. Colombet ; Gaz. Pal. 1986, 2, p.630, note Frémont ; RIDA janvier 1987, p.243, note Oberthür.

⁷⁷⁶ Qui n'est pas, du reste, obligatoirement le créateur, mais simplement le titulaire du titre de brevet.

⁷⁷⁷ Cf. supra.

⁷⁷⁸ TGI Paris 13 avril 1988, PIBD 1988, III, p. 389.

nelles au chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire. Le contrat de cession de brevet s'analysant en une vente, il est soumis au droit commun et ne fera pas l'objet d'attentions particulières sur le point qui nous occupe.

◆ S'agissant de l'hypothèse particulière du droit de suite.

387. La règle est que l'auteur d'une œuvre graphique ou plastique dispose, « *nonobstant toute cession de l'œuvre originale, un droit inaliénable de participation au produit de toute vente de cette œuvre faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant* »⁷⁷⁹. L'idée d'une participation de l'auteur au produit des ventes successives de sa création, entendue cette fois dans son aspect matériel est singulièrement révélatrice d'un souci d'équité au profit de l'auteur⁷⁸⁰. Son domaine est toutefois doublement limité. D'abord eu égard aux œuvres considérées : il s'agit d'œuvres graphiques ou plastiques. La référence à l'œuvre originale doit s'entendre, bien sûr, comme visant l'exemplaire original, celui qui, eu égard aux œuvres visées, a été exécuté de la main même de l'artiste ou selon ses instructions⁷⁸¹. Ensuite eu égard aux circonstances de la vente : il doit s'agir d'une vente aux enchères ou d'une vente entre particuliers faisant intervenir un commerçant⁷⁸².

La valeur n'est donc que la conséquence de la qualité de bien de la création. Elle n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de la définir. Le droit la prend toutefois en considération, dans le but précis de protéger le lien entre la création et le créateur. Puisque celle-ci est issue du travail de celui-là, le Code prévoit donc un intéressement du créateur aux fruits d'exploitation de la création.

⁷⁷⁹ Art. L.122-8 CPI. Souligné par nous.

⁷⁸⁰ Le droit de suite consiste en un droit de participation au produit de la vente acquitté par le vendeur et correspondant à 3% du prix de vente.

⁷⁸¹ Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, D. 1994, jur. p.138 note Edelman ; D. 1994, Somm. p.93 obs. Colombet ; RIDA juillet 1994, p.271.

⁷⁸² Cette dernière extension par rapport à la loi du 20 mai 1920 instaurant le droit de suite semble pour l'heure n'être qu'un vœu pieu : le décret prévu à l'alinéa 3 de l'article L.122-8 n'ayant toujours pas été pris, malgré la réprimande du Conseil d'Etat admettant la responsabilité de l'Etat en raison de l'inertie gouvernementale. CE 9 avril 1993, D. 1993, IR p.146 ; RTD Com. 1993, p.511, obs. Françon.

Sans remettre en cause ce sage principe, il apparaît toutefois que l'évolution récente fait de plus en plus la part belle au strictement économique, parfois aux dépens de l'apport créatif.

Paragraphe deuxième : Le danger de la dénaturation de la protection des créations intellectuelles : la protection de l'investissement.

Cette dénaturation procède selon deux aspects. Aussi assiste-t-on de plus en plus fréquemment à un véritable mélange des genres (1). Le constat d'une telle dénaturation doit cependant être relativisé (2).

1- Le mélange des genres

388. Sans conteste, toute création suppose un investissement minimum, qu'il soit humain matériel ou financier. Il ne s'agit pas de le nier. Pour autant, la création ne se définit pas par cet investissement. L'investissement matériel ou financier n'entre en aucune façon dans les conditions juridiques de la création⁷⁸³. En ce qui concerne l'investissement humain, s'il est évident qu'une création ne peut être que le fruit de l'activité intellectuelle de l'homme, ce n'est pas tant l'investissement en termes de coût, en termes de temps de travail⁷⁸⁴, qui donnera sa valeur à la création mais bel et bien son utilité telle que nous avons pu la définir⁷⁸⁵.

En d'autres termes, la création intellectuelle ne saurait être définie et ne saurait être protégée eu égard aux investissements engagés pour elle. Si le droit reçoit globalement cette idée ainsi qu'il a été vu, on assiste cependant à un véritable brouillage des pistes dans certains domaines particuliers.

⁷⁸³ Cf .supra.

⁷⁸⁴ Ainsi un producteur de base de données peut-il justifier de l' « *investissement humain* » en produisant aux débats des contrats de travail. CA Paris, 4^{ème} ch. 12 septembre 2001, JCP 2002, II, 10000, note Pollaud-Dulian.

⁷⁸⁵ C'est-à-dire dans la fonction et dans l'opportunité de l'appropriation de la création reconnues socialement.

389. Ainsi en est-il de la protection particulière accordée aux topographies de produits semi-conducteurs, considérées par le Code comme des créations à part entière. L'article L.622-1 Code de la propriété intellectuelle pose en effet comme condition de leur protection qu'elles doivent traduire un « *effort intellectuel du créateur* », « *à moins qu'elle(s) ne soi(ent) courante(s)* ». La formule se veut adaptée aux spécificités de cette création particulière qui serait « *rebelle aux critères traditionnels* »⁷⁸⁶. Une partie de la doctrine est toutefois favorable à une interprétation large de la formule qui permettrait aux juridictions de prendre en compte « *la réalité des investissements réalisés plus que le niveau inventif de la création* »⁷⁸⁷.

390. Si la recherche d'une protection de l'investissement lié au développement de telles créations paraît légitime et indubitable, faire des conditions de fond de la protection d'une création intellectuelle la base d'une protection de cet investissement paraît en revanche des plus discutables. Comme nous avons pu le montrer, la valeur d'une création ne saurait entrer en ligne de compte dans la définition de celle-ci, alors même que d'importantes sommes auraient pu être engagées dans son développement.

Sans toutefois atteindre une telle limite, la philosophie qui sous-tend certaines créations particulières suit la logique du sacrifice du lien créateur-crédation au profit d'une logique estimée plus puissante, celle de l'investissement. Il ne faut toutefois voir dans ce sacrifice qu'une simple dévaluation de certains attributs de l'auteur et non une négation pure et simple du lien.

Tel est le cas des œuvres collectives, des créations cinématographiques et des logiciels.

391. L'œuvre collective est définie par l'article L.113-2 alinéa 3 comme étant celle « *créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Elle diffère de l'œuvre de collaboration en cela que celle-ci suppose l'identification des contributions de chaque auteur. En bonne logique, l'article L.113-5 attribue les droits d'auteur à la personne

⁷⁸⁶ André Lucas : *Informatique et droit des biens*, in *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Puf, thémis droit privé, n°492 p.294.

⁷⁸⁷ André Lucas : *Ibidem*.

sous le nom de laquelle l'œuvre collective a été divulguée, y compris les droits moraux⁷⁸⁸. En totale rupture avec la logique du droit d'auteur, c'est bien l'instigateur de l'œuvre collective qui est investi à titre originaire des droits d'auteur, sans qu'il soit besoin de prouver une cession de ces droits⁷⁸⁹. Il faut toutefois préciser d'une part, que les auteurs des contributions conservent sur celles-ci leur droit moral⁷⁹⁰, et, d'autre part, qu'ils peuvent exploiter séparément leurs contributions, à condition de ne pas faire concurrence à l'exploitation de l'œuvre collective⁷⁹¹.

Mais le droit moral est nécessairement limité par le souci d'atteindre une « *nécessaire harmonisation de l'œuvre dans sa totalité* »⁷⁹² ainsi que par les contraintes liées à la fusion de la contribution de l'un des auteurs avec celle des autres⁷⁹³. S'il s'agit de ne pas nier les droits des différents auteurs sur leur propre contribution, il s'agit toutefois de marquer la distance entre ces droits et ceux portant sur l'œuvre collective. A ce titre, non seulement son initiateur est investi des droits sur celle-ci, mais encore l'est-il à titre originaire⁷⁹⁴. Sans pouvoir être considéré comme créateur⁷⁹⁵, la personne morale ou physique à l'origine de l'œuvre collective est donc investie de prérogatives dont seuls peuvent se prévaloir les créateurs : « *Il y a fiction de la loi, forgée dans un souci d'efficacité, un cran au-dessus de la présomption de cession (...) Le chef d'entreprise est tout de suite maître du produit fini et donc libre d'en disposer auprès des tiers, dans les conditions qu'il entend* »⁷⁹⁶. Desbois écrivait quand à lui que les œuvres collectives « *font figure d'intruses dans une loi pétrie d'humanisme* »⁷⁹⁷. Malheur donc à celui qui, simple initiateur d'une œuvre collective, laisse divulguer celle-ci sous le nom de la société⁷⁹⁸ à qui il en fit apport : c'est seulement cette dernière qui se verra investie

⁷⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, RIDA juillet 1994, p.303.

⁷⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, JCP 1983, II, 20054, note Plaisant ; D. 1982, jur. p.71 note Greffe ; RTD Com. 1982, p.428, obs. Françon.

⁷⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 15 avril 1986, Bull. Civ. I, p.89. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, RIDA juillet 1987, p.183 ; D. 1988, jur. p.173, note B. Edelman..

⁷⁹¹ CA Paris, 18 avril 1991, RIDA juillet 1992, p.166.

⁷⁹² Civ. 1^{ère}, 8 octobre 1980, RIDA avril 1981, p.156 ; D. 1981, IR p.85, obs. Colombet ; RTD Com. 1981 p.87, obs. Françon. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, précité.

⁷⁹³ Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, précité.

⁷⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, précité.

⁷⁹⁵ La Cour de cassation relevait dans l'arrêt du 8 décembre 1993 le caractère impropre de la qualité d'auteur. Il faut néanmoins réserver l'hypothèse d'une conception d'ensemble originale, fruit du travail d'un instigateur personne physique.

⁷⁹⁶ P.-Y. Gautier : n°383 p.573.

⁷⁹⁷ Desbois : n°173 p.206.

⁷⁹⁸ Ou exploiter, Cf. Crim. 24 février 2004, Pourvoi n°03-83541, Bull. Crim. N°49 p.194. Arrêt de principe rendu sous le visa de l'article L.113-5 CPI : « *Attendu qu'il résulte de ce texte qu'en l'absence de revendication de l'auteur, l'exploitation de l'œuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne est titulaire, sur l'œuvre, qu'elle soit ou non collective, du droit de propriété incorporelle de l'auteur* ».

des droits, la qualité d'auteur ne pouvant être reconnue au concepteur car la propriété littéraire et artistique « *ne protège pas les idées ou concepts, mais la forme originale sous laquelle ils sont exprimés* »⁷⁹⁹.

Catégorie « *sulfureuse* »⁸⁰⁰ voire hautement perturbatrice⁸⁰¹, l'œuvre collective peut donc être vue comme une création sans créateur⁸⁰² !

391bis. Les œuvres audiovisuelles succombent à une logique comparable. L'article L.113-7 du Code définit l'auteur d'une œuvre audiovisuelle comme toute personne physique qui réalise la création intellectuelle de cette œuvre. Sont ainsi présumés coauteurs : l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte, l'auteur des compositions musicales spécialement réalisées pour l'œuvre, le réalisateur ainsi que, le cas échéant les auteurs de l'œuvre originale dont est tirée l'œuvre nouvelle. Il est traditionnellement admis que le producteur⁸⁰³ peut être reconnu comme coauteur pour des interventions autres que celles liées à la production⁸⁰⁴.

Les droits des coauteurs sur l'œuvre audiovisuelle sont ceux reconnus aux coauteurs d'une œuvre de collaboration. Toutefois, les articles L.121-5 et L.121-6 viennent limiter considérablement le droit moral des coauteurs, au profit de la logique de l'achèvement de l'œuvre audiovisuelle. En effet, le premier texte suspend l'exercice des droits moraux au complet achèvement de l'œuvre audiovisuelle⁸⁰⁵, tandis que le second paralyse tout droit de repentir qui entraverait l'achèvement de ladite œuvre. Or cet achèvement est réputé acquis « *lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur* »⁸⁰⁶. L'importance des sommes mises

⁷⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 16 novembre 2004, pourvoi n°02-17683, Bull. civ. I, n°275 p.230.

⁸⁰⁰ P.-Y. Gautier : n°384 p.574.

⁸⁰¹ Antoine Latreille : *L'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête*, Comm. Comm. électr. 2000, n°10 p.14.

⁸⁰² Le Doyen Lerebours-Pigeonnière écrivait d'ailleurs que, par œuvre collective, « *nous visons une sorte d'œuvre anonyme – les dictionnaires, les encyclopédies – qu'un éditeur publie sous son nom et qui ne cesse pas d'être anonyme, alors même que la liste des collaborateurs est connue (...)* », note sous Civ. 10 novembre 1947, D. 1947, jur. p.529.

⁸⁰³ Défini par l'article L.132-23 CPI comme la « *personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* ».

⁸⁰⁴ Une jurisprudence ancienne admet la possible reconnaissance de la qualité d'auteur au profit du producteur, pourvu qu'on ne le confonde pas avec un « *simple bailleur de fonds* », CA Paris, 16 mars 1939, DH 1939, p.263. Il convient de préciser que cette hypothèse suppose préalablement que le producteur soit une personne physique pour que l'originalité de sa contribution soit reconnue, ce qui limite la portée pratique de la solution.

⁸⁰⁵ Art. L.121-5 al.5 : « *Les droits propres des auteurs, tels qu'ils sont définis à l'article L.121-1, ne peuvent être exercés par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée* ».

⁸⁰⁶ Art. L.121-5 al.1^{er}.

en jeu par les producteurs justifie que le projet d'œuvre audiovisuelle ne soit pas entravé par l'exercice d'un droit moral autorisant l'auteur à ne pas achever, voire divulguer, sa contribution⁸⁰⁷.

391ter. Il en va de même concernant les programmes d'ordinateur. L'article L.121-7 du Code de la propriété intellectuelle réduit en effet considérablement le droit moral de l'auteur d'un logiciel. Celui-ci ne peut en effet s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits de l'article L.122-6 2°)⁸⁰⁸, ni exercer son droit de repentir ou de retrait. La limite des droits moraux de l'auteur d'une œuvre logicielle a ainsi amené la Cour d'appel de Douai à juger que, par interprétation à contrario de l'article L.121-7, le droit moral de l'auteur se réduit au seul droit au nom⁸⁰⁹. Le caractère fortement économique du logiciel commandait sans doute un tel aménagement, rapprochant ainsi le droit moral de l'auteur de celui de l'inventeur. Il ne s'agit pas pour autant de considérer que le sacrifice du droit moral sur l'autel de l'exploitation du logiciel soit une sage décision de la part du législateur⁸¹⁰. Indépendamment des griefs déjà avancés relativement à la nature particulière de cette création, un tel rapprochement avec le droit des brevets accroît le caractère intenable de la position du logiciel au sein du droit d'auteur.

392. Plus largement, il semble que lorsqu'une œuvre de l'esprit est marquée par un fort caractère utilitaire, le droit de l'auteur doit s'effacer devant celui de la collectivité. Ainsi en est-il des œuvres architecturales, la Cour de cassation ayant estimé que « *la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre* »⁸¹¹.

2- Un constat amplifié par la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle aux producteurs de supports des créations

⁸⁰⁷ Ainsi le rapport Cluzel de 1998 *sur l'efficacité des aides publiques en faveur du cinéma français* relevait que le budget moyen par film en France était de 28 MF (soit environ 4,27M€). Disponible sur <http://www.senat.fr/rap/r98-011/r98-011.html>. A l'heure actuelle, le budget moyen d'un film français est de 4,5 M€ (7 fois moins qu'un film en provenance des Etats unis). A titre indicatif, les droits artistiques représentent 7,5% du budget d'un film en 2004. Source : Centre national de la cinématographie, Cf. http://www.cnc.fr/d_stat/bilan2004/pdf/5-productioncinema.pdf.

⁸⁰⁸ C'est-à-dire les droits d'adaptation, de traduction, d'arrangement, de modification ainsi que le droit de reproduction du logiciel en résultant.

⁸⁰⁹ CA Douai, 1^{er} juillet 1996, PIBD 1997, III, p.129.

⁸¹⁰ Contra cependant : Claude Colombet, n°104 p.89.

⁸¹¹ Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, D. 1993 jur. p.522 note Edelman, et somm. p.88 obs. Colombet.

393. La loi n°85-660 du 3 juillet 1985 a reconnu des droits de propriété intellectuelle à une catégorie de personnes dont le lien avec la création est pour le moins ténu. En effet, reprenant la substance des articles 21 et 26 de la loi, les articles L.213-1 et L.215-1 du Code reconnaissent aux producteurs de phonogrammes et aux producteurs de vidéogrammes un certain nombre de prérogatives exclusivement fondées sur l'investissement réalisé.

394. L'un et l'autre sont définis comme étant « *la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation* » d'une séquence de sons dans le premier cas, d'une séquence d'images sonorisées ou non dans le deuxième cas. Encore faut-il savoir dans quelle mesure les notions de vidéogrammes et d'œuvre audiovisuelle sont ou ne sont pas synonymes⁸¹². Une partie de la doctrine penche en faveur de la synonymie⁸¹³. L'étymologie inciterait toutefois à bien délimiter le terrain de chacun. Le terme de vidéogramme dérive du latin *video*, « *je vois* », et du grec *graphein*, « *écrire* ». Le vidéogramme est donc l'écriture de ce que l'on voit, autrement dit, la transcription d'images sur un support quel qu'il soit. Pareille analyse sémantique peut être entreprise pour les phonogrammes. Ainsi, et en conformité avec les indications de l'article L.215-1, il s'agit bien des droits de la personne qui assure la première fixation d'une séquence d'images, et non de droits sur une création audiovisuelle.

Le vidéogramme est donc une « *modalité de communication de l'œuvre et non pas en tant que tel une œuvre* »⁸¹⁴. En outre, l'expression « *séquence d'images* » est volontairement large, puisqu'il peut s'agir d'œuvres de l'esprit comme de toutes autres images.

395. Les producteurs de supports se voient reconnaître un droit de reproduction, un droit de mise à la disposition du public à titre onéreux, ainsi qu'un droit plus général de communication au public. Les producteurs de supports se voient donc reconnaître des droits d'exploitation comparables à ceux des créateurs dont ils sont, bien souvent, les cessionnaires de leurs propres droits d'exploitation.

396. L'inversion du paradigme propriétaire dénoncée par Monsieur Gaudrat est ici en tous points palpable. L'auteur scande ainsi que « *quelque importance que revête le rôle du*

⁸¹² Denise Gaudel : *Les vidéogrammes à la recherche de leur identité*, RIDA 1973, n°76, p.3.

⁸¹³ P.-Y. Gautier : n°98 p.150.

⁸¹⁴ André Lucas : *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz connaissance du droit, 3^{ème} édition, p.138.

producteur, (...) s'il y a une chose qu'il ne fait pas, c'est créer »⁸¹⁵. Concluant à l'inutilité du droit du producteur, l'auteur écrit plus loin : « *en tant qu'entrepreneur, le producteur dispose déjà, pour défendre son investissement, de l'arsenal juridique de la responsabilité (concurrency déloyale et parasitisme) ; à supposer qu'il ait besoin d'un droit privatif, il n'y a aucun besoin de lui en attribuer un en propre dès lors qu'il a vocation à recevoir, par cession, le monopole du créateur et de l'interprète* »⁸¹⁶. En effet, les présomptions de cession des articles L.132-24 et L.212-4 bénéficiant aux producteurs semblent rendre pour le moins inutile la reconnaissance d'un droit spécifique. Encore faut-il déterminer de quel producteur il s'agit.

397. Les articles L.132-24 et L.212-4 précisent bien qu'il s'agit de présomptions de cessions de droits entre les auteurs ou les artistes-interprètes d'une part, et les producteurs d'œuvres audiovisuelles d'autre part. Si l'ubuesque de la situation éclate lorsque la même personne est à la fois producteur de l'œuvre audiovisuelle et producteur de la première fixation du vidéogramme⁸¹⁷, il n'en va pas de même lorsque ces deux rôles sont assumés par deux personnes différentes. Tout au plus peut-on y voir un double emploi avec les actions en responsabilité civile traditionnelles, à ceci près que la démonstration d'une violation d'un monopole d'exploitation suffit à démontrer l'existence d'un préjudice.

Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle aux producteurs de supports heurte le schéma du droit d'auteur. Car s'il dispose d'un monopole de reproduction sur son phonogramme ou sur son vidéogramme, ce qui n'est pas en soi contestable, il convient de remarquer, très prosaïquement, que cela revient à lui conférer un monopole sur le contenu du support, autrement dit sur les exemplaires des créations (œuvres de l'esprit comme interprétations) intégrées au support. En effet, malgré le principe de la distinction de l'œuvre et du support dans laquelle celle-ci est incorporée, l'utilité et l'intérêt du droit de reproduction réside bel et bien dans l'acte matériel de fixation. Voici encore une limite au caractère immatériel des créations !

⁸¹⁵ Précité, RTD Com. 2003, p.286.

⁸¹⁶ Ibidem, p.287.

⁸¹⁷ Cf. Philippe Gaudrat, précité p.287.

3- Un constat à relativiser concernant le droit des producteurs de bases de données

398. La loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998 a inséré un titre quatrième relatif à la protection des droits des producteurs de bases de données⁸¹⁸ dans le livre III du Code, confirmant ainsi sa vocation de fourre-tout⁸¹⁹. Cette loi venait transposer en droit français la directive 96/9 CE du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données⁸²⁰. La loi intéresse le droit d'auteur - les bases de données sont protégées au titre de compilations - mais, et c'est son apport essentiel, elle crée un droit *sui generis*⁸²¹ venant protéger le producteur d'une base de données.

399. Ce droit *sui generis* est destiné à protéger l'investissement requis pour le développement de ces bases de données. L'article L.341-1 du Code dispose en effet que, sans préjudice des autres sur la base-elle même ou sur l'un de ses éléments constitutifs, « *le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ». L'idée de ce droit réside dans la lutte contre le parasitisme en donnant une norme commune spécifique destinée à la protection de l'investissement⁸²², un auteur parlant à ce titre de « *super-concurrence déloyale* »⁸²³.

400. Il serait possible de voir dans l'instauration de ce droit *sui generis* une atteinte considérable à la logique du droit sur les créations intellectuelles. En effet, ce que le droit se propose de protéger c'est non plus le résultat d'un travail intellectuel, mais simplement les

⁸¹⁸ Articles L.341-1 et suivants CPI.

⁸¹⁹ Que l'on en juge : Titre premier relatif à la « *rémunération pour copie privée* », titre deuxième relatif aux « *sociétés de perception et de répartition des droits* », titre troisième relatif aux « *procédures et sanctions* », titre quatrième relatif aux « *droits des producteurs de bases de données* ».

⁸²⁰ Philippe Gaudrat : *Loi de transposition de la directive 96/9 CE du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur*, RTD Com. 1998 p.598.

⁸²¹ L'appellation de *droit sui generis* présente dans la directive n'a pas été reprise dans la loi française. Certains auteurs voient toutefois dans l'expression la traduction opportune de la fédération des prérogatives consacrées (droit d'interdire l'extraction et la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu ainsi que l'extraction et la réutilisation répétée et systématique d'une partie non substantielle du contenu de la base), Cf. André Lucas : Op. cit., n°593 p.365. Nous souscrivons à cette appellation pour des raisons identiques.

⁸²² André Lucas : précité n°595 p. 366. Michel Vivant : *L'investissement, rien que l'investissement*, à propos des arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 2004, RLDI mars 2005, p.41.

⁸²³ Pierre-Yves Gautier : n°114 p.170.

moyens « *financier, matériel ou humain* » mis en œuvre pour « *la constitution, la vérification ou la présentation de la base* ». Le droit *sui generis* n'entre pas toutefois en concurrence avec le droit d'auteur car il ne constitue qu'une assurance offerte aux producteurs de ne pas voir leur investissement réduit à néant par un acte de parasitisme. Aussi les conditions de mise en œuvre sont-elles liées exclusivement à cet investissement qui doit être « *substantiel* », et non à la création en tant que telle de la base.

401. La doctrine a pu toutefois regretter les lacunes du texte, notamment en ce qu'il ne règle que de manière « *sibylline* » les rapports avec les auteurs des œuvres préexistantes et en ce qu'il est muet sur les rapports du producteur de la base avec ses auteurs et autres employés⁸²⁴. La logique du droit *sui generis* demeure toutefois propre et distincte de celle du droit d'auteur⁸²⁵. Sans doute sa place dans un titre IV au contenu chamarré encourage-t-elle cette opinion⁸²⁶. Mais peut-être serait-il opportun de consacrer un titre du Code de commerce à un ensemble global de règles relatives à la concurrence déloyale et au parasitisme économique dont le droit des producteurs des bases de données ne serait qu'un aspect particulier.

Ce serait donc faire un faux procès au droit *sui generis* sur les bases de données que de le taxer de cheval de Troie du purement économique au sein de la création littéraire et artistique. Malgré les imperfections dont il est possible de le parer⁸²⁷, le développement d'un tel droit *sui generis* semble plutôt être l'encouragement à une réflexion globale sur un droit spécifique de l'investissement, hors du champ de la propriété des créations intellectuelles, même s'il peut s'avérer en étroite relation avec celle-ci.

⁸²⁴ Pierre-Yves Gautier : n°115 p.171.

⁸²⁵ Michel Vivant : *L'investissement, rien que l'investissement*, n°1 précité.

⁸²⁶ S'appuyant sur la loi allemande de transposition du 22 juillet 1997, André Lucas y voit quand à lui la consécration subreptice d'un véritable droit voisin : précité, n°595 p.367.

⁸²⁷ André Lucas : précité, n°608 p.380.

Conclusion du Chapitre

402. Il n'était pas douteux que la création intellectuelle fut un bien. L'étude sous l'éclairage de la notion de bien a permis de mettre en avant certaines propriétés de la création qui relèvent en apparence du paradoxe. Il a ainsi été vu que la création est à la fois un bien intellectuel - c'est-à-dire un droit sur une chose reproductible dont l'appropriation est jugée socialement opportune – et un corps certain. L'immatérialité de la création ne s'oppose en effet aucunement à l'exigence de détermination dont le principe d'exclusion des idées n'était qu'une traduction maladroite.

Il a toutefois été montré qu'au delà de la catégorie bien connue, la création intellectuelle analysée sous le seul angle du droit commun des biens conduisait à lui dénier toute spécificité. Or le droit des propriétés intellectuelles protège cette spécificité à travers la première conséquence économique de la création, sa valeur.

En effet, lorsque la valeur d'une création est prise en considération par le droit, l'intérêt du créateur est toujours protégé. Le système tend à ne jamais totalement gommer le lien entre le créateur et la création car au delà d'un souci de justice et d'équité permettant l'attribution des fruits de son labeur au créateur, il y va d'un impératif catégoriel difficilement contestable : toute création suppose un créateur. Or la création tire sa valeur non seulement de son exploitation mais également du succès des options arrêtées par le créateur lors de la réalisation.

403. L'approche de la création en tant que simple bien ne pouvait alors que faire ressortir une évidence : la considérer hors de tout lien avec le créateur revenait à en nier la spécificité. Elle demeurerait un bien au même titre qu'un autre et, ne serait-ce l'éventuelle approche symbolique de la relation des hommes aux choses, il eût été légitime de n'en retenir que l'aspect utile réduit à son expression pécuniaire. Ce faisant, nous avons pu montrer les particularités de la création même à travers une analyse réelle ontologique. A chaque instant le créateur sous-tend le droit applicable à la création. Nier cette relation revient à mettre en danger l'idée d'un droit spécifique aux créations intellectuelles, un droit qui protégerait l'effort créateur d'une personne.

Le péril est identifié et procède d'une inversion de paradigme pour reprendre l'expression de Monsieur Gaudrat : non seulement, comme le relève l'auteur, du paradigme propriétaire, mais encore de l'abandon des critères traditionnels de la notion de bien au profit d'une vision exclusivement pécuniaire. C'est la raison pour laquelle une telle analyse est insuffisante et qu'il ne peut être question d'envisager la création autrement que sous une approche axiologique, c'est-à-dire de la considérer comme le résultat d'un travail intellectuel. Ce qu'il s'agit d'éviter c'est l'intégration d'une donnée purement économique au sein des éléments de définition de la création. L'inverse aboutit, plus ou moins nettement, à la rupture entre le créateur et la création au profit de celui qui en a financé le développement en accordant à lui seul les droits d'exploitation.

Il reste que la création présente une intéressante propriété, celle d'être une chose susceptible de distorsion spatiale et temporelle. L'intérêt de son exploitation réside en effet précisément dans sa reproductibilité. Ce caractère est toutefois loin d'être l'apanage des créations intellectuelles car il semble être commun à l'ensemble des choses.

CHAPITRE II : La création, une chose reproductible

404. La création est un bien. L'une de ses particularités semblerait résider dans son caractère reproductible. En effet, ce qui ferait l'incorporéité de la création intellectuelle résiderait dans une sorte de métaphysique omniprésence de celle-ci par delà ses représentations sensibles. La création serait ubiquiste car elle serait une tout en pouvant faire l'objet de multiples exemplaires. Sa quiddité ne serait en aucune manière remise en cause à travers la diversité des supports dans lesquelles elle serait incarnée. Plus que jamais, la création intellectuelle rapprocherait l'Homme du divin, ou du moins de l'idée qu'il s'en est construite.

405. L'indépendance de la propriété incorporelle par rapport à la propriété du support dans lequel s'incarne la création traduit cette « *métaphysique* » et emporte comme conséquence l'idée de reproductibilité de la création sous quelque forme et quelque support que ce soit. Cette solution qui n'allait pas de soi fut posée par une loi de 1910. Loin de consacrer une nouvelle propriété stratifiée sur une même chose, les deux propriétés corporelles et incorporelles sont très nettement distinctes par la force de la fiction. Or c'est cette fiction qui fonde les propriétés intellectuelles, non le caractère reproductible de son objet. En effet, si le droit de reproduction de la création intellectuelle est expressément prévu par le Code, il apparaît que les biens corporels sont également susceptibles de reproduction à l'identique.

406. Le débat autour de l'image des choses a opposé assez nettement la doctrine civiliste « classique » que certains ont pu qualifier de corporéiste - favorable à l'attrait de l'image des choses dans le giron de l'article 544 du Code civil - à la doctrine intellectualiste - partisans de la nature immatérielle de l'image des choses et à leur liberté de fixation et d'exploitation. Le débat posait en réalité plusieurs types de questions. Pour ce qui nous retient, deux problèmes seront essentiellement retenus : le problème de l'image en tant que matière première de la création, et le problème du caractère reproductible de l'une comme de l'autre ainsi que les influences et limites intrinsèques issues de la reproductibilité.

Il apparaît à l'étude que la jurisprudence favorable à la propriété « *corporelle* » de l'image des choses n'est pas une entrave à la liberté de créer. A cet égard, l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 mai 2004 est une solution dangereuse pour l'équilibre des droits.

407. Le débat autour de la reproductibilité de l'image des choses corporelles et, au delà, de la reproductibilité de toute caractéristique d'une chose corporelle, conduit inmanquablement à s'interroger sur le sens à accorder à l'expression de « *propriété intellectuelle* ». Or loin d'être la propriété des choses reproductibles, celle-ci n'est en vérité qu'une sorte de propriété métaphysique dont le paradoxe est qu'elle ne dépend d'aucun support matériel tout en étant liée à l'exigence de tangibilité. La philosophie des propriétés incorporelles serait donc éminemment matérialiste : loin de nier l'esprit, elle ne peut concevoir son existence indépendamment de la matière dans laquelle il s'incarne tout en proclamant, par fiction, l'indépendance de celui-ci par rapport à celle-là.

Sera donc étudiée la reproductibilité de la création (Section I) avant d'envisager les difficultés nées de la reproductibilité de toute chose (Section II).

SECTION I : La reproductibilité de la création

408. La création est une forme. S'exprimant à propos de l'invention, monsieur Gaudrat écrit ainsi que « *abstraite de la matière, elle peut lui être imposée de manière réitérée, soit pour la transformer à l'occasion d'un processus de production (procédés) soit pour lui conférer des propriétés artificielles (produits)* »⁸²⁸. La remarque peut toutefois être généralisée à tout type de création. En effet, l'abstraction de la notion de forme recouvre, pour le droit, l'utilité principale de la création intellectuelle. A travers la transposition d'une même forme à différents supports, à différentes matières, la création s'incarne non pas tant qu'en elle-même, mais dans la re-matérialisation de sa forme, ou, du moins, de l'un de ses aspects.

La reproductibilité de la création se traduit par la reconnaissance d'un droit de reproduction, monopole temporaire accordé au créateur ou à son ayant droit (paragraphe premier). La reproductibilité de la création souligne plus précisément le don d'ubiquité de celle-ci, particularisme qui peut à priori souder les propriétés intellectuelles (paragraphe deuxième).

⁸²⁸ Philippe Gaudrat : *L'invention informatique : un débat difficile et contourné*, RTD Com. 2005, p.323, spécialement p.328.

A- Le droit de reproduction

Le droit de reproduction est un droit d'exploitation parmi d'autres (A). Il est un droit sanctionné au même titre que les autres droits d'exploitation (B).

1- Un droit d'exploitation

409. Vareilles-Sommières a pu, dès 1905, donner la définition suivante du droit de propriété : « *droit en vertu duquel une personne peut en principe tirer d'une chose tous ses services* »⁸²⁹. Le droit de propriété est donc le droit attaché à une chose dont on peut tirer les utilités. Si la nature des droits portant sur les créations intellectuelles et surtout celle du droit d'auteur⁸³⁰ fut longtemps controversée, il est aujourd'hui admis que la création, sous son aspect corporel, est susceptible de donner lieu à plusieurs « *droits de propriété* ». Un trait commun aux propriétés intellectuelles les éloigne toutefois du droit de propriété classique : elles ne constituent pas, à l'inverse des droits s'exerçant sur des choses matérielles, des propriétés oisives. Leur existence dépendra en effet de l'activité ou de la puissance créatrice de l'homme.

410. En outre, la nature juridique du « *bien-crédation* » ne se laisse pas absorber par la corporéité de l'objet. En effet, il a déjà été vu que les droits ne s'attachaient qu'à la forme de la création, non à la matière dans laquelle cette forme s'imprime. La doctrine est sur ce point unanime et si la règle n'est posée explicitement que par l'article L.111-3 du Code de la propriété intellectuelle, c'est le propre des biens dits incorporels que de n'avoir besoin d'aucun corps pour exister : ils donnent lieu, c'est la conséquence du pouvoir de la fiction juridique, à des droits sans corpus. La notion de création intellectuelle est, du reste, une fiction juridique

⁸²⁹ Marquis de Vareilles-Sommières : *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTD Civ. 1905, p.443

⁸³⁰ Paul Roubier : *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTD civ., 1935, p.251. Laurent Pfister : *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, RIDA juillet 2005, n°205 p.117. François Hepp : *La droit d'auteur, « propriété incorporelle » ?*, RIDA avril 1958, numéro spécial, p.161. Pierre Recht : *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ / Duculot, 1969.

au même titre que l'œuvre de l'esprit : c'est une « *fiction en ce que son unicité est postulée par le Droit au-delà de l'ubiquité de ses manifestations* »⁸³¹.

Monsieur Catala a ainsi pu relever que les biens incorporels avaient pour point commun d'être tous des créations humaines : « *les propriétés intellectuelles protègent une œuvre, prise en elle-même, pour elle-même, indépendamment de son support matériel* »⁸³². L'auteur relève ainsi que ce bien incorporel est une création de l'homme, que le créateur puis ses ayants-droit disposent d'un droit d'exclusivité temporaire dans l'exploitation de cette création et, qu'enfin, un dispositif de sanctions permet au titulaire de faire cesser les atteintes à ses droits.

411. L'unité proclamée du genre ne doit cependant pas masquer les spécificités de certains biens incorporels. Ainsi le fonds de commerce ne répond-t-il pas à l'ensemble des caractères posés par Monsieur Catala. Il est certes une création humaine, mais pas au sens où nous l'abordons : le fonds de commerce est en perpétuelle évolution, il existe par la clientèle vers laquelle il est entièrement tourné⁸³³. La création intellectuelle, à proprement parler, est un résultat, une fin en soi, qui attirera peut-être une certaine clientèle, le public, mais dont il importe peu de savoir si elle n'existe ou ne vit que par et pour cette clientèle⁸³⁴. Une création intellectuelle peut également être un élément du fonds de commerce, l'inverse paraissant difficilement concevable. Le fonds de commerce est ainsi une universalité de fait, c'est-à-dire un regroupement de biens en vue de l'exercice d'une activité économique, tandis que la création intellectuelle n'est qu'un moyen de l'exploitation du fonds.

412. Mais surtout, la création est reproductible à l'identique. C'est en effet par un acte matériel de reproduction sur tout support envisageable que s'exploite une création intellectuelle⁸³⁵. Ce caractère n'est pas attaché au fonds de commerce, aux créances ou aux autres biens incorporels : si leur volume est variable, ces biens n'existent toutefois que dans leur unicité. Le Code de la propriété intellectuelle prend en considération cette caractéristique sous le double aspect du monopole d'exploitation du titulaire ainsi que du droit d'interdire l'exploitation aux tiers.

⁸³¹ Valérie-Laure Bénabou : *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI, janvier 2005, p.53.

⁸³² Pierre Catala : *Exposé de synthèse in L'évolution contemporaine du droit des biens*, précité, p.188.

⁸³³ Pierre Collomb : *La clientèle du fonds de commerce*, RTD Com. 1979, p.1.

⁸³⁴ Contra cependant : Thomas Rabant : *La notion d'œuvre de l'esprit*, thèse, Paris II, 2000.

⁸³⁵ Nous verrons que l'on peut toutefois s'interroger sur la réelle spécificité des propriétés intellectuelles eu égard à la jurisprudence relative à l'image des biens.

413. L'article L. 122-1 du Code mais aussi l'article 9 de la Convention de Berne prévoient un tel droit de reproduction concernant le droit d'auteur. Il est défini par l'article L.122-3 alinéa premier comme étant un monopole de « *fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* »⁸³⁶. L'œuvre peut ainsi recevoir différents habits qui tous relèvent de la matière⁸³⁷. S'agissant d'un monopole, il trouve sa sanction dans le droit d'interdire une telle reproduction⁸³⁸. De la même manière, toute reproduction de la prestation d'un artiste-interprète est soumise à son autorisation écrite par l'article L.122-3 du Code. Dans tous les cas, le droit de l'auteur ou de l'artiste-interprète est lié à l'œuvre ou à la prestation, non à la matérialité de leur fixation⁸³⁹.

414. Pareil dispositif se retrouve en matière de brevets. L'article L.613-1 confère au titulaire du brevet un monopole d'exploitation. Ce droit est essentiellement défini de manière négative⁸⁴⁰ comme étant le droit d'exclure les tiers de l'exploitation, mais on considère que le breveté dispose des attributs classiques du droit de propriété⁸⁴¹. Il dispose, comme l'auteur, de la faculté de faire interdire tout acte d'exploitation par reproduction illicite. Ainsi l'article L.613-3, a) du Code interdit-il « *la fabrication*⁸⁴² (...) *du produit objet du brevet* » à moins que le consentement du propriétaire du brevet n'ait été préalablement recueilli. Il en est de même de l'utilisation non autorisée d'un procédé et des produits obtenus directement par le procédé⁸⁴³, et l'article L.622-5 relatif aux topographies de produits semi-conducteurs interdit identiquement la reproduction par les tiers de la topographie protégée.

415. De la même façon, il est généralement considéré qu'un dessin ou un modèle puisse être reproduit à l'identique, c'est-à-dire faire l'objet d'une « *exécution répétée* » selon le critère généralement admis par la Cour de cassation⁸⁴⁴. Celui-ci est présenté comme étant « *la conséquence du principe constant qu'un dessin ou un modèle, pour prétendre à protection, doit pouvoir être défini dans sa configuration (...) pour permettre au juge de fixer*

⁸³⁶ Cf. également l'art. L.122-6, 1°) relatif aux logiciels.

⁸³⁷ Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, JCP 1994, IV, 844 ; D. 1994, IR. p.55.

⁸³⁸ Art. L.122-4 et 335-2s CPI.

⁸³⁹ Pierre-Yves Gautier : L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien, D. 1998 p.152.

⁸⁴⁰ Chavanne et Burst : n°254 p.174.

⁸⁴¹ Schmidt-Szalewski et Pierre : n°149 p.65.

⁸⁴² Fabriquer se définit comme le fait d'exécuter un travail sur une matière mais aussi comme « *faire, par des procédés, par l'imitation* » (Le petit Robert). L'idée de fabrication suppose l'idée de pouvoir reproduire le geste de fabrication et donc d'en reproduire le résultat.

⁸⁴³ Art. L.613-3 b) et c).

⁸⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, Comm. Com. électr. 2003, n°80, note Christophe Caron ; JCP 2004, II, 10177, note A.C. ; JCP éd. E, p.1641.

l'étendue du monopole qu'il consentira éventuellement »⁸⁴⁵, et l'art. L.513-4 nouveau du Code prohibe la fabrication non autorisée d'un dessin ou d'un modèle.

Par delà certaines particularités, le droit de reproduction fait partie des droits d'exploitation dont on a pu montrer l'unité sous l'angle de la réservation des utilités économiques de chaque aspect de la création⁸⁴⁶.

Mais l'originalité des propriétés intellectuelles tient surtout en ce que l'atteinte portée aux droits des créateurs ou de leurs ayants droit est pénalement sanctionnée par une action en contrefaçon.

2- Un droit sanctionné

416. Outre une action en responsabilité civile⁸⁴⁷, la violation du droit de reproduction attaché à une création intellectuelle peut amener à déclencher une action de nature pénale. Si chaque régime de propriété intellectuelle connaît de son action en contrefaçon, la loi 94 –102 du 5 février 1994 est venue harmoniser la répression pénale de cette incrimination. La loi 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est venue renforcer les peines initialement prévues. Ainsi la contrefaçon est-elle punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende⁸⁴⁸. Il apparaît que, malgré un certain nombre de différences dans l'appréciation de la notion de reproductibilité en matière de contrefaçon, une certaine unité peut être trouvée dans l'esprit commun qui anime les textes.

417. L'action en contrefaçon vient ainsi sanctionner non seulement toute exploitation non autorisée d'une création, mais également toute reproduction non soumise à l'agrément du titulaire des droits de propriété intellectuelle. Ces droits comportent toutefois un certain nombre d'exceptions selon que l'usage de la reproduction est privé ou public. Ainsi que le précise une réponse ministérielle de 1989, « *le caractère licite ou illicite de la reproduction*

⁸⁴⁵ Note A.C. précitée in JCP 2004, II, 10177.

⁸⁴⁶ Sophie Alma-Delette : *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles*, thèse précitée, n°440s p.291.

⁸⁴⁷ Sur les difficultés concernant l'évaluation du préjudice, Cf. Fabrice Sirainen : *Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique*, in *Le droit au défi de l'économie*, sous la direction d'Yves Chaput, publication de la Sorbonne, 2002, actes du colloque du 23 Mars 2001 consacré aux « *Sciences juridiques de l'économie. Un défi pour les économistes et juristes européens* ».

⁸⁴⁸ Art. L.335-2 en matière de droit d'auteur ; Art. L.335-4 concernant les droits voisins du droit d'auteur ; Art. L.521-4 en matière de dessins et modèles ; Art. L.615-14 en matière de brevet.

d'une œuvre protégée résulte non du procédé technique en cause mais de l'utilisation privée ou collective qui en est faite »⁸⁴⁹. Il y a toutefois des exceptions relatives à l'usage privé ainsi que des exceptions relatives à un usage collectif ou public de la création.

Le titulaire d'une propriété incorporelle sur une création ne peut en effet interdire certains actes de reproduction à usage privé.

418. En matière de propriété littéraire et artistique, l'article L. 122-5 2° du Code prévoit ainsi que lorsque l'œuvre a été divulguée, ne peuvent être interdites « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une représentation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée (...)* »⁸⁵⁰. Le texte poursuit en autorisant les copies de sauvegarde d'un logiciel ainsi que la reproduction du code de ce logiciel lorsqu'elle est nécessaire pour « *obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de manière indépendante avec d'autres logiciels* »⁸⁵¹. La loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006⁸⁵² portant transposition de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 a en outre intégré une exception rendue obligatoire par la directive à l'article L.122-5, 6°, concernant la reproduction provisoire d'œuvres dès lors qu'elle présente « *un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire* ». Cette dernière exception ne s'applique toutefois pas aux logiciels et aux bases de données et demeure soumise à la condition selon laquelle la reproduction ne doit pas avoir de valeur économique propre.

⁸⁴⁹ Rép. min. JOAN 26 juin 1989, p.2950 ; JCP éd. E 1989, II, 15570.

⁸⁵⁰ Colombet : n°224 p.183s. Il semble désormais acquis que la licéité de la copie suppose la licéité de la source: Crim. 30 mai 2006, D. 2006 p.2676 note Emmanuel Dreyer. Pierre Sirinelli : *La reconnaissance d'une garantie d'exception de copie privée*, RLDI supplément au numéro d'octobre 2006 p.21. Christiane Féral-Schuhl : *La mise en œuvre de l'exception de copie privée dans l'environnement numérique*, RLDI supplément au numéro d'octobre 2006 p.25.

⁸⁵¹ A certaines conditions, art. L.122-6-1, IV CPI par renvoi de l'article L.122-5 2°) : les personnes habilitées sont celles qui ont le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel, si les informations n'ont pas déjà été mises facilement et rapidement à leur disposition et à condition que les actes soient limités aux parties du logiciel d'origine nécessaire à l'interopérabilité.

⁸⁵² Pour une étude détaillée du nouveau droit des exceptions aux droits d'auteur, cf. Michel Vivant, *Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006*, D. aff. 2006 n°31 (consacré à la réforme du 1^{er} août 2006) p. 2159. Christophe Caron, *La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JCP 2006, I, 169.

419. Le droit des brevets reconnaît également un certain nombre d'exceptions au monopole conféré par le titre. Ainsi l'article L.613-5 réserve-t-il le bénéfice de ces exceptions:

« a) *Aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ;*

b) *Aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ;*

c) *A la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, (et) aux actes concernant les médicaments ainsi préparés ».*

Ces exceptions se justifient par l'idée selon laquelle tout progrès suppose l'accès libre à la connaissance et commande de libérer les actes d'expérimentation de toute emprise par le titulaire d'un brevet. A l'instar des exceptions en matière de droit d'auteur, les exceptions prévues par le droit des brevets couvrent donc de la même manière les actes domestiques ou expérimentaux⁸⁵³.

La différence d'inspiration et de but du droit d'auteur et du droit des brevets reçoit une nouvelle traduction ici. Si en effet l'exception posée par l'article L.613-5 a) suppose un but non commercial, les exceptions posées en matière de droit d'auteur sont étrangères à toute finalité de lucre. Puisque c'est la personne de l'auteur que l'on protège à travers sa création, les exceptions à ses droits patrimoniaux doivent être en harmonie avec ce but. Aussi est-il indifférent que le copiste indélicat argue de la non commercialité de son acte car la gratuité n'est pas une cause d'exonération⁸⁵⁴.

420. La loi prévoit en outre des exceptions relatives à un usage collectif de la création. L'article L.122-5 3°) du Code vise ainsi les courtes citations, les analyses, les revues de presse, la diffusion même intégrale à caractère informatif de discours prononcés en public et les reproductions d'œuvres d'art destinées à figurer dans un catalogue de ventes aux enchères et de nouvelles hypothèses introduites par la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006^{855 856}.

⁸⁵³ Schmidt-Szalewski : n°165 p.72.

⁸⁵⁴ Trib. Civ. Nantes, 14 mars 1930, Gaz. Pal. 1930, 1, p.729.

⁸⁵⁵ « 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : (...)

e) *La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé*

421. Qu'il soit donc question de reproduction, de fabrication ou encore d'exécution répétée, le Code de la propriété intellectuelle envisage de manière spécifique cette « *identité remarquable* » de la création intellectuelle. Si le vocable est varié et adapté aux particularités de chaque type de création, la réalité qu'il désigne est unique⁸⁵⁷ : la création est un bien reproductible à l'identique. Il semble toutefois que les particularités de chaque domaine de la création rendent délicate toute tentative d'approche unitaire de l'élément matériel de la contrefaçon⁸⁵⁸. L'objet de l'étude demeurant la notion de « *bien-crétation* », il s'agit à présent de préciser ce particularisme.

B- La reproductibilité ou l'ubiquité de la création

422. La reproductibilité de la création lui confère une qualité supposée spécifique, celle d'avoir le don d'ubiquité. C'est du moins ainsi que l'on peut comprendre les articles L.111-3 alinéa premier et L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle combinés.

Les créations désignées par l'article L.112-2 le sont à travers leur mode de production ou leur mode de fixation : écrits, dessin, sculpture, peinture, gravure, lithographie (désigne aussi bien le genre que le procédé de réalisation), graphiques ou typographiques, photographies et « *œuvres réalisées à l'aide de technique analogues* » etc... Ce texte, dont la liste n'est pas exhaustive, vise la plupart des genres dans lesquels peuvent intervenir des œuvres de

majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10 ».

⁸⁵⁶ La loi du 1^{er} août 2006 a par ailleurs intégré à l'article L.122-5 (droit d'auteur) et à l'article L.211-3 (droits voisins) CPI le « test des trois étapes » déjà posé par l'article 9.2 de la Convention de Berne, l'article 13 des accords Adpic et l'article 10 du traité OMPI. Ce test s'applique à toutes les exceptions prévues par l'article L.122-5. Au terme de ce « test », « *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Les exceptions au droit d'auteur sont donc en nombre limité, et elles ne peuvent être admises que pour autant que l'exploitation normale de l'œuvre ne soit pas perturbée ni que les ayants droit subissent un préjudice injustifié. Christophe Caron : *La Loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JCP 2006, I, 169. Christophe Geiger : *La transposition du test des trois étapes en droit français*, D. aff. 14 septembre 2006 p.2164. *La distribution en ligne des contenus numériques*, rapport de la commission présidée par M. Pierre Sirinelli, p.13. V. également *L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences*, table-ronde présidée par Michel Vivant et à laquelle participaient Marie-Françoise Marais, Pierre Sirinelli, Christiane Féral-Schuhl et Lionel Thoumyre, RLDI suppl. au numéro d'octobre 2006, p.33.

⁸⁵⁷ Sophie Alma-Delette : thèse précitée, n°448 p.295.

⁸⁵⁸ Jérôme Passa : *Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle*, in « *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité* », actes du colloque tenu à Grenoble le 28 novembre 2003, JCP éd. E, cahiers de droit de l'entreprise, supplément n°4 p.23.

l'esprit. Une création se manifeste donc sous une forme, une peinture par exemple, mais est susceptible d'être reproduite, en tout ou partie, sous diverses formes : photographies, moulages, films, dessins, peinture. La création est donc ubiquiste car si elle peut recevoir plusieurs formes sensibles de même nature ou de nature différente en même temps, elle peut donc être présente en plusieurs lieux, chaque exemplaire pouvant à son tour donner lieu à exploitation sous une forme ou sous une autre. La création est unique malgré ses formes. A travers cette qualité, la notion de création renvoie une fois de plus à son origine théologique car l'ubiquité est, originellement, un attribut divin.

423. Mais l'ubiquité de la création signifie surtout que celle-ci est présente indépendamment de sa matérialité initiale. Sa forme peut être « captée » et multipliée. C'est en cela qu'il est possible de parler de la création comme d'une chose incorporelle : elle manifeste son unité malgré l'infinie diversité théorique de ses représentations ou de ses reproductions possibles.

424. Il convient toutefois d'être prudent. La définition de la notion de bien incorporel n'a pas été sans poser de difficultés et il a même été vu qu'elle ne présentait qu'un faible intérêt pratique⁸⁵⁹. Ainsi a-t-il été proposé de définir les biens incorporels comme étant les utilités tirées d'une chose, le bien corporel étant la chose appropriable et appropriée et la chose étant tout ce qui existe. L'intérêt de la notion devient alors essentiellement méthodologique car elle permet de distinguer les utilités de leur support et rend possible la dissociation de la propriété corporelle de la titularité des utilités du bien. C'est ce que proclame l'article L.111-3 alinéa premier. Ce texte évoque toutefois la « *propriété incorporelle* », non la propriété sur un bien incorporel. Les droits sur la création ne sont ainsi pas attachés à la propriété du support mais à la qualité de créateur. Celui-ci peut toujours choisir de céder ses droits patrimoniaux, ses utilités, au nombre desquelles figure la reproductibilité de la création.

Mais il peut se produire que les utilités que la loi réserve au créateur interfèrent avec les utilités de l'objet matériel dans lequel est fixée la création. S'il peut s'ensuivre certains conflits, il s'avère surtout que l'on touche ici une limite de la pensée intellectualiste : la création intellectuelle n'est pas le seul bien reproductible et demeure en outre suspendue à l'existence de son support.

⁸⁵⁹ Cf. supra.

SECTION II : Les difficultés nées de la reproductibilité

425. L'immanence du « *bien-crédation* » semblerait donc résider dans sa reproductibilité. Or s'il s'agit bien de ce que les mathématiciens appellent une propriété, force est de constater que les créations ne sont pas les seuls biens reproductibles. Non seulement est-ce une qualité commune aux objets des propriétés intellectuelles⁸⁶⁰ mais, en outre, il apparaît, au vu des développements jurisprudentiels récents, que la reproductibilité peut concerner certains aspects des biens matériels. Il convient toutefois de bien cerner le problème. Il est en effet nécessaire de raisonner selon deux axes : d'une part, l'hypothèse selon laquelle la question d'une chose préexistante est susceptible de donner lieu à une création subséquente, et, d'autre part, l'hypothèse selon laquelle la création fait l'objet d'une reproduction, non servile, par un tiers. Or il s'avère que l'existence de droits antérieurs sur une chose – création ou non – n'est pas susceptible d'affecter significativement la production de la création, alors que l'exercice des droits sur la création subséquente ne sera pas libre.

Une controverse est en effet née autour de la question de l'image des choses (paragraphe premier), ce qui conduit montrer que la jurisprudence antérieure à l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 mai 2004 avait édifié une solution équilibrée, respectueuse du droit de propriété classique comme de la propriété intellectuelle, tirant de la reproductibilité des choses des conséquences logiques et une vision cohérente (paragraphe deuxième).

Paragraphe premier : La controverse née de la jurisprudence relative à l'image des choses

426. La jurisprudence fut assez tôt saisie de la question du sort qui devait être réservé à l'image des choses⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Ainsi le droit des marques sanctionne-t-il du même grief de contrefaçon la reproduction illicite d'un signe distinctif. L'article L.716-10 CPI punit également de trois ans d'emprisonnement et de 300 000€ d'amende toute reproduction ou imitation illicite. Il en va de même concernant le droit sui generis des producteurs de bases de données (art. L. 343-1 CPI).

⁸⁶¹ Cf. un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 27 mai 1842, S. 1842, 1, p.385, concl. Dupin, note Massé.

Ce qui caractérise les solutions rendues antérieurement à l'arrêt du 10 mars 1999 réside dans leur incroyable diversité, preuve supplémentaire, si besoin en était, que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Monsieur Bruguière qualifie ainsi la jurisprudence d'agitée et distingue selon que les juges s'appuient sur le droit de propriété ou qu'ils s'appuient sur un autre fondement⁸⁶². Nous nous bornerons dans le cadre de notre étude à exposer la jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation (A) amenant à une meilleure compréhension de la querelle doctrinale qui s'est engagée sur le terrain de l'image des choses (B). Il sera vu en effet que la reproductibilité n'est pas l'apanage de la création et que la reconnaissance de cette caractéristique à certains aspects des choses corporelles pourrait être de nature sinon à créer des conflits entre les différentes conceptions des biens, du moins à repenser la façon d'aborder les utilités des choses.

A- Exposé de la jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation

427. Par un arrêt du 10 mars 1999, la première chambre civile inaugurerait une jurisprudence que certains ont pu qualifier de révolution copernicienne^{863 864}. Sous le visa de l'article 544 du Code civil, la cour dégageait en effet le principe selon lequel « *le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit* » et cassait l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Caen au motif que « *l'exploitation du bien sous forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire* ».

428. Pour innovante qu'elle ait pu paraître, cette décision ne revêtait pourtant pas le sceau de la plus absolue nouveauté. Un arrêt de la chambre criminelle du 19 mars 1926 avait déjà jugé que, antérieurement à la loi du 9 avril 1910⁸⁶⁵, la vente d'un tableau faite sans réserve « *transmet la pleine et absolue propriété de la chose vendue, avec tous ses acces-*

⁸⁶² Jean-Michel Bruguière : *L'exploitation de l'image des biens*, Guide Legipresse, Victoires Editions, 2005, p.72.

⁸⁶³ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, affaire dite du « *café Gondrée* », Bull. n°87, p.58 ; RTD Civ. 1999, p.859, n°2, note F. Zenati ; D. 1999, jur. P.319, note E. Agostini et concl. J. Sainte-Rose ; JCP 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier et I, p.175, n°2, note H. Périnet-Marquet ; JCP 1999 éd. E, p.819, note M. Serna ; RTD Com. 1999, p.397, note A. Françon ; RIDA 1999, n°182, p.149, note M. Cornu ; Comm. Com. électr. 1999, commentaire n°4, obs. Y. Gaubiac ; RD immo. 1999, p.187, obs. J.-L. Bergel et M. Bruschi.

⁸⁶⁴ Il est toutefois singulier que certaines juridictions du fond avaient déjà retenu une analyse similaire à celle de l'arrêt de 1999 sans que la doctrine s'en inquiétât outre mesure. L'arrêt du 10 mars 1999 allait au contraire déchaîner les passions.

⁸⁶⁵ Laquelle dispose en son article unique que « *l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction* », DP 1911, 4, p.32.

soires » au nombre desquels figure le « *droit de reproduire un tableau* ». La cour concluait alors au rejet du pourvoi des héritiers des peintres dont les tableaux avaient été vendus sans réserve avant promulgation de la loi dans la mesure où ils n'avaient aucun droit sur l'œuvre et qu'ils étaient irrecevables à poursuivre en contrefaçon ceux qui la reproduisent⁸⁶⁶. Le texte visé consacrait alors la distinction aujourd'hui bien connue entre la propriété du support matériel de l'œuvre et la propriété de l'œuvre elle-même. N'étant pas d'application rétroactive, il était inapplicable aux cessions intervenues antérieurement à sa promulgation. C'est donc bien sur le terrain du droit de propriété classique et celui de l'accessoire que se plaçait la Cour : la cession de l'objet matériel entraînait donc la cession de tous ses accessoires, y compris le droit de reproduire l'objet. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris reconnaissait que le droit de reproduction doit être compris comme une prérogative du propriétaire en ces termes : « *Par application de l'article 544 du Code civil, tout propriétaire a le droit « le plus absolu » d'interdire la reproduction à des fins commerciales de ses biens* », droit n'ayant comme seule limite que l'abus qui pourrait en être fait⁸⁶⁷.

429. L'arrêt du 10 mars 1999 présentait un double intérêt. La Cour reconnaissait en premier lieu que l'image d'une chose n'est qu'un aspect de cette chose et qu'elle peut donc faire l'objet d'un droit de propriété. En second lieu, l'exploitation non autorisée de la chose sous forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire. On a pu regretter que la Cour ne précise pas ce qu'il s'agissait d'entendre par exploitation. Monsieur Bruguière fait toutefois remarquer que l'exploitation suppose une « *activité économique, commerciale* »⁸⁶⁸ et relève les difficultés posées par l'exigence d'exploitation commerciale.

Or le terme d'exploitation ne semble pas, en lui-même devoir poser de telles difficultés. En effet l'exploitation suppose nécessairement l'idée de tirer un profit quelconque du bien. Ce profit peut être commercial comme moral ou simplement hédoniste. Littéralement, il s'agit de faire valoir, de mettre la chose à profit ou, en l'occurrence, son image. Tout au plus pouvait-on soupçonner quelques « *virtualités dangereuses* » dans la solution rendue par la première Chambre civile⁸⁶⁹. La Cour de cassation confirma d'ailleurs rapidement sa position dans un arrêt lapidaire de la même chambre du 25 janvier 2000. Elle y relevait que

⁸⁶⁶ Crim. 19 mars 1926, DH 1927, 1, p.25, note M. Nast.

⁸⁶⁷ CA Paris, 7^{ème} ch., 12 avril 1995, JCP 1997, II, 22806, note V. Crombez ; RD immo. 1997, p.203, obs. J.-L. Bergel.

⁸⁶⁸ Jean-Michel Bruguière : *L'exploitation de l'image des biens*, précité p.80.

⁸⁶⁹ Christophe Caron : *Les virtualités dangereuses du droit de propriété (A propos de Cass. Civ. 1^{ère} 10 mars 1999)*, Def. 1999, art.37028 p.897.

l'exploitation commerciale non autorisée de l'image du bien d'autrui constituait un trouble manifestement illicite⁸⁷⁰.

430. La haute juridiction précisa toutefois sa solution dans un arrêt du 2 mai 2001⁸⁷¹. Toujours sur le fondement de l'article 544 du Code civil, la Cour cassa l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes pour manque de base légale au motif que les juges du fond n'avaient pas précisé en quoi « *l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire* ». Cet arrêt a pu être compris comme étant un infléchissement de la position de la première chambre civile, voire une amorce de revirement⁸⁷². Si l'exigence de la preuve d'un trouble certain est à coup sûr une restriction par rapport à l'arrêt de 1999, la décision du 25 janvier 2000 annonçait toutefois ce changement.

431. Sans remettre en cause les solutions antérieures, la Cour venait en outre élargir l'assiette du droit portant sur l'image des choses. Si l'arrêt de 1999 n'évoquait que le droit de jouissance du propriétaire, celui du 25 janvier 2000 y intègre son droit d'usage. Aussi remarquable qu'elle paraisse, cette extension n'en va pas moins de soi. En effet, si l'arrêt de 1999 n'évoque que le droit de jouissance, il n'entendait pas pour autant exclure le droit d'usage. La triade classique du droit de propriété – usus, fructus, abusus - dictait la solution.

L'image d'une chose est donc, selon la jurisprudence de la première chambre civile, un aspect de cette chose sur lequel peut s'exercer un droit de propriété. Il convient de préciser que l'image n'est pas, selon cette même jurisprudence, l'accessoire du bien, elle n'en est qu'un aspect. L'image relèverait alors du paradoxe car elle serait consubstantielle à la chose tout en étant supposée avoir une existence autonome.

432. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation ne se priva toutefois pas de l'occasion d'adopter une position franchement hostile à la solution précédemment dégagée. Le pourvoi était formé sur le terrain de l'atteinte à la vie privée des propriétaires d'une villa dont la photographie, prise depuis le domaine public maritime, était publiée accompagnée d'une légende précisant le nom du propriétaire et la localisation du bâtiment. La Cour précisa

⁸⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, Bull. n° 24 ; JCP 2001, II, 10554, note Aline Tenenbaum ; RTDC , 2001 p. 618-626, note Thierry Revet ; LPA 24 novembre 2000, p.13, note Thierry Le Bars.

⁸⁷¹ Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, Bull. n°114, p.74 ; D. 2001, jur. p. 1973, note J.-P. Gridel ; JCP 2001, II, 10553, note Ch. Caron ; JCP 2001, éd. E, p.1386, note M. Serna ; Def. 2002, art. 37497, note S. Piédelièvre ; LPA 22 août 2001, n°167, p.8 note J.-M. Bruguère ; Légipresse 2001, n° 183, III, p.115, note G. Loiseau ; RTD Civ. 2001, p.618, obs. T. Revet.

⁸⁷² F.-J. Pansier, note in Gaz. Pal. 9 juin 2001.

toutefois que la position des juges du fond était justifiée « *abstraction faite du motif, erroné mais surabondant, selon lequel « le droit à l'image » serait un attribut du droit de propriété* »⁸⁷³. La Cour de cassation engageait donc à son niveau un combat qui, jusque-là, semblait n'agiter que les juridictions du fond et la doctrine⁸⁷⁴.

433. La saisine de l'Assemblée plénière était donc sinon inéluctable, du moins souhaitable. Elle finit par adopter une solution contraire à celle de la première Chambre civile, et ce contrairement à l'avis de l'avocat général Sainte-Rose⁸⁷⁵. Rejetant le pourvoi formé par le propriétaire d'un immeuble historique dont la façade apparaissait dans le dépliant publicitaire d'une société de promotion immobilière, la Cour motiva sa décision en jugeant que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci* » et « *qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* »⁸⁷⁶.

La première Chambre civile modifia par la suite logiquement sa doctrine en adoptant mot pour mot l'attendu de l'Assemblée plénière ci-dessus rapporté, dans une espèce où les propriétaires d'une maison du XVIIIème siècle avaient agi contre une société ayant publié la photographie de celle-ci dans un ouvrage relatif au patrimoine des communes de France accompagnée de précisions localisatrices, historiques et architecturales⁸⁷⁷.

Si l'Assemblée plénière prétendait ainsi apaiser l'empoignade jurisprudentielle autour de la propriété de l'image des choses, conclure que la question est réglée paraît toutefois présumptueux. En effet, cette dernière solution est peu convaincante et elle ne semble favoriser qu'une approche partisane aux dépens de la cohérence du droit, même si le débat doctrinal a pu montrer les limites des théories classiques de la propriété ainsi que les limites d'une approche purement intellectualiste.

⁸⁷³ Civ. 2^{ème}, 5 juin 2003, Bull. n° 175 p. 150 ; Def. 2003 article 37845, p. 1577, note Jean-Luc Aubert ; Gaz. Pal. 2004, Somm. p.1387, note Henri Vray.

⁸⁷⁴ Jean-Michel Bruguière : L'exploitation de l'image des biens, précité, p.92.

⁸⁷⁵ LPA 10 janvier 2005, n°6, p.8.

⁸⁷⁶ A.P. 7 mai 2004, avis Jerry Sainte-Rose, LPA 10 janvier 2005 p.8 ; D. 2004, Somm. p.2406 obs. Nadège Reboul-Maupin ; D. 2004, jur. p.1545, note Jean-Michel Bruguière et p. 1547, note Emmanuel Dreyer ; JCP 2004, II, 10085, note Christophe Caron ; RJDA juillet 2004 p.842 ; RTD Civ. 2004 p.528, note Thierry Revet ; RIDA 2005 n°202 p.225 chron. André Kéréver ; Nicolas Bouche : Le droit de propriété et l'image des biens, RJDA octobre 2004 p.975 ; Christophe Geiger : *La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ?*, RLDI juin 2005 p.6.

⁸⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, pourvoi n°02-21452, Comm. Comm. électr. 2005, Comm. n°148 note Caron.

B- La controverse doctrinale autour de l'image des choses

Les camps peuvent schématiquement se scinder entre civilistes (1), courant qui pourrait être qualifié de « *corporéiste* », et partisans de la propriété intellectuelle (2).

1- L'approche civiliste de l'image des choses

434. Par la désignation d'approche civiliste de l'image des biens il est question du courant de pensée rattachant celle-ci à la propriété classique de l'article 544 du Code civil. Il s'agit, pour l'essentiel, d'une doctrine favorable à l'arrêt Gondrée du 10 mars 1999.

435. Cette doctrine considère que la question se focalise non pas tellement sur la notion d'image des choses mais sur celle de reproduction. Ainsi Monsieur le Doyen Cornu estime-t-il que « *l'affirmation d'un droit exclusif à l'image est excessive* »⁸⁷⁸. Pour Monsieur Agostini, affirmer que « *l'utilisation de l'image d'un bien (est) un élément du fructus ne (revient) jamais qu'à préciser le sens de l'article 544 du Code civil* »⁸⁷⁹. Monsieur Zénati explique en outre que si les utilités de la chose appartiennent au propriétaire de celle-ci, « *la réserve de l'utilité visuelle de la chose à son propriétaire (...) est la conséquence du mécanisme essentiel qui est à la base de la propriété* »⁸⁸⁰.

436. Certains auteurs abordent toutefois la question sous l'angle de la consubstantialité de l'image à la chose⁸⁸¹. En effet, ils considèrent que l'image est un aspect, une émanation de la chose. Ainsi, l'image constitue une reproduction de la chose et, par voie de conséquence, doit être attraitée dans le giron du droit de propriété initial⁸⁸². Selon Monsieur Dreyer, si un tiers réalise l'image d'un bien, il sera titulaire des droits sur celle-ci, mais le propriétaire du

⁸⁷⁸ Gérard Cornu : *Droit civil, Introduction les personnes, les biens*, 11^{ème} édition Montchrestien, 2003, n°1038 p.444.

⁸⁷⁹ Eric Agostini : *Corporel et incorporel, Etre, voir et avoir*, D. 2004, chron. p.821, spécialement p.823.

⁸⁸⁰ Frédéric Zénati : *Du droit de reproduire les biens*, D. 2004, chron. p.962, spécialement p.965.

⁸⁸¹ L'immatérialité de l'image n'est pas en soi contraire à la propriété consacrée par l'article 544, le droit de propriété ne se limitant pas aux choses matérielles.

⁸⁸² Emmanuel Dreyer : *Image des biens*, J.-Cl. Communication, fasc. n° 3760 (2002), n°20. V. également Bénédicte Magerand : *L'image des biens*, RRJ 2004, 1, p.149.

bien dispose d'un droit antérieur lui permettant d'en contrôler l'usage et d'en percevoir les fruits⁸⁸³.

Il serait erroné de dire qu'elle en serait l'accessoire comme le fit la Cour d'appel de Grenoble⁸⁸⁴. Si la chose présente plusieurs aspects dont l'image est l'un d'entre eux, elle demeure toutefois unique et indivisible. Accorder un droit sur l'image de la chose distinct du droit de propriété revient alors à morceler ce pouvoir : « *Appréhender un « droit exclusif sur l'image de la chose » distinctement du droit de propriété, lequel n'est que « le droit exclusif sur la chose », c'est morceler le droit de propriété en en extrayant le droit exclusif sur l'image de la chose, afin de l'abolir* »⁸⁸⁵.

437. Il est en somme considéré que la chose est un « *atome constellé d'utilités* »⁸⁸⁶ dont l'exploitation de l'image n'est que l'une d'entre elles. Et puisque la propriété c'est l'exclusivité, c'est-à-dire « *la possibilité d'exclure autrui des utilités d'un bien* »⁸⁸⁷, le propriétaire d'une chose est légitimement fondé se réserver l'exploitation de l'image de celle-ci, sous la réserve des droits concurrents évoqués par l'article 544 in fine. Aussi Monsieur Atias tempête-t-il contre l'arrêt du 7 mai 2004 qui, selon lui, semble confondre le « *furtum usus* » constitué par le regard passant sur une chose non soustraite au regard du public avec l'exploitation de l'image de cette chose⁸⁸⁸. La Cour de cassation paraît ainsi assimiler l'exploitation à un simple usage de la chose.

La jurisprudence Gondrée et les précisions apportées ultérieurement par la première chambre civile semblait donc, selon cette doctrine, une « *architecture harmonieuse et logique* » car qu'elle soit corporelle ou non, la propriété « *confère toujours le droit de reproduire* » puisqu'en effet « *ce n'est que dans le cas où deux propriétés sont imbriquées au point de se neutraliser partiellement que l'on peut voir le droit de reproduction de l'une empêcher celui de l'autre d'exister* »⁸⁸⁹.

⁸⁸³ Ibidem, n°18.

⁸⁸⁴ CA Grenoble, 15 juillet 1919, D. 1920, 2, p.9, note A. Raouast.

⁸⁸⁵ Thierry Revet : *La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-proprétaire...*, Droit et patrimoine juillet/août 2004, p.34, souligné par l'auteur.

⁸⁸⁶ L'expression est de Frédéric Zénati.

⁸⁸⁷ Frédéric Zénati : *Du droit de reproduire les biens*, précité, p.965.

⁸⁸⁸ Christian Atias : *Les biens en propre et au figuré : destitution du propriétaire et disqualification de la propriété*, D. 2004, n°21 p.1459.

⁸⁸⁹ Frédéric Zénati : *Du droit de reproduire les biens*, précité p.967.

2- L'approche « intellectualiste » de l'image des choses

438. Le monde de la propriété intellectuelle fut, au contraire, mis en émoi par l'arrêt Gondrée. En effet, la Cour de cassation aurait conféré davantage de droits au propriétaire de l'objet corporel en raison de la perpétuité de la propriété qu'aux descendants des auteurs ou de leurs ayants droit. La philosophie d'équilibre entre l'intérêt privé des créateurs et l'intérêt du public se verrait anéantie au profit de l'intérêt purement privé du détenteur de l'objet matériel dans lequel la création s'incarne. Certains auteurs n'ont pas hésité à parler d'oukase jurisprudentiel⁸⁹⁰ et, selon une formule de Monsieur Revet, « *c'est Desbois que l'on assassinerait* »⁸⁹¹.

439. Si l'approche civiliste semble surtout marquée par une analyse du droit de reproduction de la chose, l'approche intellectualiste se place quant à elle sur le terrain de la nature de l'image. Or la différence de point de départ est loin d'être neutre⁸⁹².

Cette doctrine postule que l'image des choses ressort du domaine de l'immatériel. Ainsi Monsieur Gautier estime-t-il que « *l'image de l'immeuble c'est la reproduction de sa forme tangible et ceci relève du domaine de l'incorporel* »⁸⁹³. Monsieur Geiger lui emboîte le pas en posant que la propriété dont il était question « *concernait une image, donc quelque chose d'immatériel, d'incorporel* »⁸⁹⁴.

440. Madame Bénabou assoit l'idée en montrant que l'image n'est qu'un mode de perception de la matière, ce qui conduit à des disjonctions temporelle et spatiale entre la chose et son image⁸⁹⁵. Selon cet auteur, l'image peut exister alors que la chose n'est plus, et l'image peut être à un endroit où la chose n'est pas⁸⁹⁶. En outre, une chose peut avoir plusieurs images

⁸⁹⁰ Gérard Ducrey et Thierry Lancrenon : *Dessine-moi une maison !*, Gaz. Pal. 2000, doctr. p. 2231, spécialement p.2237.

⁸⁹¹ Thierry Revet : *La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire*, précité p.35.

⁸⁹² Frédéric Zénati : *Du droit de reproduire les biens*, précité p.963-964.

⁸⁹³ Pierre-Yves Gautier : *Le droit sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation a créé de la para-propriété intellectuelle*, note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999 JCP 1999, II, 10078.

⁸⁹⁴ Christophe Geiger : *La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ?* (à propos de l'arrêt d'AP du 7 mai 2004), RLDI juin 2005, n°6 p.6, spécialement p.7.

⁸⁹⁵ Valérie-Laure Bénabou : *La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien*, Droit et patrimoine mars 2001 p.84, spécialement p.87.

⁸⁹⁶ Tel serait le cas, par exemple, de la photographie d'une maison aujourd'hui détruite et exposée à des centaines de kilomètres... voire à quelques mètres.

tandis que plusieurs choses – choses de genre - peuvent avoir une seule image. L'image serait donc simplement comprise, ainsi que l'écrit Monsieur Gautier, comme une forme de la chose.

Ainsi, le droit exclusif sur l'image des choses reconnu par l'arrêt Gondrée constituerait un monopole illégitime. En effet, le propriétaire de la chose dont l'image a été fixée n'est pas intervenu en tant que créateur, contrairement au photographe. Or l'acte de création est récompensé par un monopole sur le résultat de cette création. Il serait donc incohérent et illégitime de faire bénéficier un propriétaire qui ne crée pas d'un monopole perpétuel là où les créateurs artistiques et les inventeurs ne bénéficient que de monopoles temporaires⁸⁹⁷.

441. Outre cette distorsion, il fut reproché à l'arrêt Gondrée de consacrer une véritable privatisation du domaine public. La liberté de création serait ainsi considérablement remise en cause par une jurisprudence investissant le propriétaire d'un droit exclusif sur l'image de sa chose⁸⁹⁸. Aussi est-ce avec bonheur que Monsieur Geiger salua l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 7 mai 2004⁸⁹⁹, et il y a tout lieu de penser que le Requiem entonné pas Monsieur Caron prendrait plutôt des accents de Chant du Départ⁹⁰⁰. L'« *excellente nouvelle* » pour la propriété intellectuelle qu'amène ce « *bel arrêt important* » recueillerait en outre, selon l'auteur, les suffrages du corps social⁹⁰¹.

442. La doctrine intellectualiste pose donc que l'image d'une chose est un bien incorporel et, par voie de conséquence, qu'il n'y a pas lieu de la considérer comme étant consubstantielle à la chose qu'elle représente. La dissociation, l'autonomisation de l'image par rapport à son « sujet » permet donc de penser un droit de propriété spécifique de l'image qui appartiendra à celui qui prendra la peine de la fixer en faisant acte de création.

Il apparaît donc très clairement que la doctrine s'oppose vigoureusement sur la question de la reproductibilité de l'image des biens, notamment en ce qu'elle est susceptible

⁸⁹⁷ Christophe Caron : Les virtualités dangereuses du droit de propriété, Def. 1999, art. 37028, p.910.

Pierre-Yves Gautier : note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, précitée, n°16 p.860.

⁸⁹⁸ Ariane Fusco-Vigné et Bérengère Gleize : *Zoom sur l'image des biens : la création photographique en danger*, in Annales de la faculté de droit d'Avignon 2000, p.63.

⁸⁹⁹ Christophe Geiger : *La remise en cause du droit à l'image des biens*, précité.

⁹⁰⁰ Christophe Caron : Requiem pour le droit à l'image des biens, note sous AP 7 mai 2004, JCP 2004, II, 10085.

⁹⁰¹ Ce qui est toutefois plutôt douteux pour deux raisons. La première c'est que tout propriétaire se voyait, par l'arrêt Gondrée, investi du monopole de reproduction de ses choses et, partant, voyait le champ de son droit de propriété s'agrandir ou, plus exactement, se voyait révéler une utilité « nouvelle » du droit de propriété. La deuxième c'est que le développement croissant d'une véritable économie de la contrefaçon et la multiplication du piratage via l'Internet amènent à s'interroger sur l'acceptation inconditionnelle par le corps social des monopoles de propriété intellectuelle. Cf. Christine Le Boulanger et Françoise Perdiou-Maudère : *L'industrie de la contrefaçon : de l'imitation à l'innovation*, éditions management et société, 2000.

d'affecter la création intellectuelle. L'analyse montre toutefois que l'arrêt du 7 mai 2004 n'est pas exempt de critiques et s'il a le mérite de poser clairement une solution, celle-ci s'avère en fin de compte désastreuse s'agissant de l'équilibre des différentes propriétés.

Paragraphe deuxième : L'articulation logique des propriétés et la création préservée : contre l'arrêt du 7 mai 2004.

443. Les diverses approches doctrinales de l'articulation entre la propriété classique et la propriété intellectuelle font ressortir une nette distinction entre la réalisation de l'image de la chose d'une part, et l'exploitation de cette image d'autre part. Or la liberté de la première ne peut en aucun cas entraîner de manière systématique la liberté de la seconde. L'arrêt du 7 mai 2004 paraît donc, à cet égard indéfendable. La Cour de cassation fait montre d'un art consommé de l'ellipse car elle amalgame implicitement la réalisation et l'exploitation de l'image. Il faut en outre, pour l'intelligibilité du propos, distinguer entre la chose, c'est-à-dire l'existant, et le bien, c'est-à-dire les droits portant sur la chose ou, plus exactement, sur l'utilité de celle-ci⁹⁰².

Il est donc nécessaire d'envisager d'une part la question de la réalisation d'une création confrontée au caractère reproductible des choses (A) et d'autre part la question de l'exploitation de cette création (B).

A- La réalisation d'une création et la reproductibilité des choses

444. Le problème lié à la réalisation d'une création intellectuelle à partir de l'image des choses passe, ainsi que l'a montré la doctrine intellectualiste, par la définition de l'image en tant que chose incorporelle. Or la nature immatérielle de l'image ne va pas de soi (1) et il ressort de l'arrêt Gondrée que la Cour de cassation ne se posait nullement en pourfendeur de la liberté de créer (2).

⁹⁰²

Cf. supra.

1- Discussion sur la nature immatérielle de l'image et sur sa propriété

L'appréhension de l'image des choses par le droit pose deux questions : la première est celle de l'autonomie ou de la consubstantialité de l'image et de la chose (a), la seconde étant celle de la qualité de chose ou de la qualité de bien de cette image (b).

a) L'appréhension de l'image par le droit : autonomie ou consubstantialité ?

445. La confrontation des deux positions doctrinales s'avère délicate tant est radicale la différence d'approche. Alors que les civilistes s'interrogent sur la reproduction, les intellectualistes partent de la nature de l'image. Or les droits sur la chose doivent être dictés par la nature de celle-ci. Et la titularité de ces droits découle de la propriété de cette chose.

446. Il s'agit de distinguer clairement entre chose, c'est-à-dire l'objet matériel dont l'image sera fixée, et le bien, c'est-à-dire les droits sur la chose, droits dont la chose est l'assiette. Si l'on parle d'image il s'agit donc de celle de la chose.

447. L'assiette des droits sur l'image de la chose réside incontestablement dans la chose elle-même. Postuler l'autonomie de l'image de la chose est alors pour le moins hasardeux. L'image-crédation est-elle davantage image ou création ? Une prééminence de l'une par rapport à l'autre n'est pas de mise car la chose préexiste non pas à son image, mais à la fixation de celle-ci. Dire que la chose préexiste à son image relèverait de la plus pure des absurdités car il ne pourra y avoir d'image qu'autant que la chose existe et qu'il y aura quelqu'un pour percevoir cette image. Réciproquement, dire que l'image préexiste à la chose présente le même type de difficultés. Cela pourrait simplement vouloir dire que la chose a été préconçue par image avant d'être réalisée. Il s'agit dès lors d'un processus classique de réalisation à partir de plans ou de dessins, mais en aucun cas d'une image de la chose elle-même : ces plans ou dessins sont eux mêmes la réalisation d'une préconception dans l'esprit de leur auteur, il s'agit d'une fixation de la pensée et non de l'image d'une chose. Il faut donc considérer que l'image d'une chose coexiste temporellement avec elle, du moins en ce qui concerne le début de son existence.

448. Si la perception directe de l'image d'une chose suppose inmanquablement l'existence et la présence de cette chose, la question de l'autonomie de l'image se pose avec bien plus d'acuité lorsque celle-ci fait l'objet d'une fixation, par quelque procédé que ce soit. Cette fixation donne lieu à une deuxième chose, que l'on appellera dérivée, dans laquelle s'incorpore l'image de la chose première. La question est alors de savoir si la chose dérivée peut s'abstraire de la chose première et mener une existence autonome.

Il serait difficilement soutenable que la photographie d'une maison soit consubstantielle à celle-ci. Affirmer le contraire revient à confondre l'image de cette maison avec le support – la chose dérivée – de l'image.

449. Un auteur faisait remarquer la diffraction temporelle existant entre la chose et son image. Selon Madame Bénabou en effet, non seulement « *l'image de la chose correspond à un état de la chose à un moment donné* », mais encore l'image subsiste-t-elle alors que la chose peut avoir disparu⁹⁰³. Eu égard aux précisions apportées, une telle opinion devient difficilement défendable car il y a confusion entre l'image de la chose et l'image fixée, c'est-à-dire la chose dérivée. Il n'y a donc pas une seule image, mais plusieurs. Assortie d'un article défini, l'image d'une chose désigne la perception immédiate que peut avoir tout observateur de cette chose. Traduite juridiquement, l'image donne lieu précisément à ce « *furtum usus* » du passant pour qui la chose est visible du domaine public. Lorsqu'il est question d'une image – avec un article indéfini – il est question d'un aspect parmi d'autres de la chose, aussi bien physiquement – telle ou telle façade d'une maison – que temporellement – hier, aujourd'hui, il y a cent ans. Ce qui survit à la chose ce n'est pas son image, mais une image parmi d'autres dont on avait pris la peine de la fixer. Cette image fixée – chose dérivée - se voit donc matériellement et indiscutablement émancipée de la chose première. La clef demeure donc dans la fixation des images d'une chose, et non dans l'image en elle-même.

450. Nous avons donc distingué la chose et l'image de la chose – son aspect saisissable immédiatement et furtivement par le regard – des images de la chose dont la fixation donnera lieu à une chose dérivée. Le problème né de la reproductibilité de certains aspects des choses a déjà été tranché par le législateur et c'est volontairement qu'a été adoptée l'expression de « *chose dérivée* ». En effet, l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle confère la protection de la propriété littéraire et artistique aux auteurs de traductions,

⁹⁰³ Valérie-Laure Bénabou : La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, précité, spécialement p.87.

d'adaptations, de transformations ou d'arrangements d'œuvres préexistantes « *sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale* »⁹⁰⁴. L'auteur de l'œuvre dérivée ou composite⁹⁰⁵ bénéficie des mêmes droits que l'auteur de l'œuvre originale sans toutefois pouvoir porter préjudice à celui-ci. L'assiette de chaque série de droits est en effet différente et l'autorisation de reproduire un cliché intégré dans une œuvre composite n'emporte pas le droit d'exploiter celle-ci⁹⁰⁶. L'article L.122-4 conduit toutefois l'auteur d'une œuvre composite à requérir l'accord de l'auteur de l'œuvre première ou de ses ayants droit ou ayants cause. La même idée prévaut concernant les inventions de perfectionnement : L'article L.613-15 dispose ainsi que « *Le propriétaire d'un brevet portant sur un perfectionnement à une invention déjà brevetée au profit d'un tiers ne peut exploiter son invention sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur* » et, réciproquement, que le titulaire du premier brevet ne pourra exploiter le perfectionnement sans l'accord du second breveté.

451. Comment traiter différemment la question de l' « *image-crédation* » d'une chose accessible au public du point de vue de la création de celle d'un « *bien-crédation* » ? L'accessibilité n'est pas synonyme de libre exploitation. L'arrêt du 7 mai 2004 amalgame allègrement la réalisation de l'image-crédation à l'exploitation de celle-ci. Or si la liberté de réalisation ne saurait être niée, la liberté d'exploitation ne paraît pas aller de soi. En effet, la concurrence de droits antérieurs s'y oppose catégoriquement et l'accord du précédent titulaire est nécessaire. Consacrée en matière d'œuvres dérivées et d'inventions de perfectionnement, la solution est dans la logique du droit de propriété.

452. Le Code de la propriété intellectuelle règle donc la question de créations dérivées en ménageant l'autorisation et les droits du premier créateur lorsque cette création n'est pas tombée dans le domaine public. Ne pourrait-on penser qu'il y a là un principe fondamental selon lequel toute chose dérivée ne peut être sinon créée du moins exploitée sans le consentement du propriétaire de la chose première ? Ce qui serait justifiable et consacré sur le terrain des propriétés intellectuelles devrait-il alors être par principe rejeté dès lors qu'est susceptible de s'y mêler l'article 544 du Code civil ?

⁹⁰⁴ L'adjectif « originale » marque ici la préexistence d'une œuvre de l'esprit dont sera tirée une œuvre dérivée ou composite, non l'originalité au sens marque de la personnalité de l'auteur. Sur l'identité notionnelle malgré la double terminologie, Cf. CA Paris 10 mars 1970 relatif à l'orchestration par Maurice Ravel des « *Tableaux d'une exposition* » de Modeste Moussorgski (D.1971, jur. p.114, note P.L. ; RIDA juillet 1970 p.139) qui évoque l'orchestration aussi bien comme une œuvre dérivée que comme une œuvre composite. V. Colombat : n°117 p.104.

⁹⁰⁵ Définie par l'article L.113-2 al.2 comme étant « *l'œuvre à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ».

⁹⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2002, pourvoi n°00-20664, Bull. n°295, p.230.

La réponse paraît assurément devoir être négative.

L'image d'une chose est donc consubstantielle à cette chose. L'image d'une chose fixée sur un support est matériellement autonome par rapport à cette chose, mais cela ne signifie pas pour autant que les droits sur la chose dérivée tombent automatiquement et discrétionnairement dans le patrimoine de son créateur. La première condition de cette autonomie reste la fixation sur un support. Il ne pourra y avoir propriété incorporelle que pour autant que cette fixation présente les caractères d'une création intellectuelle et que les droits antérieurs soient respectés, mais « *tant qu'elle n'est pas érigée en droit, l'image fait partie de la matière* »⁹⁰⁷.

b) L'appréhension de l'image par le droit : chose ou bien ?

453. Il s'agit à présent de déterminer la nature juridique de l'image d'une chose. Nous avons pu définir les choses comme étant tout ce qui existe, c'est-à-dire tout ce qui possède une réalité objective et qui est susceptible d'appréhension sensible, et les biens comme étant les droits sur les choses, c'est-à-dire les utilités appropriables et il a été question, jusqu'à présent, de la seule image des choses. La doctrine intellectualiste fait de l'image une chose immatérielle, c'est-à-dire dont l'existence n'est subordonnée à aucun support. Il convient de se demander s'il est possible de retenir une pareille conception.

454. L'alternative se pose de la manière suivante : si l'image est une chose, elle possède une réalité objective. Si en revanche elle est un bien, il s'agira alors d'une fiction, et donc rien ne s'opposera à son incorporité. L'une des qualifications n'exclut toutefois pas l'autre. Il s'agit alors de vérifier si l'image peut recevoir la double qualité ou si, au contraire elle est nécessairement une chose ou un bien.

455. L'image, telle qu'elle est comprise à travers la jurisprudence de la Cour de cassation, se reporte toujours à une chose préexistante. Il s'agit d'une représentation tangible, perceptible à la vue. Elle est l'objet de l'expérience visuelle d'une personne amenée à la voir ou à l'observer.

⁹⁰⁷ Frédéric Zénati : RTD Civ. 1999, p.859.

L'image est donc quelque chose, elle suppose l'intervention de procédés optiques pour son appréhension et sa représentation. Sa qualité de chose ne pose pas de difficultés.

456. Que l'image ait une réalité tangible ne s'oppose pas pour autant à ce qu'elle ait également une réalité intelligible. Il s'agit alors de mesurer si l'image peut être simultanément une chose corporelle et une chose incorporelle. Il a été vu que la notion de chose incorporelle désignait une fiction permettant d'expliquer l'existence et la titularité de droits indépendamment de la propriété d'une chose corporelle. Ainsi le droit d'auteur est-il attaché à l'œuvre de l'esprit, chose incorporelle, indépendamment de la propriété du support dans lequel s'incarne l'œuvre. Peut-on considérer l'image de la même manière ?

457. Pour qu'il en soit ainsi il faudrait alors distinguer selon que l'image a fait l'objet d'une fixation ou non. Si l'image a été fixée, il ne s'agit plus que d'une représentation d'un aspect de la chose, et, par hypothèse, cette représentation est matériellement autonome par rapport à celle-ci. L'image fixée est-elle alors une chose incorporelle ? Cela paraît douteux, puisqu'elle ne saurait exister hors du support. Si l'image fixée est une création intellectuelle, on retombe alors dans l'hypothèse classique de l'article L.111-3. C'est alors la création qui sera considérée comme une chose incorporelle, le fait qu'elle s'incarne en une image n'étant susceptible que de la rattacher à un genre (photographie, peinture, lithographie...). Si en revanche l'image n'a pas été fixée, elle demeure consubstantielle à la chose et, puisqu'elle est tangible, elle ne pourra être que chose corporelle.

Si la doctrine intellectualiste a pu reprocher à l'arrêt Gondrée de « *privatiser le domaine public* », ce n'est ainsi qu'au prix d'une rhétorique habile mais sujette à caution postulant que l'image de toute chose est immatérielle et appartient au domaine public. La confusion adroitement entretenue entre le « *furtum usus* », la fixation de l'image, et la qualité de création intellectuelle de l'image fixée a sans doute achevé de convaincre la plus haute formation de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français. Ce qui était reproché à l'arrêt Gondrée, c'était alors davantage les restrictions – légitimes - apportées à l'exploitation de l'image des choses par des tiers qu'une véritable entrave à la liberté de création.

2- L'arrêt Gondrée respectueux de la liberté de créer

458. La doctrine intellectualiste a voué l'arrêt Gondrée aux gémonies. La liberté de créer serait, selon ses détracteurs, bafouée par la première chambre civile reconnaissant un droit exclusif au propriétaire d'une chose sur l'image de celle-ci. Or force est de reconnaître qu'il n'en est rien.

En effet, l'arrêt du 10 mars 1999 ne faisait que poser que « *le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit* ». La Cour précisait ensuite qu'il y avait atteinte au droit de jouissance du propriétaire dans le cas de l'exploitation non autorisée de photographies du bien. La décision ne portait donc exclusivement que sur l'exploitation de l'image, non sur sa réalisation. La Cour prenait en outre soin de ne pas limiter l'hypothèse à celle de l'image des choses puisqu'elle visait toute forme d'exploitation.

459. Il paraît indéniable que l'image d'une chose n'est pas cette chose. Elle n'en est qu'un aspect parmi d'autre. Si elle lui est consubstantielle, elle n'est en aucun cas la « *vérité* », la quiddité, de cette chose. Platon avait déjà soulevé dans la République que toute représentation est mensonge : elle donne à voir une apparence mais non à saisir la réalité de la chose⁹⁰⁸. Il y a donc une disjonction de perception entre la perception directe de la chose et la perception de son image fixée. Il y aurait en outre une disjonction spatiale et une disjonction temporelle entre la chose et son image⁹⁰⁹, mais à condition que celle-ci soit matériellement fixée.

460. Que l'image survive à la chose semblerait plaider en faveur d'une dissociation et faire de l'image une chose distincte. L'idée est séduisante. Elle n'en demeure par moins fausse. En effet, il serait tentant de conclure à l'indéniable supériorité de l'image qui, en tant que chose immatérielle, donnerait naissance à des droits incorporels distincts. Ce serait là encore biaiser la question. Car, en effet, si l'image d'une chose paraît détachable de celle-ci, elle ne survivra que pour autant qu'elle ait été fixée dans un support matériel. Le paradoxe des propriétés incorporelles se trouve ici renouvelé d'une manière originale. En effet, la propriété incorporelle sur l'image d'une chose ne sera susceptible de durer qu'autant que le support où elle est incorporée existera.

461. Que l'image ne soit qu'un aspect de la chose ou qu'elle puisse être partagée par de multiples objets dans le cas des choses de genre n'est pas non plus décisif pour proclamer

⁹⁰⁸ *La République*, X, 595b-601c, trad. R. Baccou, GF-Flammarion p.359-365.

⁹⁰⁹ Valérie-Laure Bénabou : *La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien*, Droit et patrimoine mars 2001, p.84, spécialement p.87.

son indépendance. En effet, si l'on a pu reprocher son archaïsme à la vision « corporéiste » de l'image, la chose et son image forment un tout indissociable. Comment pourrait-il en aller autrement puisque sans la chose son image ne saurait exister ? L'image est donc une dimension de la chose dont la valeur réside autant dans sa forme que dans sa matière. Mieux ! Il est des cas où la valeur-refuge réside non pas dans l'image mais dans la chose elle-même⁹¹⁰.

462. L'article L.111-3 du Code de la propriété intellectuelle est alors appelé en renfort. La proclamation de la distinction de la propriété du support et de la propriété incorporelle de l'œuvre semblerait « supplanter » le droit des biens. Il s'agit toutefois de ne pas confondre la chose qui fera l'objet d'une représentation par l'image et la représentation elle-même qui est susceptible d'être une œuvre de l'esprit. Ce sont deux choses corporelles qui coexistent, la « chose dérivée » incorporant cette chose incorporelle qu'est l'œuvre.

463. Le raisonnement doit être poussé. Soit un immeuble dont on tirerait une photographie. L'immeuble fait l'objet d'une propriété classique au sens de l'article 544 du Code civil⁹¹¹. La photographie, elle, n'est qu'une représentation visuelle de cet immeuble. Pour peu qu'elle soit originale, elle donnera donc naissance à un droit d'auteur au profit du photographe. Or l'article L.111-3 ne pose ici que l'indépendance de ce droit d'auteur par rapport à la propriété du support papier dans lequel l'image est incorporée, et non par rapport à la propriété de l'immeuble qui est le sujet de la photographie, le support papier pouvant également faire l'objet d'une propriété corporelle. L'article L.111-3 est impuissant à expliquer et surtout à fonder l'autonomie de l'image d'une chose par rapport à celle-ci. Soit la fixation de l'image est originale, auquel cas il y a création d'une œuvre de l'esprit, soit au contraire elle est dénuée d'originalité, auquel cas la photographie ne pourra donner lieu à droit d'auteur.

464. L'image demeure, étymologiquement, une reproduction mentale d'origine sensible. Il semblerait difficile au propriétaire d'un bien visible du domaine public d'exiger du passant de détourner son regard. Le propriétaire peut parfois clore sa chose et ainsi la soustraire aux regards jugés indiscrets. Une jurisprudence considérait d'ailleurs le droit de reproduction de l'image comme étant une conséquence du droit de se clore⁹¹². Tous les propriétaires ne peuvent toutefois agir ainsi et c'était le cas de ceux de l'hôtel de Girancourt à Rouen. Il ne s'agit donc pas de nier le « *furtum usus* » des passants. Pourquoi le propriétaire d'un immeuble soustrait au *furtum usus* par la clôture pourrait-il avoir le monopole d'exploitation

⁹¹⁰ Ainsi est-ce le cas des œuvres d'art, cf. P.-Y. Gautier : n°159 p.242.

⁹¹¹ Et éventuellement d'un droit d'auteur au profit de l'architecte.

⁹¹² Jean-Michel Bruguière : *L'exploitation de l'image des biens*, précité, p.67.

de l'image de sa chose, et non le propriétaire d'un immeuble visible du domaine public ? Et qu'en serait-il si d'aventure la clôture laissait passer les regards et non les corps⁹¹³ ? En irait-il différemment ? La solution retenue en 2004 introduit une inégalité difficilement justifiable car le même droit de propriété justifierait d'un côté un monopole sur l'image d'une chose tandis qu'un simple droit de vue du passant fonderait la liberté de fixation et d'exploitation de l'image de la chose.

Rien dans l'arrêt Gondrée ou dans ses prolongements n'entravait la liberté de fixer d'une manière ou d'une autre l'image d'une chose appartenant à un tiers. La liberté de créer n'était en rien affectée par cette solution. Il n'en allait toutefois pas de même concernant l'exploitation de cette création, celle-ci étant réservée au propriétaire de l'objet corporel dans la jurisprudence de la première chambre civile antérieure à 2004.

B- La création et la reproductibilité des choses

465. La question de l'image d'une chose appartenant à un tiers pose davantage de difficultés lorsque celui qui réalise la représentation de la chose cherche à tirer profit de sa création. L'interrogation porte inévitablement sur le concours, la coexistence ou l'inexistence des droits respectifs du propriétaire et du créateur.

La problématique de l'image des choses est, pour ce qui nous occupe, une simple question de préexistence des droits. En effet, la réalisation d'une création à partir de l'image d'un bien ne pose pas d'autres difficultés semble-t-il que lorsqu'une création dérive d'une autre. Le problème est donc similaire à celui de l'œuvre dérivée ou de l'invention de perfectionnement. Si la question dépasse quelque peu l'objet de l'étude, l'approche des droits dans cette hypothèse permet de mieux cerner l'intérêt de la notion de création. Il s'agit alors de montrer les incohérences de l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 mai 2004 (1) pour mener une réflexion plus générale sur les propriétés intellectuelles (2).

1- L'incohérence de l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 mai 2004

⁹¹³ Ainsi que le font les grilles et grillages...

Bien qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet, le motif de rejet est rédigé à la manière d'un attendu de principe. Il ne laisse aucun doute quand à la volonté de l'Assemblée plénière de briser la jurisprudence Gondrée. Envisageons successivement les deux membres de phrase de la solution.

a) « Le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ».

466. L'intention avouée de prendre le contre-pied de la première Chambre civile est ici manifeste. L'Assemblée plénière vise tout droit exclusif, quel qu'il soit, c'est-à-dire tout droit susceptible de porter sur une chose, en l'occurrence l'image, y compris l'exploitation des utilités de celle-ci. Mais déjà le bât blesse. Serait-ce à dire que l'image d'une chose visible depuis le domaine public soit une chose commune, une chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous⁹¹⁴ ? Si l'on pousse cette idée jusqu'au bout, l'usage commun de l'image conduit à ne sanctionner que l'abus qui consisterait à priver autrui de son droit d'usage ou à en limiter l'exercice. Dans ce cas, le propriétaire d'une chose qui limiterait ou interdirait l'usage de l'image de sa chose se conduirait en scélérat. Il serait à égalité avec toute autre personne susceptible d'utiliser comme bon lui semble l'image d'une chose ne lui appartenant pas : « *l'image est banale* »⁹¹⁵. Sur quoi la Cour de cassation peut-elle alors fonder le droit du propriétaire de la chose à demander réparation de l'usage de l'image lui causant un trouble anormal ?

467. L'image d'une chose paraît en outre difficilement pouvoir être considérée comme une *res derelictae*, à moins qu'il ne soit établi que le propriétaire de la chose ait entendu se défaire de l'image. Cela supposerait donc qu'il fut auparavant maître de cette image et donc titulaire d'un droit exclusif, ce qu'exclut l'Assemblée plénière. Cela impliquerait en outre qu'un tiers soit susceptible d'acquérir la propriété de l'image par occupation, lui conférant ainsi un droit exclusif sur celle-ci alors que l'arrêt du 7 mai 2004 le dénie au propriétaire de la chose même. L'hypothèse est donc à proscrire.

⁹¹⁴ Art. 714 du Code civil.

⁹¹⁵ Christian Atias : *Les biens en propre et au figuré...*, précité n°9 p.1460.

Un auteur a par ailleurs pu proposer de voir une présomption de consentement du propriétaire à l'exploitation de l'image de sa chose⁹¹⁶. L'idée paraît discutable car l'exclusivisme de la propriété ne suppose pas une présomption de consentement mais le choix du propriétaire d'exercer ou non ses prérogatives. Si « *l'exclusivité qui résulte de la propriété n'est pas interdiction mais seulement faculté d'interdire* »⁹¹⁷, il serait tout aussi possible et peut-être plus logique de fonder une présomption d'interdiction sur ce même exclusivisme. L'idée d'une présomption de consentement n'est toutefois possible qu'autant qu'est retenue la solution de l'indissociabilité de la chose et de son image, solution condamnée par l'Assemblée plénière.

468. Si l'image d'une chose est-elle même une chose mais qu'elle n'est ni susceptible d'un droit exclusif, ni une *res derelictae*, ni une chose commune, peut-on alors la considérer comme une chose sans maître ? La question revient à se demander si l'image d'une chose appartient au domaine public. Une chose sans maître appartient, selon l'article 713 du Code civil, à l'Etat. Dire que l'image d'une chose serait une chose sans maître ou vacante suppose donc soit la preuve de la vacance de l'image, soit la démonstration de l'intégration de celle-ci au domaine public. La jurisprudence considère en effet que les sites publics tels que la rue ou les sites pittoresques peuvent être photographiés⁹¹⁸. Mais, ainsi que le fait remarquer Monsieur Zénati, les bâtiments donnant sur la rue ne sont pas des dépendances du domaine public⁹¹⁹. Comprendre l'image de choses faisant l'objet de propriétés privées comme étant des éléments du domaine public relèverait alors non plus du paradoxe mais du déni de bon sens. Si le droit de l'urbanisme impose certaines contraintes aux propriétaires, il ne les dessaisit pas de l'image de leur immeuble⁹²⁰.

469. La solution adoptée par l'Assemblée plénière ne manque donc pas de susciter la perplexité. A moins de considérer que l'image d'une chose n'est pas une chose, ce qui conduirait à la plus coquette des absurdités. Si l'on considère en effet l'image comme étant autonome, il va de soit qu'elle est une chose. Si, au contraire, elle est comprise comme étant consubstantielle à la chose, elle en acquiert la qualité par métonymie.

Il convient en outre de remarquer que le champ de la solution retenue par l'Assemblée plénière est plus restreint que celui de l'arrêt Gondrée. La première Chambre civile ouvrait en

⁹¹⁶ Frédéric Zénati : *Du droit de reproduire les biens*, précité, p.968.

⁹¹⁷ Frédéric Zénati : *Ibidem*.

⁹¹⁸ Frédéric Zénati : *Ibidem*. Bernard Edelman : *La rue et le droit d'auteur*, D. 1992, chron. p.91.

⁹¹⁹ Frédéric Zénati : *Ibidem*.

⁹²⁰ Marie Cornu : *L'image des biens culturels, les limites de l'appropriable*, in *Image et droit*, sous la direction de Pascale Bloch, L'Harmattan, p.511, spécialement p.531.

effet largement le droit du propriétaire d'une chose quant à l'exploitation de celle-ci et loin de la cantonner à l'image, l'arrêt visait toute forme d'exploitation. Toute modalité de reproduction de n'importe quel aspect de la chose était ainsi visée. Peut-être était-ce trop audacieux tant seule l'image paraît devoir se plier à la reproduction pour l'exploitation d'une chose corporelle. Mais pourquoi ne pas imaginer la reproduction et l'exploitation des fréquences vibratoires de la chose ? L'Assemblée plénière demeure quant à elle volontairement cantonnée au domaine de l'image aux conséquences pratiques déjà si vastes...

L'absence d'exclusivisme sur l'image d'une chose paraissant difficilement justifiable, il convient à présent d'envisager la limite apportée par la Cour de cassation à la libre utilisation de cette image par un tiers.

b) « Il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ».

470. L'Assemblée plénière limite l'« utilisation » de l'image d'une chose par un tiers lorsque cette utilisation est susceptible de causer un trouble anormal à son propriétaire. Mais que faut-il d'abord entendre par utilisation ? Le terme a-t-il une vocation plus large ou plus restreinte que la notion d'exploitation ?

Rapproché du premier membre de phrase de l'attendu, il est simplement possible de conclure que les tiers sont fondés à utiliser l'image d'une chose appartenant à autrui. Le terme d'utilisation renvoie pour autant à l'idée de tirer les utilités. Par voie de conséquence, la Cour de cassation dépossède purement et simplement le propriétaire d'une chose de l'exclusivité des utilités de l'image de cette chose. C'est un droit d'exploitation ouvert à tous ceux qui prendront la peine de fixer cette image. Or il a été montré que cette dépossession est pour le moins discutable sur le terrain du droit des biens.

471. Toute personne peut donc retirer les utilités de l'image de toute chose⁹²¹, qu'elle soit dans le domaine public ou qu'elle fasse l'objet d'une propriété privée. Encore faut-il que

⁹²¹

Il en irait sans doute différemment si cette chose faisait l'objet d'un droit d'auteur.

cette utilisation, selon la Cour, ne vienne pas causer un trouble anormal au propriétaire. Cette notion peut être approchée du trouble anormal de voisinage... laquelle est fondée sur une exclusivité : celle du propriétaire ou celle de l'usager légitime d'une chose en vertu d'un contrat de bail ou d'une jouissance à titre gratuit par exemple⁹²².

472. Demeure la question du fondement de ce trouble anormal. Or force est de relever l'éloquent silence de l'Assemblée plénière sur ce point. S'agit-il de l'article 1382 du Code civil ? Il s'agira alors de démontrer une faute, un préjudice – le fameux trouble anormal – et un lien de causalité. Si la faute peut ne pas poser de trop grandes difficultés – utilisation vexatoire ou dénigrante de l'image du bien par exemple -, le préjudice doit trouver son siège dans la violation d'un droit subjectif.

S'agit-il d'une atteinte à la personne ? Assurément pas puisque qu'elle est déjà sanctionnée de façon autonome par l'article 9 du Code civil.

S'agit-il alors d'une atteinte au patrimoine ? Comment serait-ce possible puisque, par hypothèse, la Cour a retiré l'image de la chose du patrimoine du propriétaire de celle-ci.

473. Puisque le droit n'est pas exclusif - donc concurrent - il faudrait alors considérer qu'une exploitation concurrente de l'image puisse causer un trouble anormal. Mais si le propriétaire de la chose est sur un pied d'égalité avec les tiers, l'action relève de l'action en concurrence déloyale laquelle est fondée sur l'article 1382 du code civil. Or celle-ci ne suppose pas la preuve d'un trouble anormal mais la preuve d'un risque de confusion dans l'esprit du public. Il faudra en outre montrer l'existence d'un rapport concurrentiel⁹²³ entre le propriétaire de la chose et le tiers exploitant l'image de celle-ci. La question du préjudice sera alors particulièrement prégnante. Devrait-on admettre un simple préjudice économique, commercial, dans le cadre d'une action en concurrence déloyale tandis que hors de toute situation concurrentielle le propriétaire de la chose matérielle devra apporter la preuve d'un trouble anormal ?

474. Le principal mérite de l'arrêt du 7 mai 2004 est d'éteindre une controverse qui avait enflammé la Cour de cassation elle-même. Il pose toutefois davantage de questions qu'il n'en résout, au prix d'un laconisme s'accommodant fort bien de la remise en cause de l'équilibre des droits portant sur les choses matérielles. Monsieur Zénati avait ainsi pu mon-

⁹²² Nicolas Bouche : *Le droit de propriété et l'image des biens*, RJDA octobre 2004, p.975, spécialement p.978.

⁹²³ Cf. Guy Courtieu : *Concurrence déloyale, théorie générale*, J.-Cl. Civil, Fasc. 132-1, n°32s.

trer qu'il n'y avait pas de concurrence véritable entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de propriété corporelle classique, même s'ils peuvent toutefois interférer à certaines occasions⁹²⁴.

Demeure alors la solution de facilité consistant à voir dans l'exigence de trouble anormal un nouveau préjudice autonome attaché à l'exploitation de l'image des choses par les tiers. La solution n'en demeure pas moins difficilement justifiable autrement que par le biais de droits subjectifs attachés à la personne du propriétaire où à son droit de propriété. L'incohérence de l'arrêt d'Assemblée plénière est manifeste et ne manquera pas de susciter des difficultés dans l'application de sa solution. Mais puisque l'arrêt ne se place pas sur le terrain des droits de la personnalité, force est de retenir un fondement patrimonial. Le fondement du droit de faire cesser le trouble anormal et d'en obtenir réparation résidera donc toujours, in fine, dans les droits que détient le propriétaire de la chose sur l'image de celle-ci.

2- Réflexion sur les propriétés intellectuelles

475. La définition du caractère absolu du droit de propriété a pu soulever un certain nombre d'interrogations. Etant un droit absolu, est-il pour autant un droit illimité ?

Selon un contresens célèbre, la propriété « absolue » du Code civil signifie « *le pouvoir métaphysiquement transcendant et positivement illimité, donc arbitraire, du propriétaire* »⁹²⁵. L'article 544 du Code civil limite pourtant en lui-même le droit de propriété car il dispose, après avoir superlativement consacré le caractère absolu de celui-ci, qu'il ne doit pas en être fait un usage contraire à la Loi ou aux règlements. Le droit de propriété est donc absolu, pour autant que son exercice ne dépasse pas certaines limites.

476. Il est par ailleurs possible de relever un certain nombre de paradoxes et d'inégalités entre « *propriétés incorporelles* » et « *propriétés corporelles* ». Monsieur Gautier a ainsi pu, fort habilement, mettre en avant les paradoxes du droit d'auteur au vu des objectifs

⁹²⁴ Ce qui dépasse largement le cadre de notre étude. Sur cette question V. Thierry Desurmont : *l'incidence des droits d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français*, thèse Paris II, 1974.

⁹²⁵ Mikhaïl Xifaras : *Y a-t-il une théorie de la propriété chez Pierre-Joseph Proudhon ?*, Corpus n°47, Proudhon, p.229.

affichés par son origine jusnaturaliste à travers notamment l'exemple du relais pris par la propriété classique lorsque les droits de propriété intellectuelle sont éteints dans le cas d'œuvres « artistique » - statuaire, peinture, etc...- par l'entremise du droit sur l'image de son bien, avatar du fructus, par opposition aux œuvres nécessitant interprétation ou divulguées sous forme de publications écrites. Le support est-il réellement indifférent ?

Il est en outre loisible de remarquer le faible pouvoir de la soi-disant perpétuité du droit moral⁹²⁶. On peut ouvrir plus largement le débat sans fin de la question du droit au respect de l'œuvre en tant que manifestation de la volonté de son auteur dans le domaine spécifique des œuvres qui, pour « *exister* », supposent l'intervention d'une interprétation⁹²⁷. Or l'interprétation est nécessairement volontaire et, partant, créatrice...

477. La propriété intellectuelle n'est pas la propriété du reproductible. La propriété intellectuelle est une fiction fondée sur la dissociation entre les droits de propriété intellectuelle et la propriété du support matériel dans lequel s'incarnent les choses réputées incorporelles. Il serait toutefois incorrect de dire que les propriétés incorporelles sont indifférentes à tout support dans le sens où elles n'auraient besoin d'aucun support pour exister. Ce serait incorrect voire faux car, en premier lieu, elles supposent la tangibilité et ne peuvent s'accommoder de la pure intelligibilité. En deuxième lieu parce que toute intelligibilité suppose un support vecteur. En troisième lieu parce que, en matière de création, l'accession au monde sensible se fait par une extériorisation de la pensée du créateur. Enfin, parce que la disparition du dernier support dans lequel s'incarne la création entraîne la disparition de la création elle-même, sauf à supposer qu'elle demeure en esprit, ce qui est invérifiable.

Conclusion du Chapitre II

478. Il a été vu que ce qui semblait faire la spécificité des propriétés intellectuelles résidait dans le caractère reproductible des créations de l'esprit. Le rapprochement avec la re-

⁹²⁶ Agnès Lucas-Schloeter : Colette ou le temps des illusions : de la prétendue perpétuité du droit moral en droit français, Droit de la famille mars 2002, chron. n°6 p.8.

⁹²⁷ Pierre Giraud : *Herméneutique, interprétation et vérité, l'advenir de l'œuvre musicale*, R.R.J. 2001, 1, p.427.

production d'une caractéristique d'un bien ne faisant pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle mais simplement d'une propriété de droit commun est dès lors inéluctable.

Il a par ailleurs été vu que l'une des principales critiques qui fut apportée à la jurisprudence Gondrée était de cet ordre : l'on empièterait sur le domaine réservé des propriétés incorporelles.

479. La différence entre propriété intellectuelle et propriété corporelle se présente alors de la manière suivante. Dans la propriété corporelle, l'assiette des droits réside dans une chose corporelle. Dans la propriété incorporelle l'assiette demeure déterminée par une chose corporelle mais les droits « incorporels » ou « intellectuels » sont indépendants de la titularité des droits portant directement sur l'objet matériel. Il y a une dissociation entre la propriété du support déterminant l'assiette des droits et la « *propriété incorporelle* ».

480. La difficulté de l'expression de propriété incorporelle est levée par la fiction de l'existence juridique de choses incorporelles. Les questions soulevées par la bataille autour de l'image des choses montrent les limites d'un trop grand intellectualisme.

Faire de l'image des choses une denrée publique se retourne contre l'édifice de l'article 544 du Code civil et n'épargne pas pour autant la propriété intellectuelle. Il a ainsi été montré que la dissociation entre la réalisation de l'image du bien - sa fixation - et son exploitation mettait en exergue la liberté de la première et l'encadrement de la seconde. De la même manière que le Code encadre la création dérivée, soumise au consentement de l'auteur de l'œuvre première lorsque l'auteur de l'œuvre seconde ne bénéficie pas des exceptions de courte citation ou de parodie.

481. La création intellectuelle est donc une chose reproductible au même titre que les autres, sous quelque forme que ce soit. L'excès de spiritualisme ou d'intellectualisme des tenants de la propriété intellectuelle conduit à faire oublier que toute création est avant tout une chose, une forme donnée à une matière ainsi saisissable par les sens et que les droits intellectuels demeurent précairement attachés à la chose en tant que création. Les droits patrimoniaux demeurent limités dans le temps, et l'intérêt du droit moral post mortem est des plus contestable tant les atteintes tolérées sont légion⁹²⁸. S'insurger contre la perpétuité du droit de propriété classique c'est s'insurger contre le droit positif. Le propriétaire d'une création tombée

⁹²⁸ Voire encouragées : une œuvre tombée dans le domaine public demeure libre de droits pécuniaires et, faute de défenseurs, verra le droit moral de l'auteur bafoué.

dans le domaine public n'est pas tenu plus qu'un autre propriétaire de mettre celle-ci à disposition du public.

482. Penser l'image des choses comme une chose libre de droits reviendrait alors à une réappropriation du domaine public sous prétexte de création. Or la jurisprudence va manifestement dans le sens contraire : la reproduction intégrale d'une œuvre sur une place publique n'est pas illégale dans la mesure où elle n'est pas l'objet principal de la photographie⁹²⁹.

483. Il paraît donc juste et équilibré de considérer :

- 1) que l'image d'une chose est consubstantielle à celle-ci
- 2) Que, par voie de conséquence elle appartient au propriétaire de la chose
- 3) Lequel, si la chose est visible du domaine public, ne peut interdire le simple regard voire même la fixation de cette image dans une création intellectuelle
- 4) Mais peut interdire ou autoriser l'exploitation de celle-ci, à condition que sa chose fasse l'objet principal de la création et qu'elle soit absolument reconnaissable et identifiable, ce qui laisse le champ créatif largement ouvert tout en garantissant l'intérêt des propriétaires. Ainsi une simple photographie, fut-elle originale, sera susceptible de mettre en œuvre les droits du propriétaire, tandis qu'une peinture ou un dessin d'art n'entraveront pas ceux-ci.

L'apport de la jurisprudence Gondrée et de ses suites est principalement de montrer les limites du spiritualisme frappant la propriété intellectuelle. Si les biens incorporels ne se représentent qu'à l'intelligence, l'intelligence ne peut s'accommoder de sa seule imagination. En effet, que la propriété « incorporelle » dépende de la qualité de créateur et non de la pro-

⁹²⁹ Ainsi fut-il jugé dans l'affaire de la place des Terreaux à Lyon qu'il ne saurait y avoir reproduction ou représentation de l'œuvre située dans un lieu public dès lors qu'elle présente un caractère accessoire au sujet traité (en l'espèce les auteurs de l'aménagement de la place des Terreaux à Lyon avaient assigné en contrefaçon des éditeurs de cartes postales en leur reprochant de diffuser, sans leur autorisation ni mention de leur nom, des vues représentant la place sur lesquelles leur œuvre est reproduite). Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, Bull. n°134 p.115 ; D. 2005, pan. p.1490 obs. Sirinelli ; D. 2005 jur. p.1645 note Allaëys et AJ p.1026 obs. Daleau ; RTD Com. 2005 p.306, obs. Pollaud-Dulian ; Comm. comm. électr. 2005, comm. n°78 note Caron ; JCP 2005, II, 10072 note Lancrenon ; RIDA juillet 2005, p.317 note Kéréver. La Cour de cassation avait en outre déjà pu juger que l'apparition d'une photographie dans un film publicitaire concernant un ouvrage sur lequel elle figurait étant accessoire par rapport au sujet qui était la présentation publicitaire de l'ouvrage, la cour d'appel pouvait valablement estimer que ce film ne réalisait pas une représentation, même dérivée, de l'œuvre, Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, Bull. n°172 p.112 ; Prop. intell. Octobre 2001, p.62 obs. Lucas ; D.2001, AJ p.2517 obs. Dalleau ; RIDA avril 2002, p.331 obs. Kéréver.

priété du support ne saurait être remis en question, il s'agit là du mécanisme fondamental de la propriété intellectuelle. Mais les droits attachés à cette propriété incorporelle ne peuvent s'affranchir de la matière : c'est elle qui en dicte l'étendue et qui prouve leur réalité.

Que l'objet matériel et ses reproductions vienne à disparaître, et les droits sur la création intellectuelle se trouvent dépourvus de réalité : faute d'être assis sur des choses ils ne peuvent être des biens. De la pérennité de l'objet matériel dépendent les droits intellectuels. S'insurger contre la perpétuité de la propriété classique est absurde. Aujourd'hui comme au XIXème siècle, tout heureux propriétaire d'un tableau de maître peut, en vertu de son droit de propriété corporelle, le dérober à la vue du public ou, au contraire l'y exposer, se réserver sa reproduction ou, au contraire, la laisser libre.

La propriété intellectuelle ne peut se passer de matérialisme. Le créateur n'est pas un pur esprit, de même que la création n'est pas une pure représentation intellectuelle. Le tout-immatériel conduit inversement à la réservation, sous prétexte de création, d'utilités publiques ou privées, ce que vient, malheureusement, consacrer l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 mai 2004.

Conclusion du titre I

484. L'accession de la création intellectuelle au statut d'objet de droit supposait donc que soit reconnue à celle-ci la qualité de bien. La création intellectuelle est en effet une chose dont l'appropriation est socialement utile, ce qui lui confère une valeur économique. Mais lorsque la création est envisagée sous l'angle de sa valeur, on s'aperçoit que celle-ci est directement prise en compte par le droit en vue de protéger le lien entre la création et son créateur en assurant l'association de celui-ci à l'exploitation de celle-là ou, du moins, en conférant au créateur une sorte de prime de création sous forme de rémunération supplémentaire.

Il a par ailleurs été montré que si l'intérêt de l'exploitation de la création résidait dans son caractère reproductible, il ne s'agit que d'une propriété - au sens physique - observable

dans d'autres types de biens, et la controverse née de la jurisprudence Gondrée n'a pu que mettre en lumière les excès d'un intellectualisme forcené de l'approche des créations intellectuelles.

La création représente une valeur qu'elle tire la plupart du temps de sa reproductibilité. Mais il ne s'agirait pas de fonder exclusivement les droits sur ce caractère reproductible, car l'on s'acheminerait alors vers une assimilation très contestable entre création intellectuelle et propriété intellectuelle, tout en niant l'évidence de la reproductibilité des biens corporels. Il a en effet été montré que toute propriété intellectuelle n'était pas une propriété sur la création et que les biens corporels pouvaient faire l'objet d'une reproduction totale ou partielle sous quelque forme que ce soit.

C'est donc dans le lien entre la création et son créateur qu'il s'agit de rechercher les fondements d'une approche logique et respectueuse de sa nature particulière. Il convient alors d'aborder le cœur véritable de la création, ce qui la distingue de toutes les autres choses : elle est le fruit de l'expression libre de la volonté humaine.

TITRE II :

Les spécificités de la création

485. Si le domaine de la création recouvre l'ensemble de l'activité humaine, toute activité ne donne cependant pas lieu à création. Il a ainsi été montré en première partie que cette activité devait pouvoir donner prise aux sens mais aussi, ce fut l'objet du titre I de la première partie, donner prise au droit : la création intellectuelle ne saurait ressortir du seul domaine de l'intelligible car, si c'était le cas, aucun pouvoir ne pourrait être accordée sur elle par le droit. La dimension spiritualiste de la création est toutefois primordiale car elle est issue de l'imagination, elle est le produit de l'esprit⁹³⁰. Sa particularité tient en ce qu'elle est un objet subjectivisé car à travers elle c'est son créateur qui s'exprime.

Or cette expression ne peut donner lieu à création dans tous les cas. Il n'y aura de véritable créateur, au sens de la loi, que dans la mesure où celui-ci imprime sa personnalité à un objet, dans la mesure où il dépasse le commun en faisant preuve d'activité inventive ou encore s'il manifeste suffisamment d'habileté pour se détacher des contingences techniques et esthétiques pour que sa création ne ressemble à aucune autre. L'adjectif intellectuel accolé au substantif création marque cette particularité de l'origine de la création : elle est le produit de l'intellect, de l'activité intellectuelle de l'homme.

Dès lors, il ressort de l'étude des conditions légales des divers types de créations que, dans son acception unitaire, la création intellectuelle ne peut être que le fruit de la volonté (Chapitre I). Mais puisqu'il ne peut y avoir de volonté sans liberté, ce constat de l'origine volontariste de la création amènera à dégager la liberté de réalisation comme critère de la création (Chapitre II).

⁹³⁰

Cf. Supra n°7 à 11.

CHAPITRE I : La Création, fruit de la Volonté

La création ne saurait être définie autrement qu'à travers son lien avec le créateur. Elle est, en effet, un **bien issu du travail intellectuel de l'homme**. Définir la création en occultant cette spécificité revient à en faire un bien comme un autre. Si ce lien est diversement appréhendé selon les différents régimes, il n'est pour autant jamais nié.

Il a par ailleurs été montré que l'analyse de la création en tant que bien ne pouvait que mettre en exergue ce lien⁹³¹, à tel point que l'on pourrait conclure à la vanité d'une approche ontologique de la création. Il paraît alors nécessaire d'opter pour une approche axiologique, ce qui suppose tout d'abord de montrer que la création est le fruit d'une intervention humaine maîtrisée (Section I). Il sera alors possible de montrer que c'est la reconnaissance juridique des effets de la volonté de la personne ayant donné naissance à la création qui déterminera sa condition de créateur (Section II).

SECTION I : l'exigence d'une intervention humaine maîtrisée

La création suppose tout d'abord qu'elle soit le fruit du travail de l'intellect. Il faut en outre que ce travail soit maîtrisé. Ainsi, un créateur ne saurait être qu'une personne physique (Paragraphe premier) et toute création suppose une maîtrise dans la réalisation (Paragraphe second).

⁹³¹ Cf. Supra.

Paragraphe premier : Un créateur ne saurait être qu'une personne physique.

La personnalité physique du créateur est une exigence qui semble aller de soi en matière de propriété littéraire et artistique (1). Elle est sous-jacente en propriété industrielle (2).

1- Une exigence évidente en matière de droit d'auteur⁹³².

486. D'essence personnaliste, le droit d'auteur a pour vocation de protéger le créateur d'une œuvre de l'esprit « *parce que sa sensibilité et son imagination s'expriment en elle* »⁹³³. C'est la raison pour laquelle les conditions de l'œuvre de l'esprit se rattachent à la personnalité de son auteur : l'œuvre est originale lorsqu'elle reflète cette personnalité⁹³⁴, qu'elle porte l'empreinte du travail personnel de l'auteur⁹³⁵, ou qu'elle relève d'un talent créateur personnel⁹³⁶.

487. Le droit communautaire se veut plus clair sur ce point que la législation nationale. En effet, en exigeant, à travers la condition d'originalité, une « *création propre à son auteur* »⁹³⁷, les directives de 1991 et de 1996 ne semblent pas exiger autre chose qu'une **réalisation personnelle du travail**, non une personnalisation du travail⁹³⁸. Cette exigence n'a toutefois pas été reprise par la loi de transposition. Il pouvait sembler en effet redondant d'exiger qu'un logiciel ou qu'une base de données ne soient protégés que sous la condition d'être propre à son auteur dès lors que l'originalité suppose, étymologiquement, l'idée de tirer son origine de l'auteur. La définition communautaire de l'originalité relève donc du service minimum.

⁹³² Thomas Rabant : La notion d'œuvre de l'esprit, thèse précitée, n°204s, p.164.

⁹³³ Thomas Rabant : La notion d'œuvre de l'esprit, thèse, n°205 p.164.

⁹³⁴ CA Paris, 1^{er} avril 1957, D. 1957, jur. p.436 ; (1^{ère} espèce).

⁹³⁵ Civ. 27 janvier 1942, S. 1942, 1, p.124.

⁹³⁶ Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1973, D. 1974, jur. p.533 note Colombet.

⁹³⁷ Art. 1^{er} al.3 de la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Art. 3 al.1^{er} de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

⁹³⁸ Philippe Gaudrat : RTD Com. 1998 p.598, not. p. 604.

488. Les mêmes textes précisent cependant que l'auteur est une personne physique ou un ensemble de personnes physiques ayant créé l'œuvre⁹³⁹. Ils admettent toutefois, lorsque la législation de l'Etat membre concerné le permet, que la personne morale titulaire des droits soit assimilée à l'auteur. Les lois de transposition n'ont pas non plus repris cette possibilité offerte par les directives. En effet, si la présomption posée par l'article L.113-1 ne distingue pas selon que « *celui (...) sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* » soit une personne physique ou morale, la jurisprudence décide classiquement qu'« *une personne morale ne peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur que dans le cas où, une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous nom* »⁹⁴⁰.

Ainsi, « *Une personne morale ne peut prétendre à la qualité d'auteur en s'appuyant sur le fait que l'œuvre a été publiée sous son nom. Elle n'est fondée à revendiquer cette qualité que si on a, au préalable, vérifié qu'il s'agissait d'une œuvre collective, l'article L.113-1 du Code de la propriété intellectuelle n'édicte une présomption de la qualité d'auteur qu'au profit des personnes physiques* »⁹⁴¹. Il paraît toutefois maladroit d'évoquer la revendication de la qualité d'auteur à propos d'une personne morale. Il serait plus juste de parler de la revendication des attributs ou des droits de l'auteur par la personne morale.

489. La Cour de cassation pose d'ailleurs très clairement qu'il s'agit de l'investiture à titre originaire des droits de l'auteur, non de la qualité d'auteur elle-même⁹⁴². Elle a ainsi jugé, dans un attendu de principe, que « *la personne qui (en) est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice* »⁹⁴³. Dans la mesure où la Cour rattache le droit moral au seul fait de la création, la solution relève de l'évidence dans la conception française du droit d'auteur⁹⁴⁴. Elle précise, dans le même arrêt, que l'article 6 de la loi de 1957⁹⁴⁵

⁹³⁹ Art. 2 al.1^{er} de la directive de 1991, art. 3 al.1^{er} de la directive de 1996. Certains textes du CPI posent explicitement la même solution : l'article L.113-2 pour les œuvres de collaboration, l'article L.113-7 pour les œuvres audiovisuelles et l'article L.113-8 pour les œuvres radiophoniques. Mais la solution a une portée générale, ainsi qu'il va être vu.

⁹⁴⁰ Cf. Civ. 17 mars 1982, JCP 1983, II, 20054, note Plaisant ; D. 1983, IR p.89, obs. Colombet ; RTD Com. 1982, p.428, obs. Françon. Com. 5 novembre 1985, Bull. Civ. IV, n°261 ; RIDA octobre 1986, p.140. Civ. 1^{ère}, 19 février 1991, Bull. Civ. I, n°67 ; D. 1991, IR p.67 ; RDPI octobre 1991 p.93 ; JCP 1991, IV, 149. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1990, RTD Com. 1991, p.48, obs. Françon. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait toutefois retenu qu'une personne morale (le Centre nautique des Glénans) devait être considérée comme auteur d'un cours (de navigation) qu'elle avait édité, CA Paris 15 janvier 1968, D.1968, jur. p.536 ; Gaz. Pal. 1968, 1, 185.

⁹⁴¹ Colombet : n°119 p.106-107.

⁹⁴² Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, précité.

⁹⁴³ Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, aff. Huston, Bull. civ. I, n°172, p.113 ; RIDA juillet 1991, p.161 et 197, obs. Kéréver ; LPA 8 juillet 1991, n° 94, p. 7, note Gavaldà ; JCP 1991, II, n° 21.731, note Françon ; JCP E 1991 n° 220, note Ginsburg et Sirinelli ; Rev. Crit. DIP, décembre 1991, n° 4, p. 752, note Gautier ; LPA, 19 février 1993, n° 22, p. 15, note Daverat. D.1993, jur. p.197, note Raynard.

⁹⁴⁴ Lucas, n°143 p.150.

est une règle impérative. Le droit français n'admet donc pas la fiction consistant à permettre à une personne morale d'acquérir la qualité d'auteur.

La haute juridiction a encore pu affirmer sa position dans un arrêt du 8 décembre 1993, au terme duquel les juges reconnaissent que, « *sans dénaturation, et indépendamment de l'impropriété de terme consistant à attribuer à la société Image la qualité d'auteur* » une Cour d'appel est fondée à retenir qu'une affiche avait le caractère d'une œuvre collective et que, dès lors, « *la société Image investie des droits de l'auteur, était fondée à invoquer la protection légale, notamment quant au droit moral* »⁹⁴⁶.

Personnaliste, le droit d'auteur ne protège pas la personnalité au sens personnalité juridique, mais dans le sens commun, c'est-à-dire ce qui fait l'individualité d'une personne, ce qui lui appartient en propre⁹⁴⁷. L'acquisition de la qualité d'auteur suppose toutefois au préalable la personnalité juridique. C'est la raison pour laquelle les animaux ne sauraient être reconnus comme auteurs d'une œuvre de l'esprit⁹⁴⁸.

2- Une exigence sous-jacente en propriété industrielle.

a) En matière de droit des dessins et modèles

490. L'exigence d'un créateur personne physique ne semble pas avoir la même force en matière de droit des dessins et modèles qu'en droit d'auteur. Elle se vérifie pour autant dans les textes comme dans la jurisprudence relatifs à ce type de créations.

491. La loi du 14 juillet 1909 évoquait ainsi explicitement le « *créateur* »⁹⁴⁹ ou « *l'auteur* »⁹⁵⁰ d'un dessin ou modèle. L'article 3 alinéa 2 conférait en outre l'appartenance

⁹⁴⁵ Devenu l'art. L.121-1 CPI.

⁹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, pourvoi n°91-20170, Bull. civ. I, n°361 p.251; RIDA juillet 1994 p.303.

Souligné par nous.

⁹⁴⁷ Le petit Robert.

⁹⁴⁸ Thomas Rabant : thèse précitée, n°208 p.167-168. Nonobstant la « *côte* » des toiles réalisés par certains animaux. Ainsi trois peintures exécutées par le chimpanzé Congo, qui côtoyaient dans une vente aux enchères à Londres des œuvres de Renoir, Fernand Léger et Andy Warhol, ont été vendues le 20 juin 2005 pour 14400 £ (21600 €) par la maison Bonham. Le « *style* » de Congo a pu être qualifié d' « *expressionnisme abstrait* »...

⁹⁴⁹ Art. 1^{er} de la loi devenu l'art. L.511-1 CPI lors de la codification.

des droits sur le dessin ou modèle à « *celui qui l'a créé* »⁹⁵¹. Le même texte présumait toutefois que le premier déposant avait, sauf preuve contraire, la qualité de créateur. La solution peut être expliquée par le fait que le dépôt a seulement un caractère déclaratif, non un caractère constitutif de droit⁹⁵².

Une différence fondamentale est toutefois notable entre la naissance du droit du brevet et celle du droit sur un dessin ou modèle. Dans le premier cas le titre délivré est attributif de droit car le législateur poussant à la divulgation des secrets de fabrique « *il donne le droit à celui qui a apporté la fin du secret* »⁹⁵³, c'est-à-dire à celui qui a formé la demande de brevet. Dans le second cas, la formalité ne saurait tenir un tel rôle car l'intérêt de la société est moindre du fait que « *(les) dessins ou modèles sont destinés à se produire au grand jour* », le monopole étant considéré comme « *une pure récompense pour le créateur qui ne saurait dépendre d'une formalité administrative* »⁹⁵⁴. En raison de la double protection d'une création par le livre I et par le livre V, on pourrait peut-être considérer que, dans le domaine particulier des arts appliqués à l'industrie, le dépôt d'un dessin ou d'un modèle joue un simple rôle de preuve préconstituée du « *fait - création* ». Le dépôt d'un dessin ou d'un modèle ne pourrait donc avoir qu'un simple effet déclaratif car seul le « *fait - création* » donne naissance à un droit d'auteur.

492. La présomption de la qualité de créateur du déposant est alors la conséquence logique de l'effet déclaratif du dépôt. Mais cet effet étant simplement déclaratif, la présomption ne tient que tant que la preuve contraire n'a pas été rapportée⁹⁵⁵.

Le déposant n'a donc pas à faire la preuve de sa création qu'il soit une personne physique ou une personne morale. Les solutions développées en matière de droit d'auteur demeurent en effet valables sur le terrain du droit des dessins et modèles comme conséquence du principe d'unité de l'art. Dans un arrêt du 15 mars 1994, la Cour de cassation a en effet admis qu'une société pouvait bénéficier de la présomption de la qualité de créateur⁹⁵⁶. On ne pourrait toutefois que déplorer, sous l'empire de la loi ancienne, qu'une personne morale bénéficie de la qualité de créateur là où la propriété littéraire et artistique opte pour une présomption de

⁹⁵⁰ Art. 13 de la loi devenu l'art. L.511-4 CPI lors de la codification.

⁹⁵¹ Devenu l'art. L.511-2 CPI.

⁹⁵² Com. 8 novembre 1994, inédit, pourvoi n° 92-11550 ; PIBD 1995, 581, III, 73.

⁹⁵³ Roubier : t.II n°128 p.7.

⁹⁵⁴ Roubier, Ibidem.

⁹⁵⁵ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°765 p.426.

⁹⁵⁶ Com. 15 mars 1994, inédit titré, pourvoi n°92-12463 ; PIBD 1994, 568, III, 335 ; RD propr. Intell. 1994, n°52 p.43.

titularité des droits. La lettre de l'ancien article L.511-2 ne permettait pas d'écarter les personnes morales de la qualité de créateur, même si elles doivent l'être assurément. En effet, si le premier membre de phrase du texte évoquait la qualité de titulaire des droits (« *la propriété ... appartient...* »), le second membre fondait une présomption de création (« *le premier déposant est présumé... en être le créateur* »).

493. En tout état de cause, la jurisprudence a pu faire application des mêmes solutions qu'en droit d'auteur. Ainsi une personne morale ne peut-elle être investie des droits d'auteur d'un dessin ou d'un modèle à titre originaire que dans l'hypothèse d'une œuvre collective⁹⁵⁷. Dans les autres cas, elle devra faire valoir une cession de droits nés originairement sur la tête d'un créateur personne physique.

494. La doctrine considère en outre que le terme « créateur » doit s'entendre, en matière de dessins et modèles, de la même manière que le terme « auteur » en matière de propriété littéraire et artistique⁹⁵⁸. Il ne s'agit, ni plus ni moins, que d'une conséquence supplémentaire de la théorie de l'unité de l'art, conférant aux deux régimes de protection un domaine d'application identique⁹⁵⁹. Ainsi, et d'après Madame Schmidt-Szalewski, le créateur d'un dessin ou d'un modèle sera celui dont la personnalité s'est exprimée dans l'œuvre, ce qui suppose nécessairement qu'il soit une personne physique.

495. En conséquence, et malgré l'exigence objective de nouveauté, la jurisprudence a fini par comprendre celle-ci comme devant supposer une condition d'originalité analogue à celle du droit d'auteur⁹⁶⁰. La Cour de cassation a ainsi validé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui a valablement pu conclure à l'absence de nouveauté d'un modèle qui n'était que la copie de ce qui existait déjà. La haute juridiction approuve en outre les juges du fond qui ont pu déduire que, faute d'être marqué de l'empreinte de la personnalité de son auteur, le modèle litigieux n'était pas nouveau⁹⁶¹.

La Cour de cassation a par la suite confirmé sa position dans un arrêt du 24 février 1998 au terme duquel une Cour d'appel décide valablement « *que la forme arrondie du miroir*

⁹⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 19 février 1991, précité.

⁹⁵⁸ J. Schmidt-Szalewski : n°345 p.147. P. Greffe et F. Greffe : n°352.

⁹⁵⁹ J. Schmidt-Szalewski : Ibidem.

⁹⁶⁰ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°748 p.419. P. Greffe et F. Greffe, n°140. J. Schmidt-Szalewski : n°343

p.145.

⁹⁶¹ Com. 13 février 1996, Inédit, pourvoi n°94-12102, PIBD 1996, III, p.320.

ainsi que les éléments nouveaux qui lui étaient apportés notamment, le pied de forme pyramidale avaient un caractère d'originalité et de créativité »⁹⁶².

496. Il ne semble pas que la réforme du 25 juillet 2001 soit de nature à remettre en cause cette jurisprudence. L'article L.511-9 nouveau pose en effet une présomption similaire à celle de l'ancien article L.511-2 avec toutefois une différence notable : alors que l'ancien texte présumait créateur le premier déposant, le nouveau ne présume celui-ci que simple bénéficiaire de la protection. La nouvelle formule est assurément préférable car elle se rapproche de l'esprit de la présomption posée par l'article L.113-1 en matière de droit d'auteur⁹⁶³.

L'article L.511-4 alinéa 2 nouveau pose en outre que, pour l'appréciation du caractère propre, « *il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou du modèle* ». Cette référence au créateur comme le faisait l'ancien texte permet sans doute de tirer les mêmes conclusions : le créateur d'un dessin ou d'un modèle ne saurait être qu'une personne physique.

b) En matière de droit des brevets

497. L'idée selon laquelle l'inventeur ne saurait être qu'une personne physique pose ici davantage de problèmes. En effet, le droit des brevets demeure entièrement tourné vers l'invention, non vers celui qui lui a donné le jour.

498. Aussi le Code établit-il une claire dissociation entre l'inventeur et le breveté, l'un n'étant pas forcément l'autre⁹⁶⁴. Si le breveté peut sans aucune difficulté être une personne morale, qu'en est-il de l'inventeur ?

⁹⁶² Com. 24 février 1998, Inédit, pourvoi n°95-21594, RDPI 1998, n°40, p.48. Dans une espèce du même jour (Com. 24 février 1998, Inédit, pourvoi n°95-20264), le requérant reprochait à une Cour d'appel de ne pas avoir recherché si les modèles litigieux étaient des œuvres collectives ou s'ils faisaient l'objet de cession de droits (l'intimant était une société) car, selon lui, seules des personnes physiques peuvent concourir à la création d'une œuvre de collaboration. La Cour de cassation a toutefois rejeté l'argument au motif que le moyen était nouveau et mélangé de fait et de droit et que la Cour d'appel n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée.

⁹⁶³ L'article L.511-9 alinéa 2 nouveau dispose en effet : « *L'auteur de la demande est, sauf preuve contraire, regardé comme le bénéficiaire de cette protection* ».

⁹⁶⁴ Jean-Marc Mousseron : *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, thèse, Montpellier 1958, Imprimerie J. Reschly, Montpellier 1960, n°123 p.150s.

L'article L.611-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *l'inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet ; il peut également s'opposer à cette mention* ». La référence à la qualité de salarié tend de toute évidence à orienter la réflexion et à proposer que l'inventeur ne saurait être qu'une personne physique. Mais puisque l'inventeur peut ne pas être salarié, la question demeure entière. A moins que l'on puisse subsumer l'idée suivante : l'inventeur est une personne physique, qu'il soit ou non salarié.

499. Les textes ne permettent pas toutefois de conclure catégoriquement à la personnalité physique de l'inventeur. L'évolution notable des conditions de protection vers davantage de subjectivité tendraient toutefois à asseoir cette idée.

500. Parmi les conditions de brevetabilité - invention, application industrielle, nouveauté et activité inventive - seule l'activité inventive est susceptible de subjectivisme. Cette exigence, qui fit l'objet de nombreux débats doctrinaux et jurisprudentiels sous l'empire de la loi de 1844⁹⁶⁵, fut ajoutée par la loi du 2 janvier 1968 sous l'influence de l'adoption de la Convention de Strasbourg le 27 novembre 1963⁹⁶⁶. La condition fut reprise par la Convention de Munich du 5 octobre 1975. Elle doit s'apprécier, selon la Cour de cassation, distinctement de la nouveauté⁹⁶⁷.

Les différents textes considèrent qu'une invention implique une activité inventive dès lors qu'elle ne résulte pas de manière évidente de l'état de la technique⁹⁶⁸. Mais contrairement à la Convention de Strasbourg qui n'en faisait pas mention, le droit national comme la Convention de Munich font intervenir l'homme du métier.

501. Pour certains auteurs, l'exigence l'activité inventive est une condition objective de brevetabilité en ce qu'elle suppose une comparaison entre l'invention proposée et l'état de la technique pour en vérifier la non évidence. Il n'y aurait donc pas de recherche de l'activité créatrice de l'inventeur⁹⁶⁹. La simple référence à l'homme du métier suppose donc que l'inventeur soit implicitement comparé à cet homme « *qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable à l'aide de ses seules connaissances profession-*

⁹⁶⁵ Admise par certaines juridictions du fond, l'exigence d'activité inventive fut condamnée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 décembre 1964, J.-M. Mousseron : *Traité des brevets*, t.1, Litec 1984, n°358 p.369.

⁹⁶⁶ Publiée par le Décret 80-1152 du 30 décembre 1980, JO 4 janvier 1981 p.169, mais non ratifiée.

⁹⁶⁷ Com. 6 mars 1979, pourvoi n°77-13334, Bull. IV n°88 ; PIBD 1979, III, p.252. Com. 9 décembre 1981, pourvoi n°80-11491, Bull. IV n°431 ; PIBD 1982, III, p.60.

⁹⁶⁸ Art. 5 de la Convention de Strasbourg, art. 10 de la loi de 1968 devenu l'art. L.611-14 CPI, art. 56 de la Convention de Munich.

⁹⁶⁹ J. Schmidt-Szalewski : n°98 p.47.

nelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention »^{970 971}. Et si la jurisprudence semble plutôt se référer à des critères ayant trait à l'invention elle-même pour caractériser la non-évidence de celle-ci⁹⁷², force est de reconnaître avec Madame Alma-Delette que l'activité inventive est indubitablement une condition ambiguë⁹⁷³.

503. Quelques décisions ne semblent pas toutefois opposées à la référence faite à un véritable travail créateur. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Rennes retint-il que l'inventeur avait « *fait intellectuellement œuvre inventive* »⁹⁷⁴. La Cour de cassation a également admis que les juges du fond pouvaient valablement considérer « *que la réalisation décrite par le brevet constituait, non un simple travail d'exécution à la portée de l'homme de l'art, mais un travail de création* »⁹⁷⁵. On pourrait toutefois considérer, à la lecture d'un jugement du Tribunal de grande Instance de Paris, que l'effort de création est indifférent. Les juges retinrent en effet la validité d'un brevet au motif que « *si faible que soit l'effort de création, l'évidence n'(était) pas établie (...)* »⁹⁷⁶. La référence à la faiblesse de l'effort de création, loin de nier une approche subjective de l'activité inventive, semble plutôt ériger en exigence un minimum de création dont seule serait capable une ou plusieurs personnes physiques.

504. Quels que soient les indices permettant d'apprécier l'activité inventive, l'idée d'activité et la comparaison à la simple habileté de l'homme de métier semblent permettre de conclure que l'inventeur ne saurait être qu'une personne physique.

Il serait également possible de se demander si la reconnaissance d'un droit de possession personnelle antérieure par l'article L. 613-7 du Code n'établirait pas encore plus sûrement l'idée selon laquelle l'inventeur ne pourrait être qu'une personne physique. Certains au-

⁹⁷⁰ Com. 17 octobre 1995, pourvoi n°94-10433 ; Bull. IV n°232. Selon L'OEB, « *le point de départ pour définir l'homme du métier compétent est le problème technique qu'il s'est proposé de résoudre à partir de la divulgation de l'état de la technique le plus proche, indépendamment de tout autre définition de l'homme du métier suggérée dans le brevet en cause* », Chambre des recours techniques, décision du 21 septembre 1995, T.422/93, 3.3.1, JOEB 1997, 24 ; PIBD 1997, III, 266.

⁹⁷¹ De manière surprenante toutefois, et contrairement à l'idée de standard, certaines décisions se font une très haute opinion de l'homme du métier. Ainsi peut-on lire dans une décision de la Chambre des recours techniques de l'OEB qu'il fallait considérer comme homme du métier une équipe de trois membres dont un chercheur titulaire d'un doctorat et bénéficiant de plusieurs années d'expérience, assisté de deux techniciens de laboratoire versés dans les techniques pertinentes (« *the skilled person should be treated as a team of three composed of one PhD. researcher with several years experience in the aspect of gene technology or biochemistry under consideration, assisted by two laboratory technicians fully acquainted with the known techniques relevant to that aspect* »)... décision T.412/93-3.3.4. du 21 novembre 1994.

⁹⁷² J. Schmidt-Szalewski : n°103 p.49-50.

⁹⁷³ *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse précitée, n°282 p.195.

⁹⁷⁴ CA Rennes, 18 février 1975, PIBD 1975, III, p.115.

⁹⁷⁵ Com. 15 février 1983, pourvoi n°81-12556, Bull. IV n°60.

⁹⁷⁶ TGI Paris, 3^{ème} Ch. 30 septembre 1976, PIBD 1977, III, p.190.

teurs ont en effet pu y voir, sous l'empire de la loi de 1844, la consécration d'un droit restreint d'exploitation au premier créateur qui aurait tenu l'invention secrète⁹⁷⁷. Mais il ne semble pas possible de tirer une telle conclusion de ce texte ni même de l'idée de possession antérieure. En effet, celle-ci ne bénéficie qu'au possesseur ou à l'exploitant initial de l'invention tenue secrète, et non pas systématiquement à l'inventeur⁹⁷⁸.

505. Malgré l'objectivité des conditions de l'invention, il semble toutefois ressortir de l'exigence d'activité inventive que l'inventeur ne saurait être qu'un être humain, une personne physique qui aura su dépasser les compétences de l'homme du métier. L'idéologie technique et économique sous-tendant le droit des brevets réussit donc à faire passer à un plan tout à fait obscur cette évidence : sans hommes, pas de créations.

Pour autant que le créateur soit une personne physique, encore est-il nécessaire qu'il maîtrise au moins en partie le processus de création.

Paragraphe second : Le rejet des interventions créatrices non maîtrisées.

506. Pour qu'il y ait maîtrise, du moins en partie, du processus créateur, l'aléa ou les simples découvertes ne sauraient donner la qualité de création à l'objet ainsi mis à jour (1). De cette exigence en découle une seconde : le créateur doit avoir, au moins en partie, la conscience du résultat du processus créateur (2).

1- Le rejet des interventions aléatoires et des simples découvertes

Il a été montré que le sujet créateur était nécessairement une personne physique. Quel que soit le domaine considéré, c'est, d'une manière ou d'une autre, une personnalité qui

⁹⁷⁷ La possession personnelle antérieure s'explique par la situation suivante : Une personne réalise une invention et ne dépose pas de demande de brevet. Une autre personne réalise par la suite la même invention qu'elle prend soin de faire breveter. Bien que valable car non détruit par une antériorité (par hypothèse, la première invention n'a pas été divulguée), le brevet ne sera pas opposable au possesseur de bonne foi de la première invention. L'art. L.611-7 lui accorde un droit d'exploitation de l'invention à titre personnel.

⁹⁷⁸ J.-M. Mousseron : thèse précitée, n°127 p.155-156 pour la solution antérieure à la loi de 1968.

s'exprime. De cette idée découle l'exigence d'une relative conscience et surtout d'une relative maîtrise du résultat du processus créatif. En effet, puisque le rôle de la volonté est de tout premier ordre, la volonté de créer suppose la maîtrise et s'oppose à l'aléa.

Le rôle de la volonté pourrait toutefois être basique. Il pourrait en effet se réduire au choix de s'en remettre à l'aléa. Mais l'intervention volontaire serait à la fois trop vaste et trop insignifiante. Trop vaste car le choix du hasard débouche sur une infinité de possibles non maîtrisés. Trop insignifiante car toute personne peut nier sa propre volonté en laissant faire le hasard.

Le droit rejette donc fort logiquement toute intervention de l'aléa dans la reconnaissance d'un processus créateur.

a) Propriété littéraire et artistique

507. Nul texte ne prohibe la prise en considération de l'aléa par le droit d'auteur. Pour autant, retenir la solution inverse aurait pour conséquence de nier la raison d'être de ce droit fondé sur la protection d'une personnalité. En effet, « *l'œuvre doit être le fait d'un auteur* » car « *une production réalisée indépendamment de toute participation humaine ne peut être rattachée à une personne physique, alors que la titularité origininaire de l'exclusivité le réclame* »⁹⁷⁹. Une œuvre de l'esprit ne saurait donc être la conséquence d'une série de hasards, une partie du processus créatif devant nécessairement être d'origine purement humaine et plus précisément être le fruit de la pensée.

L'œuvre de l'esprit doit être, pour partie au moins, l'œuvre du vouloir de l'auteur : il n'y aura pas de création et, partant, de protection, si le résultat est le fruit exclusif du hasard⁹⁸⁰.

508. La jurisprudence, relativement rare à cet égard, dénie ainsi la qualité d'œuvre de l'esprit à un objet produit par le seul effet du hasard ou, plus généralement, échappant à toute intervention humaine maîtrisée. Doit donc être exclu de la protection par le droit d'auteur

⁹⁷⁹ Ivan Cherpillod : L'objet du droit d'auteur, thèse, n°217 p.130.

⁹⁸⁰ Lucas : n°54 p.62.

l'effet nuageux de la couleur de pions de jeu de dames en plastique apparaissant au moment du refroidissement du plastique car étant le produit du hasard⁹⁸¹.

509. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1975 semble traduire cette idée sur le plan de la recherche des éléments contrefaisant. Le plaignant reprochait à l'ORTF ainsi qu'aux auteurs de l'adaptation du roman de Saint-Exupéry, *Vol de nuit*, d'avoir contrefait sa propre adaptation théâtrale dudit roman, adaptation dont il avait remis le manuscrit à l'ORTF. Saisie sur pourvoi de l'ORTF et des cinéastes, la Cour de cassation ne vit aucune contradiction dans les motifs de la Cour d'appel qui, ayant relevé trois similitudes n'en avait finalement retenue qu'une pour conclure à la contrefaçon partielle de la pièce.

L'intérêt de l'arrêt est, ici, la référence expresse, bien qu'apparemment non déterminante, au hasard : « *En énonçant, pour établir que **Badel avait pris connaissance de l'œuvre de Durand**, que si chacune des trois similitudes qu'elle a constatées entre le film et l'adaptation de l'œuvre de Durand pouvaient à la rigueur, prises isolément, apparaître comme une simple coïncidence mais **que leur réunion ne pouvait provenir du hasard**, et en retenant ensuite, comme constitutive de la contrefaçon, une seule de ces similitudes, les deux autres étant écartées parce que découlant de l'utilisation de procédés techniques déjà connus dans le domaine du cinéma, la Cour d'appel ne s'est pas contredite* »⁹⁸².

L'attendu pourrait être interprété de la sorte : s'il n'y a pas de hasard dans la combinaison d'éléments similaires à une œuvre préexistante, et nonobstant le caractère indifférent de certaines d'entre elles, alors l'œuvre seconde peut être, au moins partiellement, une contrefaçon. Le rôle du hasard pourrait alors être déterminant non plus de la simple exigence de création, mais de l'exigence d'originalité. Or l'on sait que les juridictions semblent faire de la caractérisation de l'originalité une sorte de question préalable à l'étude de l'élément matériel de la contrefaçon⁹⁸³. L'établissement du hasard dans l'agencement d'éléments similaires par simple coïncidence aurait pu, semble-t-il, conduire à écarter le grief de contrefaçon. Mais la connaissance de la pièce de théâtre par les cinéastes relevée par les juges du fond tendait à écarter tout hasard : faute d'aléa, l'empreinte de la pièce de théâtre devenait manifeste ce qui, au vu des similitudes retenues, relevait de la pure imitation et non plus de la simple influence. Il serait toutefois maladroit de voir dans les éléments relevés par les juges la prise en considération du hasard comme partie intégrante de l'appréciation du caractère original de l'œuvre.

⁹⁸¹ CA Paris 20 mai 1967, Ann. Prop. Ind. 1968 p.239.

⁹⁸² Civ. 1^{ère}, 4 février 1975, Bull. civ. I n°46 p.43. Souligné par nous.

⁹⁸³ Gautier : n°427 p.633.

L'idée de hasard se rapprocherait plutôt, dans cet arrêt, de l'idée de coïncidence - par ailleurs évoquée - et bien compréhensible eu égard à la commune source d'inspiration des deux œuvres.

510. Dans le même ordre d'idées, les objets existant avant et en dehors de toute intervention du prétendu auteur ne sauraient se voir qualifiés d'œuvres de l'esprit. Tel est le cas par exemple des objets simplement trouvés (objets « ready-made »). D'une manière générale, l'ensemble des produits de la nature ne peuvent être considérés comme des créations. C'est au demeurant ce que nous enseigne Kant lorsqu'il pose cette idée de bon sens : l'opposition entre une chose produit de la nature et une œuvre d'art provient de ce que la cause productrice de l'œuvre, contrairement au produit de la nature, procède d'une pensée humaine orientée vers une fin⁹⁸⁴. C'est ainsi que, selon Goethe, « *la nature et l'art, la connaissance et la jouissance se font face, sans s'annuler réciproquement, mais aussi sans relation particulière* »⁹⁸⁵. Pour Hegel également, l'œuvre d'art n'est pas un produit naturel mais un produit de l'activité humaine car elle est créée essentiellement pour l'homme, tirée de sa sphère sensible et possède une fin en soi⁹⁸⁶.

511. Il paraît ainsi évident qu'un objet issu de la seule nature ne pourrait tirer son origine de l'intervention d'une personne physique : l'impression de la personnalité de celle-ci dans l'objet découvert est alors nulle. Pour qu'elle existe, l'objet devrait alors subir une transformation. Mais il ne sera plus dès lors question d'une création de la nature. Affirmer l'inverse reviendrait alors à faire entrer la découverte dans la sphère de la création car, en effet, la découverte demeure, étymologiquement, le fait de mettre en évidence une chose pré-existante mais non encore connue⁹⁸⁷.

Or il est constant que les découvertes, quelles qu'elles soient, ne peuvent être protégées par la propriété littéraire et artistique. Ainsi, l'archéologue se contentant de révéler une

⁹⁸⁴ Critique de la faculté de juger §43.

⁹⁸⁵ J. W. von Goethe : *L'essai sur la peinture de Diderot*, (1799), in *Ecrits sur l'art*, textes réunis traduits et annotés par J.-M. Schaeffer, G.-F. Flammarion, p.188, not. p.195.

⁹⁸⁶ Hegel : *Esthétique*, trad. S. Jankélévitch, Flammarion. L'auteur commence d'ailleurs son cours en opposant le beau naturel au beau artistique et en proclamant la supériorité de celui-ci sur celui-là dans la mesure où il participe de l'esprit. Selon lui, « *le spirituel seul est vrai. Ce qui existe n'existe que dans la mesure où il est spiritualisé. Le beau naturel est donc un réflexe de l'esprit. Il doit être conçu comme un mode incomplet de l'esprit, comme un mode contenu lui-même dans l'esprit, comme un mode privé d'indépendance et subordonné à l'esprit* », pp.10-11.

⁹⁸⁷ Littéralement, action de découvrir, c'est-à-dire action d'enlever la couverture (de l'ignorance).

œuvre préexistante ne saurait être considéré comme l'auteur d'une œuvre de l'esprit⁹⁸⁸, de la même manière qu'un scientifique ne peut se prévaloir d'un droit d'auteur sur des éléments (mots, expressions, chansons, etc...) du folklore⁹⁸⁹.

512. Les créations purement issues d'un processus mécanique ne sauraient enfin recevoir la protection du droit d'auteur. La question avait jadis été posée en matière de photographie⁹⁹⁰ et de cinématographie⁹⁹¹, mais la possibilité de créations générées par ordinateur relance la question⁹⁹². Certains auteurs font toutefois remarquer que, en l'état actuel de la technique, « *c'est toujours une personne physique qui est à l'origine de l'œuvre résultante* »⁹⁹³. Un jugement du TGI de Paris a ainsi fort logiquement pu juger que « *la composition musicale assistée par ordinateur, dès lors qu'elle implique une intervention humaine, (...) conduit à la création d'œuvres originales et comme telles protégeables quelle que soit l'appréciation qui peut être portée sur leur qualité* »⁹⁹⁴. Monsieur Caron déplore toutefois, à raison semble-t-il, que le rôle de l'auteur dans la réalisation de l'œuvre ne soit pas précisé plus avant. Ainsi, « *si l'intervention de l'ordinateur introduit de forts aléas dans le processus de création, le résultat final est alors pour une grande partie le fruit du hasard* »⁹⁹⁵.

Puisque la volonté humaine seule peut créer une œuvre de l'esprit, le hasard, les données de la nature ou l'intervention prégnante d'une machine doivent donc être écartées comme étant des données susceptibles de concourir à la qualification d'une œuvre de l'esprit. Pareille conclusion se retrouve en matière de brevet, assurant encore une fois l'unité conceptuelle entourant la création intellectuelle.

⁹⁸⁸ H.-J. et A. Lucas : n°117. Nonobstant le caractère original de l'interprétation par l'archéologue des découvertes effectuées, Cf. affaire du Journal de bord de Maarkos Sestios, Civ. 1^{ère}, 28 février 1962, Bull. civ. I, n°131, cf. supra.

⁹⁸⁹ CA Paris 14 janvier 1992, RIDA 1992, p.198 ; Gaz. Pal. 1992, 2, p.570, concl. Delafaye et note Berhaut.

⁹⁹⁰ Bernard Edelman : *Le droit saisi par la photographie (éléments pour une théorie marxiste du droit)*, éditions François Maspero, Paris, 1973, Cf. p.35s. Desbois : n°67 p.80. Colombet : n°89 p.70.

⁹⁹¹ CA Pau 18 novembre 1904, D.P. 1910, 2, p.81, refusant la protection du droit d'auteur à une œuvre cinématographique au motif que « *le mouvement dont sont douées les projections cinématographiques n'est pas dû soit à l'auteur, soit à des exécutants, mais bien à la machine spéciale au moyen de laquelle ce mouvement est obtenu* ».

⁹⁹² Yves Gaubiac et Marie-Christine Piatti : *La création assistée par ordinateur*, RIDA 1983, p.109. Yves Gaubiac : *Œuvres créées avec un ordinateur*, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc.1164. André Bertrand : *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^{ème} édition, Dalloz 1999, n°11 p.7s.

⁹⁹³ H.-J. et A. Lucas : n°55 p.63. Cf. également Thomas Rabant : *La notion d'œuvre de l'esprit*, thèse précitée, n°235 p.192.

⁹⁹⁴ TGI Paris 5 juillet 2000, Comm. Comm. Electr. 2001 n°23 note Caron.

⁹⁹⁵ Note précitée.

b) Droit des brevets

513. Bien plus contraignant quand aux conditions de fond, le droit des brevets ne saurait souffrir davantage qu'une création résultant du hasard ou qu'une simple découverte puisse recevoir la protection d'un titre de propriété industrielle. En effet, la protection conférée par le brevet ne couvre que les revendications présentées dans la demande et les effets imprévus de l'invention ne peuvent faire l'objet du droit exclusif.

514. Ainsi l'article L.613-2 alinéa premier du Code de la propriété intellectuelle prévoit-il que « *l'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications* ». Les revendications déterminent donc le monopole du breveté. Il en découle fort logiquement que « *ce qui est décrit, mais n'est pas revendiqué n'a pas droit à la protection* »⁹⁹⁶ et, corrélativement, que « *le déposant ne peut revendiquer des éléments de l'invention qui n'auraient pas été décrits* »⁹⁹⁷. A fortiori, le brevet ne saurait couvrir la découverte d'une propriété ou d'un effet de l'invention postérieure à la délivrance du titre et, par hypothèse, non revendiquée.

515. Cette dernière assertion doit cependant être tempérée. En effet, un titre de propriété industrielle peut valablement couvrir l'application nouvelle de moyens connus. Il ne s'agit toutefois pas de confondre l'application nouvelle qui est brevetable avec le simple emploi nouveau qui, lui, n'est pas brevetable. Cette distinction à l'abord byzantin fut posée par la jurisprudence développée sous l'empire de la loi de 1844⁹⁹⁸. L'application nouvelle de moyens connus peut se définir comme étant « *l'utilisation d'un produit ou d'un procédé déjà connu, breveté ou non, en vue d'obtenir des effets auxquels on n'avait pas songé jusqu'alors* »⁹⁹⁹. A la différence de l'emploi nouveau, l'application nouvelle procure un résul-

⁹⁹⁶ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°179 p.136.

⁹⁹⁷ J. Schmidt-Szalewski : n°119 p.56. Cf. CA Paris 6 février 1980, PIBD 1980, 260, III, p.127.

⁹⁹⁸ Le professeur Mousseron évoque la difficulté relative à cette distinction en remarquant l'emploi tautologique de deux expressions équivalentes pour désigner des réalités différentes (t.1, n°342 p.355).

⁹⁹⁹ Mousseron : t.1, n°133 p.151.

tat différent de ceux qu'elle permettait d'obtenir auparavant, elle est donc susceptible de comporter une activité inventive¹⁰⁰⁰.

516. Par ailleurs, la revendication relevant du fantasme conduit inéluctablement à l'annulation du brevet. Il en va ainsi lorsque le moyen décrit par la revendication est inefficace par rapport à l'effet technique annoncé¹⁰⁰¹.

Toutefois, si la description est en principe intangible¹⁰⁰², les revendications peuvent être modifiées tant antérieurement¹⁰⁰³ que postérieurement¹⁰⁰⁴ à la délivrance du brevet. Plus encore qu'en matière de propriété littéraire et artistique, la création industrielle ne semble s'accommoder du hasard : les revendications doivent être claires et concises et se fonder sur la description qui, elle-même, doit être suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter¹⁰⁰⁵.

517. L'article L.611-10 2° a) du Code considère en outre qu'une découverte n'est pas, en tant que telle, assimilable à une invention. En effet, à l'instar de ce qui a été vu en matière de propriété littéraire et artistique, une découverte « *est la perception d'un phénomène naturel préexistant à toute intervention de l'homme. L'invention, au contraire, est le fruit de l'intervention de l'homme* »¹⁰⁰⁶. Ainsi le Tribunal civil de la Seine jugea-t-il, sous l'empire de la loi de 1844, que « *la découverte procède d'une simple extension des connaissances humaines, (alors que) l'invention tend, par une réalisation matérielle, à la satisfaction d'un be-*

¹⁰⁰⁰ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°107s p.90. Sur l'emploi nouveau et les difficultés de distinction, cf. notamment Com. 28 février 1968, Bull. civ. IV n°88, D. 1969 jur. p.76 note Plaisant. V. également Com. 12 février 1973, Bull. civ. IV, n°66 p.58 ; Ann. Prop. Ind. 1973 p.61 : « *Attendu (...) que l'un et l'autre brevet ont pour objet « un scellement » par le même « système perfectionné de fixation » et qu'il importe peu que ce système soit appliqué à la fixation d'un tire-fond dans une pièce de bois ou à la fixation d'un boulon dans une roche, étant donné l'identité des moyens employés et l'identité des résultats* ».

¹⁰⁰¹ Com. 3 mai 1995, inédit titré, pourvoi n°92-19396, PIBD 1995, n°591, III, p.317 ; Dossier Brevets 1995, II, décision n°2.

¹⁰⁰² Ce principe souffre de deux exceptions. D'une part l'article L.612-2 CPI permet à l'INPI de procéder d'office à la suppression d'éléments dont la publication porterait atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. D'autre part, l'article R.612-36 CPI prévoit une procédure de rectification d'erreur matérielle autorisant les modifications qui s'imposent. A noter que le droit européen des brevets comporte deux hypothèses de modifications postérieures à la délivrance du titre non prévues en droit français : L'article 123 de la CBE permet ainsi au breveté de modifier le brevet si l'objet du brevet ne s'étend pas au-delà du contenu de la demande telle qu'elle a été déposée ou dans le cadre d'une procédure d'opposition. Sur ce dernier point, cf. OEB, Ch. Des recours techniques, 7 mai 1999, décision T-1149/97, D. 2002, Somm. p.1191, obs. Galloux.

¹⁰⁰³ Art. L.612-13 CPI.

¹⁰⁰⁴ Art. L.613-24 CPI, mais seulement dans le cas d'une renonciation volontaire du breveté. Cf. A. Chavanne et J.-J. Burst : n°183 p.139.

¹⁰⁰⁵ Art. L.612-6 et L.612-5 CPI.

¹⁰⁰⁶ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°66 p.65. Cf. également Mousseron : t.1, n°161 p.179 et 435 p.453.

soin physique »¹⁰⁰⁷. Seule l'application industrielle d'une telle découverte peut faire l'objet d'un brevet¹⁰⁰⁸.

518. Fort curieusement, l'Office européen des brevets admit toutefois que le fait d'isoler et de caractériser un fragment d'ADN codant une protéine humaine ne constituait pas une découverte, alors pourtant que ce fragment fut toujours présent dans l'organisme humain¹⁰⁰⁹. L'office avait ainsi considéré que non seulement il y avait invention, mais en outre qu'elle n'était pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La solution peut sans doute s'expliquer par la différence substantielle existant entre l'article 53a CBE et l'ancien article L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier texte, tel qu'il ressort de l'article 7 de la loi du 29 juillet 1994, disposait, en plus des dispositions communes à l'article 53a CBE, que « *le corps humain, ses éléments et ses produits, ainsi que la connaissance et la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets* »¹⁰¹⁰.

519. Les nouvelles dispositions, ventilées entre les articles L.611-17, L.611-18 et L.611-19 du Code¹⁰¹¹, conduisent à exclure de la même manière la brevetabilité de « *la simple découverte d'un de ses (du corps humain) éléments y compris la séquence totale ou partielle d'un gène* » prise en tant que telle¹⁰¹². L'article L.611-18 alinéa 2 précise en outre que « *Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application*

¹⁰⁰⁷ T. civ. De la Seine 9 mai 1957, Ann. Prop. Ind. 1963, p.329.

¹⁰⁰⁸ Sous l'empire de la loi de 1844 l'exigence de caractère industriel a ainsi permis aux juridictions d'écarter de la protection du brevet les simples découvertes. T. Com. Seine, 16 juillet 1921, Ann. Prop. Ind. 1922, p.346 annulation d'un brevet délivré sur un champignon dont aucune méthode industrielle d'application ou de procédé industriel nouveau n'avait été mentionné). Cf. concernant des découvertes acoustiques : Cass. Req. 8 février 1853, D. 1853, p.94 (brevetabilité de l'application d'un phénomène acoustique dans la réalisation d'instruments de musique). Com. 31 mars 1954, Ann. Prop. Ind. 1954, p.266 (refus de brevetabilité de l'idée d'améliorer l'acoustique d'une salle de concert par l'utilisation de panneaux en toile d'amiante sans préciser le procédé de réalisation).

¹⁰⁰⁹ OEB division des oppositions, 8 décembre 1994, D. 1996, jur. p.44, note Galloux.

¹⁰¹⁰ Sur l'origine du texte, cf. Frédéric Pollaud-Dulian : *La brevetabilité des inventions, étude comparative de jurisprudence, France - OEB*, Litec 1997, n°205s.

¹⁰¹¹ Issues de l'article 17 a II de la loi 2004-800 du 6 août 2004 et de l'article 2 de la loi 2004-1338 du 8 décembre 2004. Ces lois transposent avec un certain retard la directive 98-44 CE du 6 juillet 1998, cf. Christophe Caron : La loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques, JCP éd.E 24 février 2005, actualité 42 p.297. V. également Hélène Gaumont-Prat : *Les tribulations en France de la directive 98-44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, D. 2001, chron. p.2882, ainsi que *Les inventions biotechnologiques d'origine humaine et le brevet*, Propriété industrielle 2002, chron. n°12.

¹⁰¹² Souligné par nous.

particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet »¹⁰¹³.

520. L'article 3.2 de la directive dispose cependant qu'« *une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel* ». La transposition française semble donc contraire sur ce point au droit communautaire ainsi qu'à la jurisprudence de l'OEB. La position de la France n'est toutefois pas isolée puisque l'Allemagne a opté pour la même solution dans sa loi de transposition du 28 février 2005¹⁰¹⁴.

521. Il semblerait toutefois que « *si le fragment d'ADN brut extrait du corps humain n'est pas brevetable (...) un gène purifié dont on connaît la fonction et qui est revendiqué comme un moyen dans une invention plus vaste peut être brevetable* »¹⁰¹⁵. Ainsi peut s'expliquer la disposition de l'article L.611-18 alinéa 2. La Cour de cassation avait d'ailleurs pu valider cette idée sous l'empire de la loi de 1994¹⁰¹⁶.

La division d'opposition de l'Office européen des brevets a, par ailleurs, conforté la solution dans une décision du 20 juin 2001 en ces termes : « *Bien que l'acide nucléique codant pour la protéine V28 existe en tant que segment du génome humain et fasse donc partie de la nature, l'acide nucléique purifié et isolé ayant cette séquence n'existe pas dans la nature et ne saurait donc être découvert* »¹⁰¹⁷.

522. La véritable problématique de la brevetabilité du vivant relève cependant davantage de l'éthique que des critères de l'invention. En effet, dès lors qu'une matière vivante est issue d'un processus artificiel maîtrisé, qu'elle ne se trouve pas en tant que telle dans la nature, ou que sa seule utilisation dans un procédé inventif plus vaste est considérée, le grief de simple découverte devrait pouvoir être écarté. Le débat portant sur le droit des hommes à do-

¹⁰¹³ Le considérant 23 de la directive proclame de la même façon qu'« *une simple séquence d'ADN sans indication d'une fonction ne contient aucun enseignement technique ; qu'elle ne saurait, par conséquent, constituer une invention brevetable* ».

¹⁰¹⁴ Vincenzo Scordamaglia : *L'état de transposition de la directive sur la protection des inventions biotechnologiques : quelques considérations au niveau communautaire*, *Propriété industrielle* 2005, chron. 12.

¹⁰¹⁵ Joanna Schmidt-Szalewski : *L'adaptation du droit des brevets aux nouvelles technologies*, *Propriété industrielle*, 2002, chron. 3.

¹⁰¹⁶ Com. 19 décembre 2000, pourvoi n°98-10968, *Bull. civ. IV*, n°196 p.171 ; *PIBD* n°721, III, p.277.

¹⁰¹⁷ Décision de la division d'opposition du 20 juin 2001, *JOOEB* juin 2002 p.275-343. L'OEB interprète en outre la CBE à la lumière de la directive de 1998, en conformité avec une décision du conseil d'administration de l'OEB du 16 juin 1999 (*JOOEB* juillet 1999, p.437), cf. Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux : *RTD Com.* 2000 p.79, spécialement p.80-81.

miner¹⁰¹⁸, à s'approprier et à modifier le vivant dépasse malheureusement très largement le cadre de cette étude.

523. Pour ce qui est, enfin, des produits issus d'une invention brevetée, l'article L.613-2 alinéa 2 dispose que « *si l'objet du brevet porte sur un procédé, la protection conférée par le brevet s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé* ». On pourrait alors songer que, malgré l'absence de revendication du produit directement obtenu par le procédé breveté, ce produit n'en serait pas moins couvert par le brevet. Il apparaît toutefois qu'il est nécessaire de combiner les deux alinéas de l'article L.613-2¹⁰¹⁹. Le système des revendications ne laisse pas la place au hasard.

L'exigence de la maîtrise humaine dans le processus de création conduit donc tout naturellement à écarter certains facteurs externes à la volonté. Il ne s'agit pas pour autant que la création soit en totalité maîtrisée, mais le résultat doit avoir été pensé par le créateur, au moins pour partie.

2- L'exigence de conscience du résultat

524. Puisque la création ne saurait être le fruit total du hasard ou simplement la mise en évidence d'une donnée naturelle préexistante, on peut dès lors se demander si le créateur ne doit pas avoir la conscience du résultat. Kant semble l'exiger lorsqu'il écrit que la cause productrice de la création a pensé à une fin. S'agissant du fruit de la volonté, c'est bien le moins qu'il soit légitime d'espérer. Le créateur doit-il pour autant penser dans sa globalité la création ? Est-il exigé qu'il en maîtrise tous les tenants et les aboutissants ?

525. Si l'intervention exclusive du hasard, de la nature ou d'une machine doivent conduire à rejeter toute idée de création intellectuelle, il n'est toutefois pas question d'exiger que

¹⁰¹⁸ Encore que l'entreprise de domination de la nature ait un fondement confortablement sacré : « *Dieu les bénit et leur dit : « Soyez féconds, multipliez, emplissez la terre, soumettez-la ; dominez sur les poissons des mers, les oiseaux du ciel et tous les animaux qui rampent sur la terre (...) Je vous donne toutes les herbes portant semence, qui sont sur toute la surface de la terre, et tous les arbres qui ont des fruits portant semence : ce sera votre nourriture* », Genèse 1, 28-29.

¹⁰¹⁹ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°411 p.245.

le créateur ait totalement maîtrisé la réalisation de sa création, « *il faut que l'auteur conserve un lien volontaire suffisant avec la création de son œuvre* »¹⁰²⁰. Il n'est pas non plus question d'exiger que l'auteur ait à l'avance une idée préconçue de l'œuvre¹⁰²¹.

526. Mais puisque la création est un fait volontaire, se pose avec acuité la question des créations des malades mentaux et des enfants en très bas âge. L'exigence de conscience du résultat conduirait inmanquablement à leur dénier la qualité de créateur en raison de leur manque de discernement. Si la règle n'apparaît pas à priori critiquable concernant une personne totalement dénuée de discernement (la création relèverait ainsi du pur hasard), l'exigence d'activité mentale de l'auteur ne signifie pas que celle-ci soit consciente ou maîtrisée¹⁰²².

Il paraît toutefois douteux qu'une solution de principe excluant les personnes privées de discernement de la qualité de créateur soit défendable. Doivent être successivement envisagés l'aliéné et l'infans.

527. L'aliéné est, dans le sens commun, une personne atteinte d'un trouble mental le rendant « *étranger à lui-même et à la société où il est incapable de mener une vie sociale normale* »¹⁰²³. L'étymologie du terme renvoie ainsi à l'idée d'appartenir à autrui¹⁰²⁴, et c'est ainsi que le droit emploie techniquement le terme d'aliénation pour désigner un acte translatif de propriété ou de droit. L'aliéné est donc celui qui ne s'appartient pas ou qui ne s'appartient que partiellement. On pourrait toutefois penser que la notion est éminemment contingente par l'ordre social. En effet, l'aliéné est étranger à la société car il ne peut adopter certains comportements conformes aux exigences de vie en commun. Est-il pour autant étranger à lui-même ?

528. La liberté est bien souvent comprise comme étant la faculté d'adopter sa propre règle car est libre « *celui qui ne désire rien de ce qui lui est étranger* »¹⁰²⁵. On pourrait alors penser que l'aliéné, bien qu'étranger à la société, demeure néanmoins fondamentalement libre car il suit les règles de sa propre nature. Si l'idée est séduisante, elle n'en est pas moins sujette à caution, précisément parce que l'aliéné n'est pas en mesure de consentir à cette règle. Elle

¹⁰²⁰ Thomas Rabant : thèse précitée, n°234 p.191.

¹⁰²¹ Ivan Cherpillod : *L'objet du droit d'auteur*, thèse précitée, n°216 p.128. A. et H.-J. Lucas : n°53 p.62.

¹⁰²² Olivier Laligant : *Fragments d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur : œuvre et réalisation*, RRJ 1994, p.887. Thomas Rabant : thèse précitée, n°229 p.186.

¹⁰²³ Le petit Robert.

¹⁰²⁴ Du latin alienare, dérivé de *alius*, « autre ».

¹⁰²⁵ Epictète, Entretiens, Livre IV, De la liberté, 129.

lui est imposée par son trouble, par sa maladie mentale dont il ne peut discerner la portée ou maîtriser les conséquences. D'infinis degrés existent toutefois entre un léger trouble mental et une aliénation totale. Etranger à soi, étranger à la société, l'aliéné n'en dispose pas moins d'une personnalité souvent problématique pour lui-même. Il n'y a parfois qu'un court chemin entre le génie et l'aliénation, entre la clairvoyance et l'hallucination¹⁰²⁶.

529. Une solution de principe ne pourrait donc dénier la qualité de créateur aux aliénés, chaque cas, au delà des catégories pathologiques, étant un cas particulier. Une présomption de discernement ou de lucidité doit donc être posée et, à l'instar de la règle de l'article 489 du Code civil, il reviendra à celui qui conteste la qualité de créateur d'établir que l'aliéné n'a agi que sous l'emprise de son trouble mental¹⁰²⁷.

530. Le cas de l'infans est, quant à lui, sensiblement différent. Si l'aliéné a une personnalité contrariée par un trouble mental, l'infans n'est qu'au stade de la construction de sa personnalité. Il ne maîtrise pas encore parfaitement ses gestes. Il possède pour autant une volonté mais il est incapable de discerner les conséquences de ses agissements. L'infans peut-il dès lors accéder au statut de créateur ?

531. Là encore une réponse négative de principe ne saurait être admise. Sans tomber dans l'excès consistant à considérer que seul compte le résultat¹⁰²⁸, exiger une parfaite maîtrise reviendrait à juger du mérite du créateur, pour l'infans comme pour toute personne douée de discernement. Il s'agira alors d'exiger un « *minimum de maîtrise intellectuelle du processus créatif* »¹⁰²⁹ et, à cet égard, l'infans ne saurait être traité autrement que l'adulte. Car si l'infans a en lui l'infini des possible sans posséder les outils intellectuels et l'habileté nécessaires à la réalisation, l'adulte dispose de façon variable des outils mais voit son imagination la plupart du temps contrariée par une certaine forme, consciente ou non, d'autolimitation¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶ Van Gogh fut ainsi interné à la suite d'une demande des habitants d'Arles effrayés par ses délires paranoïaques, avant d'accepter lui-même l'internement. Autre génie, Robert Schumann avait une tendance à la schizophrénie et finit sa vie entouré d'anges et de démons à l'asile d'Endenich après une tentative de noyade dans le Rhin.

¹⁰²⁷ L'article 489 pose que seule la preuve du trouble au moment de l'acte doit être rapportée. Mais dans la mesure où la jurisprudence exige que le trouble existe au moment précis de l'acte (V. Soc. 8 juillet 1980, Bull. civ. V, n°618), cela revient à poser une présomption d'influence du trouble sur la conclusion de l'acte.

¹⁰²⁸ Cf. Dessemontet, cité par A. et H.-J. Lucas, n°53 p.62 note 43.

¹⁰²⁹ A. et H.-J. Lucas, Ibidem.

¹⁰³⁰ Encore qu'il soit possible de voir dans cette autolimitation l'expression de la liberté de l'individu doué de discernement, liberté telle que nous l'avons évoquée, c'est-à-dire comprise comme la faculté de se donner ses propres règles.

532. Puisque la création est issue du travail intellectuel d'une personne physique, l'exclusion de l'intervention totale de tout élément extérieur et non maîtrisé par le créateur va donc de soit. Mais il vient d'être vu que, pour autant, cette maîtrise du processus créatif peut ne pas être totale. Il suffit en effet qu'elle soit minimale, mais suffisante. Ce qui revient à exiger du créateur qu'il commence par se maîtriser lui-même.

533. C'est ainsi que se justifie pleinement l'absence de protection des objets résultant du respect d'une méthode ou d'une démarche préétablie¹⁰³¹. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif à l'article L.611-16 du Code de la propriété intellectuelle définit ainsi la notion de méthode : « ensemble de démarches raisonnées, suivies et reliées entre elles » en vue d'un but déterminé¹⁰³². Par voie de conséquence, la liberté du sujet consiste à se ranger au choix d'une méthode, ce qui paraît déjà plutôt faible pour caractériser une véritable liberté créatrice. Le résultat n'est que le fruit du respect de la méthode choisie, non celui d'une intervention libre du sujet. Il est d'ailleurs singulier que les méthodes soient orphelines de protection. La loi leur refuse expressément la protection au titre des brevets d'invention¹⁰³³, tandis que la jurisprudence les écarte du bénéfice du droit d'auteur¹⁰³⁴.

534. La question de la maîtrise de soi se pose avec plus d'acuité encore dans le cas particulier où l'intervention créatrice fait l'objet d'un contrat. Tel est le cas des contrats de commande, des contrats emportant mission d'inventer, et des créations dans le cadre de contrats de travail. Il arrive que l'employeur ou le donneur d'ordre revendique la qualité de créateur ou de coauteur. Il s'agira alors de déterminer la part d'intervention créatrice de celui-ci. Inversement, le salarié, comme le commandité, doivent avoir une part de liberté dans la réalisation de la création, sinon l'objet du contrat est une prestation comme une autre s'exécutant sur la base de directives ne laissant aucune part à l'arbitraire de l'agent.

La création intellectuelle étant le fruit d'un travail intellectuel maîtrisé, il s'agit de pousser plus avant l'analyse de la notion de création. Or celle-ci n'est possible que parce

¹⁰³¹ Cf. infra n°615s.

¹⁰³² CA Paris, 29 octobre 1997, Biolase, PIBD 1998, III, p. 29 ; RDPI 1997, n°80 p.29.

¹⁰³³ Art. L.611-10, 2° c) CPI et art. 52 CBE. Sont ainsi exclues de la brevetabilité des méthodes d'enseignement (TGI Paris, 21 septembre 1984, PIBD 1985, III, p.47. OEB Ch. rec. tech. 3 juillet 1990, décision T.603-89, JO OEB mai 1992, p.230 ; PIBD 1992, III, p.428). L'art. L.611-16 exclut en outre de la brevetabilité les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutiques du corps humain ou animal ainsi que les méthodes de diagnostic.

¹⁰³⁴ CA Paris 2 août 1870, DP 1871, 2, p.16 (méthode scientifique) ; CA Paris 4 mai 1911, DP 1912, 2, p.182 (méthode sportive) ; Crim. 15 octobre 1969, D. 1970, jur. p.15 (méthode de solfège).

qu'elle est le fruit de la volonté. Aussi peut-on penser qu'à travers la création, c'est la volonté du créateur, et donc sa personnalité, qu'il s'agit pour le droit de protéger.

SECTION II : La protection de la volonté à travers la protection de la création

535. La volonté est la notion centrale de la création en ce qu'elle est la condition du sujet agissant, le créateur (paragraphe premier). Par conséquent, le droit reconnaît au créateur le pouvoir de se définir comme tel par le simple acte de création (paragraphe second), ce qui amène à mettre en évidence l'appréhension juridique de la création sous l'angle de la volonté du créateur.

Paragraphe premier : La volonté, condition de la qualité de créateur

Avant de saisir l'intérêt de l'étude de la volonté comme définition du sujet agissant et donc du créateur (2), il est utile, voire primordial, de replacer l'individu dans un contexte de pensée qui, d'émanation récente, en fait un animal social (1). L'effort d'émancipation des individus n'aurait cependant qu'une infime portée dans le domaine de la création si le droit ne prenait pas en compte le rôle social des créateurs (3).

1- La notion d'individu

536. Les phénomènes d'individualisation doivent être appréciés comme étant des phénomènes sociaux et historiques. Sociaux, tout d'abord, en ce qu'il ne s'agit pas d'appréhender les activités d'individus isolés, mais leur interrelations¹⁰³⁵. Historiques ensuite, car l'individualisme naît à la période où la philosophie commence à mettre l'homme au centre de ses préoccupations.

537. L'individu est en effet une création récente : le « *cogito ergo sum* » cartésien fonde l'ère philosophique de l'individualisme. Cette place centrale accordée à l'individu, au « *sujet* » se renforce au XVII^{ème} par une « *révolution dans la théorie de la loi naturelle* » consistant à « *se servir du langage des droits pour exprimer les normes morales universelles* »¹⁰³⁶. Dès lors, si chaque individu doit se produire « *comme sens* », l'homme n'existe cependant que dans son rapport à l'autre¹⁰³⁷. Mais il s'agit de dépasser la contradiction selon laquelle les exigences personnelles sont irrémédiablement opposées aux exigences sociales¹⁰³⁸ et de partir du constat que l'individu ne peut se définir que socialement. Corrélativement, la société ne se définit qu'à partir d'une coexistence des individus, toujours et irrémédiablement en mutation.

538. Or « *l'ordre invisible, l'ordre de cette vie sociale que l'on ne perçoit pas directement avec ses sens, n'offre à l'individu qu'une gamme très restreinte de comportements et de fonctions possibles* »¹⁰³⁹.

L'individu ne pourra dès lors se produire « *comme sens* » que dans la mesure où il sera reconnu comme tel au sein de la société, ce qui suppose la reconnaissance et la protection de ce qui le compose par le corps social.

Affirmer la nature éminemment centrale de l'individu, c'est non seulement lui reconnaître le statut de sujet de droit, mais également lui assurer une sphère d'autonomie. Partant, le moyen de l'individualisation consiste non seulement dans l'identification de l'individu et

¹⁰³⁵ Jean Carbonnier : *Flexible droit*, 10^{ème} édition, L.G.D.J. p.194.

¹⁰³⁶ Charles Taylor : *Les sources du moi, la formation de l'identité moderne*, Seuil, p.25.

¹⁰³⁷ Jean Carbonnier, *Ibidem*.

¹⁰³⁸ Norbert Elias : *La société des individus*, traduction Jeanne Etoré, Agora p.43.

¹⁰³⁹ Norbert Elias, *ibidem*, p.49.

dans le respect de son for interne, mais aussi dans la reconnaissance d'une volonté individuelle qui s'exprimera à travers l'action libre du sujet en société.

2- La volonté comme définition du sujet agissant.

539. La compréhension de la volonté appelle tout d'abord de se pencher sur l'action : « *Vouloir c'est faire* », la volonté, faculté de vouloir, c'est « *l'acte en puissance ou la puissance en acte* »¹⁰⁴⁰. Le dictionnaire Lalande définit ainsi la volonté comme une « *activité, même inconsciente, mais permanente et dirigée dans un sens défini* »¹⁰⁴¹. La volonté est donc la condition du fait que l'homme peut être le sujet de ses propres actions : « *En quoi consiste donc votre liberté, si ce n'est dans le pouvoir que votre individu a exercé de faire ce que votre volonté exigeait d'une nécessité absolue ?* » (...) « *Votre volonté n'est pas libre, mais vos actions le sont. Vous êtes libres de faire quand vous avez le pouvoir de faire* »¹⁰⁴². Elle est donc un pouvoir, une puissance d'agir. Mais en tant que pouvoir, la volonté est nécessairement libre.

540. La volonté ne peut néanmoins être appréhendée en tant que telle : nous pouvons en avoir l'intuition, mais nous ne pouvons en avoir l'expérience immédiate. Il est donc nécessaire de la tester et cette mise à l'épreuve est l'effort : « *L'effort nous apparaît comme la réalité substantielle que nous sommes, par opposition à ces autres réalités accidentelles que nous ne faisons qu'avoir et porter partout avec nous* »¹⁰⁴³. Autrement dit, l'effort en tant que dépassement d'un obstacle opposé à notre volonté permettrait de prendre conscience de notre qualité d'être. Mais l'effort ne permet cependant pas de prouver la production d'un acte par la force de la volonté : il révèle et l'acte, et la conscience simultanée d'une volonté, mais non une causalité entre celle-ci et celui-là. Il faut alors nécessairement déterminer en quoi consiste ce pouvoir de passer d'une faculté psychologique à un effet, à une action, physique, matérielle.

¹⁰⁴⁰ André Comte-Sponville : *Dictionnaire philosophique*, Puf, articles « volition » et « volonté », p.623.

¹⁰⁴¹ Précité p. 1221. Le même définit l'action « *opération d'un être considérée comme produite par cet être lui-même et non par une cause extérieure* », et, plus loin, comme l' « *exécution d'une volition* », p.19-20. L'action c'est ce que nous faisons, par opposition à ce qui nous arrive.

¹⁰⁴² Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, De la Liberté, GF-Flammarion p.258.

¹⁰⁴³ Maine de Biran, *Essai sur les fondements de la psychologie*, p.610, souligné par nous.

541. Il apparaît alors, traditionnellement, qu'une action sera volontaire s'il dépend de l'homme et de lui seul qu'elle advienne ou non, qu'il en soi la cause exclusive. Or nos actions sont en notre pouvoir lorsqu'elles sont causées par notre volonté, c'est-à-dire par une pensée active qui, en tant que telle, est elle-même en notre pouvoir. Ce qui signifie que la volonté est nécessairement d'essence spirituelle : « *le pouvoir de vouloir n'est ainsi sauvegardé qu'au prix de l'intelligibilité du vouloir* »¹⁰⁴⁴. Or, si l'on peut situer la volonté dans l'esprit de l'homme, encore faut-il résoudre le problème de la définition du pouvoir de vouloir. Une première option consiste à poser une volonté de vouloir, ce qui conduit inéluctablement à remonter sans fin une série de causes du vouloir. Une deuxième option est alors possible : considérer le pouvoir de vouloir comme celui de se déterminer soi-même à agir par une volonté qui n'a comme seule cause qu'elle-même. La volonté est ainsi le « *pouvoir d'être cause de soi par soi* »¹⁰⁴⁵.

542. Pouvoir d'agir, cette définition de la volonté n'explique cependant toujours pas le mécanisme la traduisant en action, le mécanisme transformant l'intelligible en sensible. Les philosophes trouvent dans la relation entre la volonté et le désir l'explication de ce passage nécessaire. Ce qui serait volontaire en fin de compte, c'est le fait de vouloir telle chose et que l'action tende vers le but. Conjonction du désir et de la raison, la volonté est donc un désir motivé par une raison : « *le choix délibéré est ou bien l'esprit animé par la tendance, ou bien la tendance éclairée par la réflexion, et c'est là un principe humain* »¹⁰⁴⁶. Or ni le désir, puissance motrice, ni l'action ne nous sont maîtrisables. Ils sont hors du champ de la volonté qui, dès lors, se cantonne au choix des moyens : « *Nous sommes maîtres de nos actes en tant que nous pouvons choisir ceci ou cela. Le choix ne porte pas sur la fin, il porte sur les moyens* »¹⁰⁴⁷.

543. Pour qu'une action soit volontaire, il suffit donc qu'elle dépende de nous : « *agir par soi-même ne peut signifier dès lors qu'agir selon sa nature propre* »¹⁰⁴⁸. Et agir selon sa nature propre, c'est respecter la loi morale en nous qui commande seulement à la volonté de ne jamais vouloir autre chose que ce qu'elle pourrait, sans contradiction, « *s'ordonner à elle-même de vouloir toujours* »¹⁰⁴⁹. La volonté ne portant ni sur le commandement d'agir, ni sur

¹⁰⁴⁴ Philippe Desoche : Introduction de *La Volonté*, recueil de textes, GF Flammarion, p.20.

¹⁰⁴⁵ Philippe Desoche : op. cit. p.22.

¹⁰⁴⁶ Aristote : *Ethique de Nicomaque*, VI/II, 5, traduction de Jean Voilquin, GF Flammarion, p.171.

¹⁰⁴⁷ Saint Thomas : *Somme théologique*, Ia q82, a.1, p.716, cité par Philippe Desoche, op. cit. p.29.

¹⁰⁴⁸ Philippe Desoche : op. cit. p.37.

¹⁰⁴⁹ Philippe Desoche : op. cit. p.39.

la fin, seul reste nécessairement libre le choix du moyen d'agir¹⁰⁵⁰. Or ce choix n'intervient qu'après réflexion, qu'après libre délibération des possibles d'atteindre la fin. La volonté doit donc être comprise comme le pouvoir de se décider, de mettre un terme à la délibération.

544. Le sujet est donc, par définition, doté de vouloir et, partant, il est l'être auquel on attribue une action. L'exercice de choix, par l'intervention du libre arbitre, est une qualité intrinsèque du sujet. Etymologiquement, la notion de sujet définit cependant « *ce qui est placé sous* »¹⁰⁵¹. D'univoque, le terme est cependant devenu ambivalent. Le sens de dépendance initial s'est doublé d'un sens porté par la philosophie kantienne qui fait du sujet l'être pensant compris comme étant le siège de la connaissance. Cette ambivalence se retrouve dans l'acception juridique du terme de sujet.

545. Le sujet de droit est ainsi défini comme titulaire de droits et redevable d'obligations, il est à la fois assujéti, dominé par le droit, et à la fois émancipé par celui-ci qui lui reconnaît une sphère d'autonomie. Kelsen précise ainsi que l'individu est à la fois « *libre ou d'accomplir une certaine action ou de s'en abstenir* » mais qu'il est également « *juridiquement obligé* »¹⁰⁵². Il fait néanmoins observer que, tant dans l'expression allemande que dans l'expression française, le même terme désigne à la fois le « *droit des sujets et le système de normes qui constitue l'ordre juridique* » mettant ainsi en premier plan l'analyse des droits subjectifs¹⁰⁵³. Mais il relève un peu plus loin également que le « *« droit subjectif » ou « prétention », d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres* »¹⁰⁵⁴, ce qui nous rapproche de la définition de la Liberté selon la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

546. La liberté, en tant qu'elle est la condition nécessaire de l'exercice de choix, tant au point de vue philosophique que juridique est donc un élément fondamental de la définition du sujet.

¹⁰⁵⁰ « *Sont involontaires les actes accomplis par contrainte ou s'accompagnant d'ignorance* », Aristote, Ethique de Nicomaque, III/I, 3, p.73.

¹⁰⁵¹ Du latin subjectum, « *ce qui est soumis, subordonné* ».

¹⁰⁵² *Théorie pure du droit*, traduction de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Bruylant – L.G.D.J. p.133.

¹⁰⁵³ Op. cit. p. 132.

¹⁰⁵⁴ Op. cit. p.134.

La liberté est donc le fondement de la qualité de sujet¹⁰⁵⁵. Nier la volonté c'est donc nier le sujet. Dès lors, « *le respect de la personne implique qu'on respecte son autonomie morale comme un de ses caractères essentiels (...)* »¹⁰⁵⁶. L'évolution de la notion postromantique de différence individuelle implique donc « *l'exigence d'une liberté de développer notre personnalité à notre façon propre* »¹⁰⁵⁷. Mais puisque l'homme est un animal social, l'imposition de la liberté comme valeur fondamentale nécessite un certain nombre de transactions entre l'individu et la société. Ces transactions sont envisagées soit négativement, comme les obligations que l'individu doit à la société, soit positivement, comme la liberté consentie par la société à l'individu.

547. Partant, à considérer la création comme la production de quelque chose « *à partir de soi seul* », il est nécessaire de considérer la création comme étant du domaine de l'action. Or, nous l'avons observé, la volonté pose nécessairement la question de l'action. La création, moyen et but de la volonté, suppose donc nécessairement un créateur : la volonté de celui-ci est omniprésente.

548. En tant que dépassement d'un obstacle, la création suppose également le pouvoir du créateur : « *Mon vouloir me vient toujours comme ce qui me libère et m'apporte la joie. Vouloir libère : telle est la véritable doctrine de la volonté et de la liberté* »¹⁰⁵⁸. Le créateur se libère d'une contrainte qu'il s'est peut-être fixée lui-même par la volonté de dépassement, volonté supposant l'exercice libre de choix.

3- La reconnaissance juridique du rôle social du créateur

549. L'exercice de la volonté caractérise donc le sujet, tant philosophiquement que juridiquement et il semblerait qu'il n'y aurait pu avoir d'autre époque possible que le siècle des Lumières et l'ère romantique pour la naissance de la propriété intellectuelle telle que nous la

¹⁰⁵⁵ « *La liberté étant un don absolu qu'ils tiennent de la nature en tant qu'hommes* », J.-J. Rousseau : *discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754, GF Flammarion, p.246.

¹⁰⁵⁶ Charles Taylor : *Les sources du moi*, Seuil, p.26.

¹⁰⁵⁷ Charles Taylor : *Ibidem*.

¹⁰⁵⁸ Friedrich Nietzsche : *Ainsi parlait Zarathoustra*.

connaissances¹⁰⁵⁹. Celle-ci, comme la plupart des droits subjectifs, a en effet un besoin vital de la reconnaissance du pouvoir individuel dans la sphère juridique.

550. Madame Hans relève trois conditions à l'apparition de la notion d'originalité¹⁰⁶⁰ en matière de droit d'auteur. La première suppose la reconnaissance sociale des auteurs. La deuxième condition est que les intérêts des auteurs doivent revêtir une certaine légitimité afin d'être protégés. Enfin, les intérêts des auteurs doivent être appréhendés de manière spécifique. L'approche de la création intellectuelle en tant que résultat d'une volonté reconnue et protégée par le droit nécessite donc un dernier préalable : la reconnaissance par le droit du rôle social du créateur.

551. A en croire Hannah Arendt, « *chaque activité humaine signale l'emplacement qui lui est propre dans le monde* », cela se vérifiant à propos des « *principales activités de la vita activa, le travail, l'œuvre et l'action* »¹⁰⁶¹. Ainsi, « *toutes les activités humaines sont conditionnées par le fait que les hommes vivent en société* »¹⁰⁶². Or l'exercice de ces activités permet, en raison de leur catégorisation, la catégorisation des hommes les exerçant par une sorte de métonymie limitant l'homme à son domaine d'activité^{1063 1064}. Il en va du droit comme des autres sciences sociales : le fonctionnement catégoriel impose, au sein de la discipline, la reconnaissance de statuts ayant chacun leur raison et leurs règles propres. La reconnaissance d'un statut, ensemble des règles applicables à une catégorie, suppose la reconnaissance préalable et nécessaire d'une catégorie qui, plus qu'une technique, est la traduction juridique d'une certaine réalité sociale.

552. Par l'intermédiaire de la notion de sujet de droit et par l'appréhension qui se veut optimale de l'activité humaine, le droit appréhende le créateur en relation nécessaire avec son champ d'action. Il élabore ainsi un statut juridique du créateur sur le fondement de la reconnaissance sociale du « *travail-crédation* ». Ce statut juridique s'articule autour de deux préceptes. Le premier est d'ordre idéologique : en ce qu'il est l'expression de la « *volonté géné-*

¹⁰⁵⁹ Sur d'éventuelles racines d'un droit d'auteur sous l'antiquité et au Moyen Age : cf. Marie-Claude Dock : *Etude sur le droit d'auteur, contribution historique*, Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, tome VIII, L.G.D.J. 1963.

¹⁰⁶⁰ Sylvie Hans : *L'originalité au sens du Droit d'Auteur : contribution à l'étude de la notion*, thèse Paris I, 1991, p.10-11.

¹⁰⁶¹ *Condition de l'homme moderne*, traduction Georges Fradier, Calmann-Lévy, p.115.

¹⁰⁶² Ibidem, p.60.

¹⁰⁶³ Ainsi Marx écrit-il, dans le domaine économique : « *il ne s'agit des personnes, qu'autant qu'elles sont la personification de catégories économiques, les supports d'intérêts et de rapports de classes déterminés* », Préface de la première édition du *Capital*, traduction de J. Roy, GF-Flammarion, 1969 p.37.

¹⁰⁶⁴ Une telle approche du droit plaide incontestablement en faveur de sa qualification de science humaine, la science de l'organisation rationnelle des rapports sociaux à travers la catégorisation de ces rapports.

rale » en un lieu et en un temps déterminés, le droit est nécessairement d'essence politique au sens où il reflète en les rationalisant les rapports sociaux. Le second, dans la continuité du premier est à la fois d'ordre technique et sociologique : il suppose la l'érection de l' « *objet-crédation* » au statut d'objet de droit dans son rapport avec le créateur, ce qui suppose au préalable son appréhension en tant que signe, en tant qu'identifiant social de l'activité du créateur.

553. Le premier aspect de cette reconnaissance doit donc être recherché dans les racines de l'idéologie juridique. Le rattachement à la doctrine individualiste issue de la Révolution française ne fait aucun doute quant à la reconnaissance par le droit de l'activité de création intellectuelle. Ainsi le fondement idéologique traditionnellement proposé est-il logiquement le droit naturel¹⁰⁶⁵. Il est toujours néanmoins possible de trouver le fondement de cette reconnaissance précisément dans l'évolution des rapports et des mentalités. Ainsi s'aperçoit-on que la concession de droits aux créateurs se fait toujours en échange de l'enrichissement de la société par leur travail. Les droits respectifs de la société et du créateur sont néanmoins très variables en fonction de l'immédiateté et de l'utilité que revêt la création. Aussi l'utile se voit-il approprié plus rapidement et plus sûrement par la communauté pour des raisons de progrès alors que le beau, lui, peut bien attendre encore un peu. De la même manière l'utile est-il strictement encadré, précisément parce qu'il se doit d'être utile, alors que le beau peut bien se satisfaire de critères flous et éminemment subjectifs.

554. En prise avec les distinctions que font les rapports sociaux selon que la création relève de l'utile ou de l'agréable, le droit se fait le reflet de cette spécialisation sociale des tâches de création. Platon avait ainsi déjà fait remarquer que c'est le besoin social qui crée les catégories sociales¹⁰⁶⁶. Le droit ne vient donc que régir ces catégories et organiser leurs rapports. Une constante toutefois : le droit organise et traduit, d'une certaine façon, la reconnaissance sociale du talent.

¹⁰⁶⁵ Laurier Yvon Ngombe : *Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain, rétrospective et prospective*, RIDA octobre 2002, p.2. Jean-Jacques Rousseau, *discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754 : « Cette origine (celle de la propriété des fruits du travail) est d'autant plus naturelle qu'il est impossible de concevoir de la propriété naissante ailleurs que de la main d'œuvre ; car on ne voit pas ce que, pour s'approprier les choses qu'il n'a point faites, l'homme y peut mettre de plus que son travail », GF Flammarion p.234. Ainsi trouve-t-on sous la plume de Demolombe à propos de la propriété en général, que « Dieu, qui a créé l'homme sociable, lui a donné en même temps le moyen d'accomplir sa destinée ; et c'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété celui de tous les droits peut-être qui se révèle le plus vivement par le seul instinct de la conscience, celui de tous, dont l'assentiment universel et le libre respect des peuples proclament, avec le plus d'énergie, l'inviolabilité indépendamment des lois positives partout où les funestes doctrines et les détestables excitations des partis n'ont pas égaré leur bon sens et leur bonne foi », Cours de Code Napoléon, IX, Traité de la distinction des biens, tome premier, 4^{ème} édition, Paris 1870, n° 534 p.450.

¹⁰⁶⁶ *La République*, Livre II, traduction R. Baccou, Flammarion, p.117 et s.

555. Le deuxième aspect de la reconnaissance sociale du créateur par le droit passe alors par la construction de l'objet comme signe social. La création doit nécessairement être appréhendée juridiquement comme étant le signe social du créateur. Or la reconnaissance de droits spécifiques protégeant le créateur en tant que tel vient consacrer l'admission dans la sphère juridique des créations en tant que signes sociaux juridiquement protégés. En effet, les catégories juridiques spécifiques que sont l'œuvre de l'esprit, l'interprétation, l'invention ou le dessin ou modèle tendent à la reconnaissance d'une catégorie fédératrice, celle de création.

La notion de créateur supposait donc celle d'individu. Et cette évolution ne fut rendue possible que par la place accordée par la société aux volontés individuelles ainsi que par sa traduction juridique. Ainsi le droit donne-t-il au créateur la possibilité de se déterminer en tant que lui-même.

Paragraphe second : Créateur par sa propre volonté : l'autodétermination de la qualité de créateur

557. Le droit, parce qu'il est l'expression d'une attente et qu'il trouve ses racines dans la société humaine, se doit d'accorder à chacun en fonction de son activité un statut correspondant à celle-ci.

Une personne physique, par son activité, donne lieu à une création. Or c'est celle-ci qui va déterminer cette personne en tant que créateur. C'est donc lui-même qui se détermine créateur par l'acte de volonté qu'est la création. Cette relation d'autodétermination est manifeste dans le Code de la propriété intellectuelle. L'idée n'est cependant pas nouvelle : il s'agit tout simplement d'un travail de qualification. En effet, le créateur, par son activité, met sur la scène juridique un bien qui va, à son tour et en fonction des critères juridiques de la création, le déterminer en tant que créateur. L'une et l'autre notion sont, tant sémantiquement que juridiquement, inséparables. Briser cette relation expose au ridicule, au grotesque, car la tautologie est le fondement des lois logiques. Le législateur ne s'y est bien évidemment pas risqué, même si l'intensité de la relation est variable en fonction de la création considérée et, partant, du régime appliqué.

a) Propriété littéraire et artistique

558. L'auteur d'une œuvre ne saurait être défini autrement que par le lien qu'il entretient avec l'œuvre de l'esprit par lui créée. Etymologiquement, le terme dérive du latin « *auctor* » signifiant « *celui qui accroît, celui qui fonde* », et il apparaît sous diverses formes proches¹⁰⁶⁷ à la fin du XII^e siècle pour désigner celui qui est à l'origine de quelque chose. L'expression « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit* » qui revient à deux reprises dans l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle traduit cette idée selon laquelle l'auteur ne saurait être envisagé sans œuvre. De façon moins évidente, une œuvre ne saurait être, réciproquement, envisagée sans auteur. Tel est le sens de l'article L.113-6 alinéa premier reconnaissant que les auteurs pseudonymes et anonymes jouissent des droits proclamés par l'article L.111-1. Ainsi, « *la notion d'œuvre de l'esprit suppose une activité créative émanant d'une personne physique, employée à atteindre un résultat déterminé* »¹⁰⁶⁸.

559. Les différents textes lient toujours l'auteur à l'œuvre non seulement en tant que titulaire des droits sur l'œuvre, mais également et surtout en tant que créateur de l'œuvre qui se définit par lui. Tel est le cas de l'article L.111-1 précité, mais également de l'article L.111-2 qui exige la réalisation de la conception de l'auteur pour que l'œuvre soit réputée créée, de l'article L.111-3 distinguant entre propriété du support et propriété intellectuelle, de l'article L.112-1 proclamant l'indifférence du genre, de la forme d'expression du mérite et de la destination pour la protection des droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit... La liste n'est évidemment pas close car, pourrait-on ajouter sans épuiser les exemples, l'originalité d'un titre et, plus généralement, d'une œuvre de l'esprit, est toujours comprise étant le reflet de la personnalité de l'auteur.

Il ne s'agit ni plus ni moins que de la manifestation du caractère éminemment personnaliste du droit d'auteur. Pour autant, ainsi qu'il a été dit, si cette relation ne saurait être niée, l'étendue des droits conférés à l'auteur et exclusivement attachés à sa personne ressortent d'une politique législative et jurisprudentielle issue de la pensée romantique subjective. Toutefois, des raisons bien plus pragmatiques peuvent venir limiter ou, plus radicalement, ne pas

¹⁰⁶⁷ *Author, autor* en 1174, *auctor* « écrivain » en 1160... Cf. Dictionnaire étymologique.

¹⁰⁶⁸ Jean-Christophe Galloux : *Profumo di diritto - Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur*, note sous TGI Paris, 26 mai 2004, D. aff. 2004, p.2641.

reconnaître de tels droits aux créateurs de biens dont on estime qu'ils servent un intérêt économique ou industriel supérieur¹⁰⁶⁹.

560. Il en va de même concernant les artistes-interprètes. Consacrés par la loi n°85-660 du 3 juillet 1985, leurs droits sont attachés à leur personne et sont, à juste titre, qualifiés de droits voisins du droit d'auteur¹⁰⁷⁰. Là encore, l'interprète se définit par son activité. En effet, l'article L.212-1 du Code de la propriété intellectuelle comprend comme artiste-interprète ou comme exécutant celui qui « *représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* », et une Cour d'appel ne saurait relever une interprétation pour dénier la qualité d'interprète à l'intéressé¹⁰⁷¹. Classiquement défini comme signifiant « *traduire* », « *expliquer* », le verbe interpréter désigne également, depuis le XIXème siècle, le fait de « *jouer d'une manière personnelle* »¹⁰⁷². L'artiste-interprète est donc celui qui « *apporte sa contribution originale et personnelle à travers sa prestation* »¹⁰⁷³. Par l'évidente puissance de la tautologie, un artiste se détermine donc comme interprète... par son interprétation !

b) Dessins et modèles

561. Le rapport entre le créateur et la création sous l'angle du droit des dessins et modèles est moins évident¹⁰⁷⁴.

L'article L.511-4 alinéa deuxième reconnaît toutefois que le dessin ou modèle détermine la personne qui leur a donné l'existence comme créateur. Le texte dispose en effet, pour l'appréciation du caractère propre, qu'« *il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle* ». L'article L.511-6 prend également en compte cette relation en ne tenant pas compte d'une divulgation « *par le créateur ou son ayant cause ou*

¹⁰⁶⁹ Cf. Supra, Partie I.

¹⁰⁷⁰ Reconnaissance de droits moraux attachés à la personne de l'artiste-interprète par l'art. L.212-2 CPI : droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation. Reconnaissance de droits pécuniaires par l'article L.212-3 CPI : rémunération pour la fixation, la reproduction et la communication au public de sa prestation.

¹⁰⁷¹ Cf. Civ.1^{ère}, 6 juillet 1999, pourvoi^o97-40572, arrêt de principe, Bull. n°230 p.148 ; D. aff. 2000, p.209, concl. Sainte-Rose.

¹⁰⁷² Le petit Robert.

¹⁰⁷³ CA Paris, 31 mai 1996, Juris-Data n°023442. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, intédit, pourvoi n° 96-43749, D. aff. 2000 p.209, concl. Sainte-Rose.

¹⁰⁷⁴ Sans préjudice bien entendu de la double protection par le droit d'auteur.

par un tiers à partir d'informations fournies ou d'actes accomplis par le créateur ou son ayant cause » ou effectuée de manière abusive à l'encontre du créateur ou de son ayant cause intervenue dans les douze mois précédant la date de demande ou la date de priorité revendiquée. Mais contrairement au droit d'auteur qui présume la qualité d'auteur à celui qui a divulgué l'œuvre¹⁰⁷⁵, le droit des dessins et modèles présume que l'auteur de la demande d'enregistrement est regardé comme le bénéficiaire de cette protection¹⁰⁷⁶. Il s'agit dans le premier cas d'une présomption de création, puisqu'il y va de la présomption de la qualité d'auteur, alors que, dans le deuxième cas, et nonobstant l'article L.511-9 alinéa premier¹⁰⁷⁷, il s'agit d'une présomption de titularité des droits. La différence s'explique par la protection attachée d'une part, à l'auteur d'une œuvre de l'esprit du seul fait de la création et, d'autre part, à celui qui demande l'enregistrement d'un dessin ou d'un modèle. S'agissant de présomptions simples, il sera possible de prouver dans le premier cas que le titulaire n'est pas le présumé créateur, et, dans le second, que le demandeur et bénéficiaire du titre n'est pas le créateur¹⁰⁷⁸. Comme en matière de brevets, le bénéficiaire du titre est simplement titulaire du monopole que lui confère le titre, tandis que le droit d'auteur confère la propriété sur la création elle-même¹⁰⁷⁹.

c) Créations utilitaires

562. Le droit des brevets ne nie pas non plus cette relation. L'invention est le fruit de la pensée d'un inventeur. Quelle que soit la personne titulaire des droits, une personne crée une invention qui le détermine en tant qu'inventeur à travers les conditions de fond de l'invention.

Fort logiquement, l'inventeur est la personne qui invente. Toutefois, ce n'est guère surprenant, le droit des brevets met l'accent non pas sur l'inventeur, mais sur l'objet, sur l'invention. Ainsi le Code de la propriété intellectuelle définit-il ce que l'on doit entendre par invention mais aucun texte ne définit l'inventeur en tant que tel. On peut toutefois déduire de

¹⁰⁷⁵ Art. L.113-1.

¹⁰⁷⁶ Art. L.511-9 al.2.

¹⁰⁷⁷ Qui dispose que la protection s'acquiert par enregistrement et qu'elle est accordée au créateur ou à son ayant cause.

¹⁰⁷⁸ Sans préjudice des cessions et transmission des droits.

¹⁰⁷⁹ Philippe Gaudrat : *L'invention informatique : un débat difficile et contourné*, RTD Com. 2005, p.323.

l'article L.611-6 qu'il s'agit de celui qui « réalise l'invention ». Le lien entre l'inventeur et l'invention serait cependant manifeste à travers la condition d'activité inventive. Celle-ci suppose en effet une exigence de création de la part de l'inventeur. Madame Schmidt-Szalewski considère toutefois que ce n'est pas dans ce sens que la condition doit être entendue, mais au sens d'une condition purement juridique supposant la non-évidence de l'invention considérée par rapport à l'état de la technique¹⁰⁸⁰. L'article L.611-14 pose en effet qu'il y aura activité inventive « si, pour un homme du métier, l'invention ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique ». Or, selon la Cour de cassation, l'homme du métier est « celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles, de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention »¹⁰⁸¹. La recherche de cette non-évidence par rapport au personnage de référence qu'est l'homme du métier semble s'appuyer sur des critères objectifs relatifs à l'invention elle-même¹⁰⁸². Il semble cependant que le terme d'activité et l'exigence de non évidence subsument une exigence de création : il n'y aura création qu'à partir du moment où la volonté d'une personne se sera exprimée librement dans la réalisation d'un bien¹⁰⁸³.

563. Les droits de propriété industrielle attachés au brevet appartiennent en principe à l'inventeur ou à son ayant-cause. C'est toutefois le déposant qui sera investi des droits. Or celui-ci n'est pas obligatoirement l'inventeur¹⁰⁸⁴. Le seul texte reconnaissant un embryon de droit moral au créateur d'une invention le qualifie expressément d'inventeur¹⁰⁸⁵, ce qui paraît en soi suffisant pour confirmer la prise en considération de l'activité créatrice de l'inventeur par la loi, et lui attribuer, en conséquence, celle de créateur.

563bis. Si le droit des obtentions végétales ne laisse aucune place à l'éventuel créateur d'une variété nouvelle répondant aux conditions de l'article L.623-1 du Code de la propriété intellectuelle, les textes relatifs aux topographies de produits semi-conducteurs opèrent, au contraire, une véritable re-personnalisation de la propriété industrielle. En effet, mention est faite à plusieurs reprises du créateur de la topographie¹⁰⁸⁶, et le critère d'effort intellectuel

¹⁰⁸⁰ N°98 p.47.

¹⁰⁸¹ Com. 7 octobre 1995, Bull. n°232 ; PIBD 1996, III, p.34 ; Ann. Prop. Ind. 1996, 1, obs. Mathély.

¹⁰⁸² Doctrine et Jurisprudence oscillent semblent-il entre des critères subjectifs mettant l'accent sur l'activité créatrice elle-même et des critères objectifs relatifs aux apports que constituent l'invention. Cf. J. Schmidt-Szalewski : n°103, p.49. Sophie Alma-Delettre : thèse précitée, n°280 p.193.

¹⁰⁸³ Cf. infra n°590s.

¹⁰⁸⁴ Cf. les inventions de salariés.

¹⁰⁸⁵ Art. L.611-9 CPI.

¹⁰⁸⁶ Art. L.622-1, L.622-2 et L. 622-3 CPI.

amenant à la réalisation d'une topographie non courante semble se rapprocher de l'originalité telle qu'elle est comprise aujourd'hui en droit d'auteur.

Par sa volonté, le créateur se produit donc « *comme sens* » : le droit donne la possibilité à chaque personne qui, de par son travail intellectuel, donnera naissance à une création, de se déterminer lui-même en tant que créateur. Les conditions de fond de chaque type de création confirment cette idée.

Conclusion du Chapitre I

564. L'approche volontariste de la création devait nécessairement déboucher sur la reconnaissance d'un indéfectible lien entre le bien et le créateur dont il procède. En effet, il a été montré que l'exigence d'une intervention humaine maîtrisée comme prémisses à la qualification d'un bien en création ne pouvait conduire qu'à considérer la création comme étant le fruit de la volonté humaine.

La création étant le fruit d'un travail intellectuel et ce travail ne pouvant être défini autrement que sous l'angle de la volonté, il est donc possible de se demander si, à travers la création, ce n'est pas la volonté du créateur qui est protégée. En effet, « *la création (d'une œuvre de l'esprit) est un fait juridique qui résulte de la seule volonté créatrice de son auteur* »¹⁰⁸⁷.

L'analyse de la création intellectuelle sous l'angle de la volonté met l'accent sur l'essence même de la création. Son intérêt n'est pas des moindre. Cette analyse transcende en effet l'opposition traditionnelle entre les régimes de droit d'auteur fondés sur des conditions subjectives et les régimes de propriété industrielle fondés sur des critères objectifs.

Ce dépassement des catégories de créations est cependant nécessairement subjectif. En effet, ainsi qu'il a été montré, le droit ne peut affranchir la création intellectuelle du lien l'unissant à son créateur, au risque de nier sa spécificité. Or tel n'est pas le cas des créations envisagées par catégories : qu'il s'agisse d'une œuvre de l'esprit, d'un dessin ou modèle, ou

¹⁰⁸⁷

Thomas Rabant : La notion d'œuvre de l'esprit, thèse précitée, n°227 p.184.

encore d'une invention, le législateur a toujours eu soin de préserver ce lien, plus ou moins intensément eu égard à la création considérée.

La création doit toutefois remplir plusieurs conditions : une manifestation de volonté (extériorisation) donnant lieu à un bien, autrement dit une manifestation de volonté susceptible d'entrer dans le commerce juridique et disposant d'une valeur pécuniaire. Mais il ne faut pas se méprendre : c'est la volonté qui est protégée dans la création, non sa valeur. La valeur n'intervient que dans l'appréciation de l'intérêt de l'exploitation et découle de la qualité de bien¹⁰⁸⁸.

Il s'agit à présent de déterminer la condition et l'essence de toute création intellectuelle. Or considérer la création comme découlant de la volonté impose un critère : la liberté du créateur dans la réalisation de la création.

CHAPITRE II : La liberté dans la réalisation, critère de toute création

565. La création est le résultat d'une manifestation de volonté du créateur. Cette manifestation de volonté est, en soi, de nature à exclure toute approche niant le lien entre la création et son créateur. La volonté de celui-ci est protégée à travers la protection de celle-là. Même s'il n'y a création qu'à partir du moment où l'objet existe en dehors du créateur¹⁰⁸⁹, le lien les unissant est indestructible tant conceptuellement que juridiquement.

Il ne s'agit pas pour autant de protéger toute création parce qu'elle est une manifestation de volonté. La reprise servile d'une création antérieure tombée dans le domaine public serait à ce titre protégeable, ce qui relèverait d'une totale absurdité : la création première, œuvre originale ou invention géniale, pourrait faire à nouveau l'objet d'un monopole. L'idée de domaine public n'aurait plus aucune raison d'être et la finalité sociale des propriétés intellectuelles se verrait foulée aux pieds. La création doit donc obéir à certaines conditions. Au-

¹⁰⁸⁸ Cf. supra.

¹⁰⁸⁹ Gérard Cornu : Droit civil, tome 1, 8^{ème} édition, Domat 1997, n°1688.

tant le mérite est à proscrire (Section I), autant la recherche de la libre intervention du créateur s'avère décisive (Section II).

SECTION I : Le rejet du mérite comme critère de la création

566. Certains auteurs classiques suggéraient qu'une création intellectuelle, quelle qu'elle soit, supposait un effort certain, un mérite de la part du créateur. Force est de constater que la casuistique leur donne aussi bien raison qu'elle leur donne tort, car l'exigence du sublime voisine avec une certaine commisération pour le petit. Si le mérite d'une création suppose une haute créativité de la part du créateur, faire du mérite une condition d'accès à la protection par la propriété intellectuelle n'en pose pas moins des difficultés.

Il convient alors de préciser la notion de mérite et ses implications (A) avant de montrer l'existence d'un principe général d'exclusion du mérite dans l'accès à la propriété intellectuelle (B).

A- La notion de mérite

Par mérite on suppose généralement un certain degré au delà duquel il paraît juste de récompenser le sujet méritant. Appliqué à la création, le mérite suppose une exigence de haute créativité (1), exigence qui n'a pas manqué d'attraits (2) malgré son caractère éminemment relatif.

1- Une exigence de haute créativité

567. Etymologiquement, le mérite vient du latin *meritum* qui signifie récompense. Par son mérite, une personne est en droit de recevoir une récompense. Le dictionnaire Robert en

fait le synonyme de valeur, de vertu. La notion de mérite suppose donc un certain degré de valeur pour qu'une récompense soit attribuée.

Il s'agit toutefois de distinguer le mérite de la création – l'apport au corps social ou la valeur de la création - du mérite du créateur – son talent -. Le mérite tel qu'il est entendu ici est celui de la création. Or, bien souvent, il est possible que les deux aspects interfèrent : parce qu'un créateur fait preuve d'un talent manifeste à travers sa création, celle-ci est davantage susceptible d'enrichir le patrimoine de l'humanité. L'idée d'un jugement de la valeur de la création par la postérité est, de ce point de vue, symptomatique de l'amalgame entre talent du créateur et valeur de la création. Or un créateur de talent peut avoir un coup de fatigue de la même manière qu'un créateur médiocre peut avoir un coup de génie.

568. L'embarras que suscite la notion de mérite est non seulement dû au fait de sa trop grande subjectivité mais il est également dû à l'idée sous-jacente d'une possible classification des mérites selon des critères qui restent à déterminer. Le panier à salade est, à ce titre, une création hautement méritoire eu égard à la fonction qui lui est assignée, tandis qu'il est manifeste qu'aucune toile de Picasso, aucune poésie d'Aragon ou encore aucune symphonie de Mahler ne se montrera à la hauteur concernant l'essorage des laitues. L'absurdité du critère du mérite éclate dans la formulation même de son principe tant celui-ci est dépendant d'un point de vue, fut-il apparemment iconoclaste.

Si l'on peut aisément comprendre que le mérite est affaire de position et donc empreint de la plus grande subjectivité, cela ne signifie pas pour autant que le mérite n'eût aucun attrait, tant est grande la tentation de s'ériger en critique d'art ou d'industrie.

2- Les tentations du mérite

569. L'objectif des propriétés intellectuelles est de « *promouvoir le développement culturel ou technologique* »¹⁰⁹⁰, il paraît logique d'exiger un certain niveau de créativité et la tentation fut grande d'ériger le mérite comme condition d'accès à la propriété littéraire et artistique (a) ou au droit des brevets (b).

¹⁰⁹⁰ Ibidem, n°2 p.1.

a) La tentation du mérite en matière de propriété littéraire et artistique

570. L'interdiction de prendre en considération le mérite des créations pour leur accession au statut d'œuvre de l'esprit est un principe classique du droit d'auteur. Pouillet s'exprimait déjà en ce sens : « *La loi ne juge pas les œuvres ; elle n'en pèse ni le mérite, ni l'importance : elle les protège toutes aveuglément : long ou court, bon ou mauvais, utile ou dangereux, fruit du génie ou de l'esprit, simple produit du travail ou de la patience, tout ouvrage littéraire ou artistique est admis à bénéficier des dispositions de la loi* »¹⁰⁹¹.

571. Admis par la jurisprudence dès le XIX^{ème} siècle, le principe de l'indifférence du mérite dans la protection des sculptures et des dessins d'ornement fut consacré par la loi du 11 mars 1902. Celle-ci venait réagir contre un certain nombre de décisions refusant la protection du droit d'auteur à certaines œuvres de ce type en raison de leur insuffisance de mérite. La Loi du 11 mars 1957 vint codifier la règle en un principe général du droit d'auteur en son article 2. La jurisprudence fit une large application du principe en refusant de prendre en considération la valeur artistique de l'œuvre¹⁰⁹². Monsieur Gautier relève toutefois le caractère hétéroclite – voire frileux - de la jurisprudence, certaines décisions particulièrement libérales renonçant à une recherche de l'originalité de crainte de tenir compte du mérite¹⁰⁹³.

572. Certaines décisions optent purement et simplement pour une position ouvertement dissidente¹⁰⁹⁴. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 novembre 1973 jugea ainsi directement du mérite d'une œuvre littéraire en soulignant l' « *absence d'originalité du plan, de la présentation et, en général, de la forme des ouvrages qui dissimulent sous un faux luxe la banalité de leur inspiration* »¹⁰⁹⁵. Il fut également jugé, en matière audiovisuelle, que tous

¹⁰⁹¹ Pouillet : *Traité de la propriété littéraire et artistique*, p.38.

¹⁰⁹² Crim. 2 mai 1961, JCP 1961, II, 12242 ; Crim. 22 juin 1967, D. 1968, jur. p.241, note Costa ; Crim. 13 février 1969, D. 1969, jur. p.323 ; Civ. 1^{ère} 15 avril 1982, Bull. n°132, RIDA octobre 1982, p.159, D. 1983, IR p.93, obs. Colombet ; AP. 7 mars 1986, 2 arrêts, précités.

¹⁰⁹³ Gautier : n°36, p.62.

¹⁰⁹⁴ Pour une analyse détaillée et de la jurisprudence antérieure à 1981 sur ce point, cf. Caroline Carreau : *Mérite et droit d'auteur*, thèse, LGDJ bibliothèque de droit privé 1981, tome CLXVII.

¹⁰⁹⁵ CA Paris 29 novembre 1973, Gaz. Pal. 1974, 1, p.139.

les synopsis ne sont pas protégeables, à moins qu'ils ne soient marqués d'une « *fantaisie particulière* »¹⁰⁹⁶.

573. D'autres décisions font une appréciation indirecte du mérite. Ainsi cet arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation ne censura pas les juges du fond d'avoir caractérisé l'originalité d'un modèle de sac en relevant dans la combinaison de ses éléments caractéristiques, « *un effort personnel de création et un souci de recherche esthétique* »¹⁰⁹⁷. Si l'on pourrait justifier la deuxième solution par l'idée selon laquelle un grand mérite esthétique suppose une grande originalité créative, la première paraît à tout le moins inacceptable : une faible inspiration ne saurait exclure, au terme de la loi, une œuvre de la propriété littéraire.

574. Une partie de la doctrine s'est cependant interrogée sur la question de savoir si, en réalité, la question de l'originalité ne masquait pas celle du mérite. L'imbrication des deux concepts conduit Monsieur Gautier à souhaiter un abandon de la vérification de l'originalité. Selon cet auteur, « *ou bien la jurisprudence recherche le mérite, sous couvert d'originalité, ou bien elle ne recherche ni l'un, ni l'autre, se contentant d'utiliser formellement l'adjectif « original », selon une clause de style propre à satisfaire la Cour de cassation* »¹⁰⁹⁸.

575. La question du mérite se pose en outre bien souvent à propos des œuvres de l'art appliqué, joignant ainsi deux problématiques : celle de l'indifférence de la destination (principe de l'unité de l'art) et celle de l'indifférence du mérite¹⁰⁹⁹. Problématique dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, la question du mérite paraît plus marginale en matière de droit des brevets. L'abord en est toutefois différent tant l'idée de récompense innerve celui-ci.

b) La tentation du mérite en matière de droit des brevets

576. Le droit de la propriété industrielle en général, et le droit des brevets en particulier supposent la récompense de l'apport au corps social de la plus-value résultant d'une création industrielle. Madame Schmidt-Szalewski relève ainsi que le but de la propriété industrielle est d' « *encourager la création, dans la mesure où elle est jugée nécessaire à la satis-*

¹⁰⁹⁶ CA Versailles, 18 octobre 1996, D. 1997, Somm. p.93, obs. Colombet.

¹⁰⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, Bull. n°203 p. 145, RIDA octobre 1995, p.291 et 233, obs. Kéréver.

¹⁰⁹⁸ N°37 p.63-64.

¹⁰⁹⁹ Sur ce point, Cf. supra, Partie I, Titre I.

faction des besoins humains »¹¹⁰⁰. Une telle logique supposerait donc de faire le départ entre ce qui apporte véritablement au corps social de ce qui ne lui procure aucun avantage. Ainsi pensé, le droit des brevets devrait être entièrement tourné vers la récompense d'un certain seuil d'exigence créative. Le système des redevances conduit ainsi le titulaire d'un brevet dont l'exploitation n'est pas opportune à abandonner l'invention couverte au domaine public par la simple cessation de l'acquittement des droits¹¹⁰¹. Mais le mérite d'une invention est susceptible d'être jugé dès les conditions d'ouverture de la protection par brevet.

577. Le doyen Roubier avait ainsi proposé, antérieurement à la loi de 1968, de récompenser l'idée originale chez l'inventeur. L'auteur soulignait en effet que l'invention pouvait apparaître comme « *la réalisation matérielle d'une idée originale et que tout le mérite de l'inventeur consist(ait) dans cette idée et non point dans sa réalisation* »¹¹⁰². Il s'agissait alors de valoriser une approche intuitive de l'inventeur par rapport à une approche méthodique : « *l'originalité se trouve ici à son point le plus élevé, car il y a une part importante de spontanéité* »¹¹⁰³.

578. L'adoption de la condition d'activité inventive par la loi du 2 janvier 1968 s'inscrivait dans la logique internationale et surtout venait répondre aux critiques formulées à l'encontre du système français qui faisait la part à des critères purement objectifs¹¹⁰⁴. Roubier s'étonnait ainsi que pour qu'il y ait brevet d'invention, encore fallait-il qu'il y ait invention¹¹⁰⁵.

L'article 10 de la loi du 2 janvier 1968, repris à l'article L.611-14 du Code de la propriété intellectuelle et dont la substance découle de celle de l'article 5 de la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963¹¹⁰⁶, dispose qu'« *une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique* ». La définition de l'article 56 du traité de Munich est identique. L'addition d'une telle condition va donc dans le sens des souhaits d'une partie de la doctrine de l'époque au premier rang de laquelle figurait Roubier. On a toutefois pu s'interroger sur la portée de la condition : s'il paraissait logique qu'un brevet d'invention ne

¹¹⁰⁰ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°6 p.3.

¹¹⁰¹ Art. L.613-22 CPI

¹¹⁰² P. Roubier : T. II, n°139 p.58.

¹¹⁰³ P. Roubier : Ibidem.

¹¹⁰⁴ J.-M. Mousseron : *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, thèse, imprimerie J. Reschly, Montpellier 1960, n°50 et suiv. p.71.

¹¹⁰⁵ P. Roubier : T. II, n°149 p.103.

¹¹⁰⁶ Lequel texte ne mentionne pas l'homme du métier.

soit délivré qu'à la condition qu'il y ait invention, le législateur n'exigeait-il pas, à travers l'activité inventive, un certain seuil, un certain mérite de la part des candidats à la protection ?

579. Ainsi, au lendemain de la réforme du 2 mai 1968, le professeur Mousseron s'inquiétait de « *l'incertitude et de l'arbitraire susceptibles d'être introduits par la notion d'activité inventive* », le législateur cherchant très nettement selon lui à élever le seuil de la protection¹¹⁰⁷. Pour Monsieur Mathély, c'est très clairement la valeur de l'invention qui est prise en compte à travers l'exigence d'activité inventive¹¹⁰⁸.

Madame Schmidt-Szalewski propose alors de ne voir dans l'activité inventive qu'une condition objective de brevetabilité car celle-ci suppose la non-évidence par rapport à l'état de la technique, non évidence dont la mesure sera donnée par un personnage standard théorique, l'homme du métier, bon père de famille du droit des brevets¹¹⁰⁹. L'idée de standard théorique serait alors de nature à exclure toute appréciation subjective et méritoire de l'activité inventive.

Si le mérite a pu tenter le droit d'auteur comme le droit des brevets, il n'en demeure pas moins qu'il est un critère éminemment relatif, ce qui commande sa proscription.

B- Un critère à proscrire

580. A travers la recherche du mérite de la création, on opère en réalité une recherche des qualités intrinsèques de celle-ci, c'est-à-dire un certain degré dans la créativité. La question dépassant celle de la simple subjectivité ce cette appréciation soulève en réalité le problème de la définition des conditions de fond de la création car, cela vient d'être vu, l'imbrication entre le mérite et l'originalité ou l'activité inventive demeure étroite. Quel que soit le critère alors retenu, c'est une question de seuil de protection qui est posée.

Les difficultés rejaillissent concernant la « *petite monnaie* » du droit d'auteur, les créations à faible originalité. La frontière entre la faiblesse et l'absence d'originalité est ténue et il

¹¹⁰⁷ Jean-Marc Mousseron : *Commentaire de la loi du 2 janvier 1968*, in *Actualités du droit de l'entreprise* 1968, p.53.

¹¹⁰⁸ Paul Mathély : *Commentaire de la loi du 2 janvier 1968*, *Ann. Prop. Ind.* 1969 p.15.

¹¹⁰⁹ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°102 p.49.

est facile d'amalgamer l'une à l'autre et de conclure à un mérite inexistant. La faiblesse n'est toutefois pas l'absence et si une création à faible originalité n'est pas méritoire, elle n'en demeure pas moins originale.

581. Conditionner la protection d'une création intellectuelle à son mérite est donc non seulement injuste – cela crée une disparité entre les créations à travers un jugement de valeur émis à un instant t – mais encore incertain car suspendu à une appréciation purement subjective de la part de l'observateur. C'est la raison pour laquelle il est interdit de prendre en considération le mérite pour la protection d'une création intellectuelle.

La notion de mérite renvoie donc à une appréciation éminemment subjective de la création intellectuelle car elle pose l'observateur en critique. S'il est exigé que pour qu'il y ait création intellectuelle celle-ci apporte « quelque chose » au corps social, il est en effet difficile de juger de la dignité de telle ou telle création tant l'appréciation peut varier en fonction de l'observateur. Si l'exigence d'apport est manifeste en matière de droit des brevets, elle n'est toute fois pas absente en matière de droit d'auteur. Mais dans les deux cas, il est interdit de rechercher le mérite d'une création pour lui conférer ou lui refuser un droit de propriété intellectuelle.

1- La prohibition en matière de droit d'auteur

582. La loi à travers l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle prohibe expressément la prise en considération du mérite des œuvres de l'esprit. Cette interdiction approuvée par tous a été largement relayée en jurisprudence. Dès lors, une Cour d'appel exigeant un certain niveau artistique pour accorder la protection du droit d'auteur ou, au contraire, refusant cette protection motif étant tiré de l'indigence de la création considérée, doit voir sa décision cassée sur le fondement de l'article L.112-1¹¹¹⁰.

¹¹¹⁰ Crim. 22 juin 1967, D.1968, jur. p.241. Civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, Bull. n°132 ; RIDA octobre 1982, p.159 ; D.1983, IR, p.93, obs. Colombet. AP 7 mars 1986, D. 1986, jur. p.405, concl. Cabannes, note B. Edel-

Il semble du reste que l'indifférence du mérite se retrouve dans de nombreux systèmes étrangers et notamment les systèmes allemand et anglo-saxons, et ce malgré le silence des législateurs¹¹¹¹. Il semblerait même que ce principe directeur soit une règle universelle du droit d'auteur que les exclusions soient explicites ou implicites¹¹¹², et si la convention de Berne demeure muette sur ce point, il semble toutefois qu'une « *notion large d'œuvre (...) qui exclut le mérite et la destination* » se profilait au sortir de la conférence de Bruxelles de 1948¹¹¹³.

583. Cette règle d'origine jurisprudentielle trouve sa justification de la manière suivante : « *La loi ne juge pas les œuvres ; elle n'en pèse ni le mérite ni l'importance : elle les protège toutes aveuglément : long ou court, bon ou mauvais, utile ou dangereux, fruit du génie ou de l'esprit, simple produit du travail ou de la patience, tout ouvrage littéraire ou artistique est admis à bénéficier des dispositions de la loi* »¹¹¹⁴. Le juge ne doit donc pas jouer le rôle de censeur ou de critique. Il ne doit pas, par son appréciation de la création, décider de la vie ou de la mort de l'œuvre, car l'appréciation du mérite revient à ne juger digne du droit d'auteur que les productions des esprits estimés les plus inspirés. Il doit leur être impossible de décider que tel sonnet est à mettre au cabinet et de faire à leur auteur la leçon suivante : « *résistez à vos tentations, Dérobez au public ces occupations* »¹¹¹⁵ !

584. Le maniement de la règle s'avère cependant fort ardu. Car s'il est relativement simple de conclure à ce qu'une œuvre dépourvue de tout mérite ne doit pas pour autant être refusée dans le sérail, il est plus délicat de ne pas déduire l'originalité d'une œuvre du mérite de celle-ci. Cela revient à poser que si le mérite ne doit pas exclure, on voit mal comment une œuvre méritante ne serait pas accueillie par le droit d'auteur. Une partie de la doctrine a montré qu'en réalité le mérite était pris en considération pour la protection des œuvres de l'esprit¹¹¹⁶. A telle enseigne que mérite et originalité seraient des concepts entremêlés¹¹¹⁷ : la

man ; JCP 1986, II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; RIDA juillet 1986, p.136, note Lucas ; RTD Com. 1986, p.399, obs. Françon.

¹¹¹¹ Jacques Raynard : Droit d'auteur et conflits de lois, thèse précitée, n°81 p.75s.

¹¹¹² Claude Colombet : *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé*, Litec 1990, p.14-15.

¹¹¹³ Daniel Gervais : la notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé, thèse, Nantes 1996, p.84.

¹¹¹⁴ Pouillet : *Traité de la propriété littéraire et artistique*, p.38.

¹¹¹⁵ Molière : *Le Misanthrope*, I,2.

¹¹¹⁶ Caroline Carreau : *Mérite et droit d'auteur*, thèse Paris, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, 1981, tome 167. Pierre-Yves Gautier : op. cit. n°35 et suivants p.60.

¹¹¹⁷ Pierre-Yves Gautier : op. cit. n°37 p.63.

permanence de l'exigence d'originalité dans l'article L.112-4 relatif à la protection des titres est ainsi perçue comme une invitation à prendre en considération le mérite¹¹¹⁸.

L'originalité s'entendrait alors non seulement de ce que l'œuvre tire son origine du travail de l'auteur, mais aussi et surtout qu'elle se démarque des autres objets en raison d'un haut degré d'individualité caractérisant un haut degré dans le travail.

Une telle définition de l'originalité conduirait ainsi à la prise en considération des qualités intrinsèques de l'œuvre. Or force serait d'adopter une telle définition, car une conception large ne conduit qu'à la seule conclusion que l'auteur a produit l'œuvre : celle-ci tire son origine de celui-là, sans que sa banalité ou son unicité ne soient recherchées.

585. Le problème donne sa pleine mesure en matière de créations utilitaires. Il a déjà été vu que la Cour de cassation refusait toute prise en considération du caractère esthétique ou artistique d'une création. Si un tel critère est proposé en doctrine pour permettre de qualifier une création d'œuvre de l'esprit¹¹¹⁹, c'est, nous semble-t-il en dépit de la loi et de ses applications : l'exigence de rattachement aux Beaux-arts et la recherche d'un effet esthétique¹¹²⁰, fut-il minime, supposent déjà la recherche du mérite, fut-il bas. Nous avons soutenu que la recherche la fonction de la création était insuffisante pour pouvoir la qualifier sans peine, et il a été relevé que, tout au plus, il était possible de rattacher aux œuvres de l'esprit les créations pouvant être considérées comme des fins en soi.

2- La prohibition en matière de droit des brevets

586. L'exclusion de la recherche du mérite n'a fait l'objet d'aucune déclaration de principe en matière de brevets. Certains auteurs ont proclamé l'indifférence du mérite comme Allart qui écrivait en 1911 que « *toutes les inventions sont égales devant la loi qui les protège sans distinction, quelle que soit leur importance* »¹¹²¹.

¹¹¹⁸ Claude Colombet : op. cit. n°30 p.25. Caroline Carreau : op. cit. n°437s p.317.

¹¹¹⁹ Gautier, op cit. et Thomas Rabant : thèse précitée. Cf. Supra, Titrel chap.I.

¹¹²⁰ Gautier : n°38 p.64.

¹¹²¹ Henri Allart : *Traité des brevets d'invention*, A. Rousseau, 3^{ème} édition, Paris 1911, p.9.

587. Il semble, selon Madame Alma-Delettre, que la jurisprudence a très tôt condamné toute recherche du mérite comme critère d'accès à la protection¹¹²². Toujours est-il que la jurisprudence relativement récente est muette sur ce point. Tout au plus trouve-t-on, dans le moyen d'un pourvoi, l'opinion selon laquelle les juges du fond ne doivent pas apprécier le mérite ou la valeur du dispositif proposé à la protection. Le pourvoi fut toutefois rejeté sur un autre terrain, la Cour de cassation ne trouvant dans les revendications que des procédés généraux et des idées à caractère intellectuel, mais non d'application technique¹¹²³.

588. Il apparaît cependant que le mérite est indifférent dans la délivrance des brevets. La consécration des inventions de perfectionnement tend même à montrer qu'un brevet peut être délivré pour une invention dont l'attrait technique est originellement faible ou, à tout le moins, insatisfaisant tout en n'étant pas nul. L'article L.613-15 prévoit alors une série de dispositions visant à assurer les droits respectifs du breveté initial et du breveté de perfectionnement. L'alinéa 2 du texte prévoit ainsi un système de licence d'office dont bénéficiera le titulaire du brevet de perfectionnement à certaines conditions, notamment que « *l'objet du brevet de perfectionnement, présente à l'égard du brevet antérieur un progrès technique et un intérêt économique importants* ». L'idée d'une plus-value résultant d'un perfectionnement s'accommode tout à fait de l'idée de faible mérite de l'invention initiale.

589. Il faut toutefois nettement distinguer entre les objectifs de la propriété littéraire et artistique et ceux de la propriété industrielle. Si le droit d'auteur tend à protéger une valeur issue d'une création, il tend surtout à protéger la personnalité de l'auteur à travers un droit moral des plus étendus. La propriété industrielle ne protège pas tant la création en soi que l'avancée technique qu'elle permet¹¹²⁴. L'introduction de la condition d'activité inventive, qui frôle le mérite, paraît dès lors moins choquante qu'en matière de droit d'auteur.

Toujours est-il que les difficultés liées à l'appréciation du mérite - un trop grand subjectivisme entourant cette notion - conduisent à l'écarter comme critère de la création intellectuelle. Le principal avantage du mérite reste toutefois de permettre la mise en exergue « *par le*

¹¹²² *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles*, thèse précitée, n°214 p.153 et la jurisprudence citée en note 98.

¹¹²³ Com. 13 février 1973, pourvoi n°71-13756, Bull. IV n°72 p.63.

¹¹²⁴ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°6 p.3.

haut » du critère de toute création. Celle-ci étant le fruit de la volonté humaine, peu importe que cette volonté s'impose avec force. Il suffit qu'elle s'exprime librement.

SECTION II : La liberté : critère et condition de la création

590. Au paragraphe 43 de sa Critique de la faculté de juger, Emmanuel Kant écrit ceci : « *L'art se distingue de la nature comme le faire (facere) se distingue de l'agir ou de l'effectuer en général (agere) et le produit ou la conséquence de l'art se distingue en tant qu'œuvre (opus) du produit de la nature en tant qu'effet* ». L'auteur poursuit : « ***En droit, on ne devrait appeler art que la production par liberté, c'est-à-dire par un arbitre qui place la raison au fondement de ses actions*** »¹¹²⁵. Distinguant entre deux types de beauté (beauté naturelle et beauté esthétique), Kant fonde l'opposition entre art et nature en ce que l'artiste œuvre selon une fin car, par l'art, « *c'est toujours une œuvre de l'homme qu'on entend par là* »¹¹²⁶.

Par ailleurs, la liberté s'entend de l'absence d'entraves, à quelque titre que ce soit¹¹²⁷. « *La liberté, écrit Demogue, a séduit comme étant l'antithèse du conditionné, du complexe qui est l'ordinaire de la vie humaine. Elle répond à une idée de réaction de l'idéal contre les faits de la vie positive, que l'esprit humain se trouve impuissant à pleinement dominer* »¹¹²⁸.

Transcendant la distinction entre art et industrie¹¹²⁹, l'âme de toute création se trouve donc dans ce qu'elle est une réalisation humaine volontaire qui, pour qu'elle soit volontaire, doit nécessairement être libre. La liberté dans la réalisation de la création est, par conséquent, le critère de toute création. Non seulement la liberté de réalisation est-elle le critère qui transparaît dans les différents types de créations appréhendées par le Code, mais encore est-elle la condition *sine qua non* de toute création. Il sera donc nécessaire de mettre ce critère en évidence (paragraphe premier) avant d'en confirmer l'opportunité (paragraphe deuxième).

¹¹²⁵ Critique de la faculté de juger, trad. Alain Renaut, GF Flammarion, §43 p.288. Souligné par nous.

¹¹²⁶ Ibidem.

¹¹²⁷ Epictète : *De la liberté*, trad. J. Souilhé et A. Jagu, Gallimard, §128.

¹¹²⁸ René Demogue : *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, réimpression 2001, Dalloz, la mémoire du Droit, p.143.

¹¹²⁹ Kant distingue entre l'art esthétique, art d'agrément ou beaux-arts, et l'art mécanique, celui « *qui correspond à la connaissance d'un objet possible se (bornant) à accomplir les actions afin de le réaliser* », §44 p.291. Cf. supra.

Paragraphe premier : La mise en évidence du critère

Une mise en évidence du critère de liberté doit nécessairement s'effectuer par une première approche catégorielle (A). Il sera par la suite possible d'en proposer une vision synthétique (B).

A- Mise en évidence de l'exigence de liberté à travers les conditions de fond des différents types de créations

591. S'agissant d'un corps certain, la création suppose donc une forme dans laquelle s'impriment ses caractéristiques. Or celles-ci sont immanquablement liées à la pensée : s'il s'agit d'un bien au sens classique, il est indéniable que la création ne peut être autre chose qu'un bien né de l'activité intellectuelle du créateur. Même le droit des brevets, peu personnaliste, n'a pas osé nier ce rapport, et il est à cet égard remarquable que la mouvance libertaire qui se développe sur l'Internet soit éminemment respectueuse des prérogatives morales des auteurs¹¹³⁰.

Il est à présent nécessaire d'envisager les conditions de chacun des types de créations considéré et de montrer en quoi la liberté d'exécution du créateur est le critère prégnant de toute création. Seront vus successivement liberté et originalité (1), liberté et activité inventive (2), liberté et caractère propre (3).

1- Liberté et Originalité

¹¹³⁰ Philippe Amblard : *Copyleft : une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open Source ?*, http://www.freescap.eu.org/biblio/article.php3?id_article=87.

Le critère de liberté sera mis en évidence à travers l'exigence d'originalité des œuvres de l'esprit en matière de droit d'auteur (a) et de celle des interprétations concernant les artistes-interprètes (b).

a) Liberté et Originalité en droit d'auteur

La condition d'originalité est traditionnellement comprise comme supposant qu'une œuvre de l'esprit reflète la personnalité de son auteur (i). Le critère a toutefois évolué (ii), mais il sera vu que dans les deux cas c'est une exigence de liberté dans la réalisation de l'œuvre qui est exigée.

i) La condition traditionnelle d'originalité comprise comme la manifestation de la personnalité de l'auteur

592. Le droit d'auteur, éminemment personnaliste, ne protège une œuvre de l'esprit que sous condition d'originalité, « *pierre angulaire* » du système¹¹³¹. L'originalité est, à vrai dire, la seule condition de fond de l'œuvre de l'esprit¹¹³². Or cette originalité ne peut être relevée que dans les éléments de forme de la création car « *à partir du moment où la création artistique suppose un travail intellectuel, aboutissant à un résultat, l'empreinte personnelle devrait être aisément déduite* »¹¹³³.

593. La condition d'originalité n'est posée par aucun texte du Code, si ce n'est l'article L.112-4 relatif au titre des œuvres de l'esprit. D'autres textes évoquent l'originalité d'une œuvre sans pour autant la préciser ou en faire la condition de l'accession à la qualité d'œuvre de l'esprit. Tel est le cas de l'article L.112-3 du Code qui précise que les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit bénéficient des droits d'auteur, « *sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale* ». Il en va de

¹¹³¹ André Lucas et Pierre Sirinelli : L'originalité en droit d'auteur, JCP 1993, I, 3681. V. Sylvie Hans : *L'originalité au sens droit d'auteur : contribution à l'étude de la notion*, thèse Paris I, 1991. Colombet : n°32 p.26. Desbois : n°3 p.5. Gautier : n°25s p.48. Bernard Edelman : *Création et banalité*, D. 1983, chron. p.73. Pierre-Yves Gautier : *Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français*, RIDC 1994, 2, p.507.

¹¹³² Crim. 7 octobre 1998, pourvoi n°97-83243, arrêt de principe Bull. n°248.

¹¹³³ P.-Y. Gautier, n°25 p.48.

même de l'article L.122-8 qui reconnaît un droit de suite aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques « *nonobstant toute cession de l'œuvre originale* ». Ces trois textes ne sont toutefois d'aucun secours dès lors qu'il s'agit de déterminer ce qu'est l'originalité. En effet, le premier la pose comme étant la condition de protection des titres, sans toutefois la définir. Le deuxième se réfère à l'œuvre originale comprise comme l'œuvre d'origine, l'œuvre première. Quand au troisième, il ne comprend l'œuvre originale que par référence au support dans lequel est incorporée l'œuvre, le support qui a directement reçu l'empreinte physique de l'activité du peintre ou du sculpteur¹¹³⁴. Le droit communautaire répute toutefois comme œuvre originale l'œuvre propre à son auteur. Il a cependant été vu ce que cette définition avait d'éminemment fumeux¹¹³⁵.

La définition de l'originalité doit donc être cherchée en doctrine et en jurisprudence. Il est d'ailleurs notable qu'une telle définition a été développée dans les prétoires très antérieurement à la loi de 1957 qui s'est abstenue d'en donner toute définition, sans doute en raison du caractère fuyant¹¹³⁶, voire flou¹¹³⁷, de la notion.

594. Traditionnellement, l'originalité s'entend de l' « *empreinte de la personnalité de l'auteur* ». Découlant naturellement de la conception personnaliste du droit d'auteur, cette définition formalise le lien intime entre l'auteur et sa création car « *ce qui permet à l'œuvre d'accéder au rang d'œuvre de l'esprit est qu'elle porte en elle la marque de l'activité de son auteur* »¹¹³⁸.

595. L'expression jurisprudentielle du principe est variée, mais elle peut toujours se résumer à la recherche de la personnalité de l'auteur à travers l'œuvre. Ainsi l'originalité sup-

¹¹³⁴ Tel est l'originalité telle qu'elle découle de l'appréhension fiscale des œuvres d'art : il s'agit des œuvres entièrement exécutées à la main par l'artiste. Cf. Décret n°95-172 du 17 février 1995 relatif à la définition des biens d'occasion, des œuvres d'art, des objets de collection et d'antiquité pour l'application des dispositions relatives à la taxe sur la valeur ajoutée.

¹¹³⁵ Cf. supra.

¹¹³⁶ P.-Y. Gautier : n°27 p.50. Sur les difficultés de définir la notion, il est intéressant de relever les différentes acceptions retenues dans les différents droits nationaux. Certains droits retiennent tantôt l'idée de « *création* », de « *création intellectuelle personnelle* », d' « *activité créatrice* »... Cf. Claude Colombet : *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé*, Dalloz, p.12.

¹¹³⁷ Claude Colombet : n°35 p.29. V aussi *Quelques réflexions « impertinentes » en matière de propriété littéraire et artistique*, in mél. Gavalda, Dalloz, 2001, p.79.

¹¹³⁸ Marie Cornu : *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p.280. Par opposition au copyright, notamment américain, qui entend l'originalité de manière objective : une œuvre est originale si elle a été créée de manière indépendante, c'est-à-dire dans la mesure où elle n'a pas été copiée d'une autre source, Cf. Alain Strowel : *Droit d'auteur et copyright*, thèse, Bruylant-LGDJ 1993, n°336 p.440.

pose-t-elle l' « *empreinte du talent créateur personnel* »¹¹³⁹, un « *travail purement personnel* »¹¹⁴⁰, l' « *empreinte de la personnalité de l'auteur* »¹¹⁴¹ ou encore « *un effort personnel de création et un souci de recherche esthétique* »¹¹⁴². Une œuvre peut alors résulter de la combinaison d'éléments connus, pourvu que « *la réalisation qui en résulte reflète significativement la personnalité de son auteur* »¹¹⁴³.

La Cour de cassation a par ailleurs pu confirmer un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui exigeait, pour qu'elle fut originale, qu'« *une œuvre (soit) révélatrice de la personnalité de son auteur et comporter un apport intellectuel inédit* »¹¹⁴⁴. En l'espèce, l'œuvre considérée ne traduisait « *aucune fantaisie particulière ni un effort de création personnelle* ». Il pouvait toutefois sembler maladroit d'admettre qu'une œuvre suppose un apport intellectuel inédit car ce serait ajouter une condition à celle déjà difficilement saisissable d'originalité. La Cour d'appel ne semblait-elle pas, sans encourir les griefs de la Cour de cassation, exiger par là même que l'œuvre soit nouvelle ? Il ne paraît toutefois pas utile de s'en émouvoir « *car, en pratique, les deux notions se confondent* » puisque « *l'effort de la personnalité sera dans bien des cas la nouveauté requise, par rapport aux antériorités* »¹¹⁴⁵. Le caractère inédit de l'œuvre est en effet révélateur de la personnalité de l'auteur, puisque celui-ci a su donner libre cours à son imagination, en se démarquant d'une manière ou d'une autre des antériorités constituées par les œuvres préexistantes. C'est ainsi qu'une œuvre sera originale si elle n'est pas banale¹¹⁴⁶, c'est-à-dire si elle ne va pas de soi eu égard à l'environnement artistique. La Cour de cassation a dès lors valablement pu poser le principe selon lequel « *les copies d'œuvres des arts plastiques jouissent de la protection légale dès lors que, quel qu'en soit le mérite, elles portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur* »¹¹⁴⁷, c'est-à-dire, dès lors qu'il ne s'agit pas de copies serviles¹¹⁴⁸.

¹¹³⁹ Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1973, D. 1974, jur. p.533, note Colombet.

¹¹⁴⁰ Civ. 27 janvier 1942, S. 1942, 1, p.124.

¹¹⁴¹ Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, pourvoi n°03- 14245, arrêt de principe, Bull. n°45 ; RIDA 2005 p.155 obs. Kéréver ; RLDI mars 2005, n°85 p.20, obs. Costes ; D. 2005, jur. p.568, obs. Ph. Allaeys. V. aussi Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2000, pourvoi n°98-17-891, Bull. n°309. CA Paris, 21 novembre 1994, RIDA avril 1995 p.243.

¹¹⁴² Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, pourvoi n°93-14767, Bull. n°203 ; RIDA octobre 1995, p.295 et 333, obs. Kéréver.

¹¹⁴³ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2001, pourvoi n°99-13713, inédit titré.

¹¹⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, pourvoi n°97-10179, inédit titré.

¹¹⁴⁵ P.-Y. Gautier, n°26 p.49. La Cour de cassation avait toutefois jugé que la notion d'antériorité était inopérante dans le cadre de l'application du droit d'auteur, Civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, inédit, pourvoi n°96-14352.

¹¹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, pourvoi n°96-22213, Bull. n°10.

¹¹⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, pourvoi n°96-17184, Bull. n°162.

¹¹⁴⁸ Com. 21 juin 1998, pourvoi n°87-10256, inédit titré. CA Douai, 2^{ème} ch. 1^{ère} sect., 6 février 2003, décision n° 2000/1851, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr> ; V. également Com. 26 janvier 1976, Bull.n°31.

596. Monsieur Gautier propose la définition suivante, qu'il qualifie toutefois de pis-aller : « *L'originalité constitue l'apport artistique propre à l'auteur de la création, qui vient, au minimum, se superposer à un patrimoine intellectuel préexistant, qu'il appartienne privativement à un autre auteur ou qu'il soit le lot commun de tous les créateurs* »¹¹⁴⁹. L'idée d'apport propre à l'auteur cadre assez bien semble-t-il avec l'originalité. En effet, l'« *apport propre* » traduit bien l'idée selon laquelle l'œuvre tire son origine de l'auteur. La définition relègue toutefois la personnalité de l'apport à un second plan. On peut certes légitimement penser qu'un apport propre est nécessairement personnel. Mais il s'agit de le démontrer. Or, selon Monsieur Gautier, une présomption d'originalité de l'œuvre doit pouvoir être posée. En effet, la Cour de cassation a pu considérer que l'originalité n'a pas à être recherchée dès lors qu'elle n'est pas contestée, les parties admettant implicitement la qualité d'œuvre de l'esprit à la création considérée¹¹⁵⁰. Pour Monsieur Gautier, une telle présomption irait du reste dans le sens d'une protection du seul fait de la création instaurée par l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Si donc l'originalité peut se réduire à l'idée d'un apport propre à l'auteur, la présomption de personnalité de cet apport découle directement d'une telle approche et permettrait peut-être aux juridictions de s'affranchir de ce que Monsieur Gautier appelle une « *clause de style propre à satisfaire la Cour de cassation* »¹¹⁵¹.

Pareille conception de l'originalité semble en outre conforme à l'évolution récente de la notion. En effet, cette condition a été maintes fois adaptée à certains types de créations pouvant difficilement satisfaire à la vision romantique de la création littéraire et artistique. Une partie de la doctrine déplore même un affadissement du droit d'auteur à travers la réduction de l'originalité à sa plus simple expression : la liberté d'action.

ii) L'originalité comprise comme liberté d'action

¹¹⁴⁹ P.-Y. Gautier : n°27 p.50.

¹¹⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1991, pourvoi n°90-17031, inédit titré, Expertises février 1992, p.71 ; JCP éd. E 1992, I, 141 n°4, chron. Vivant et Lucas.

¹¹⁵¹ N°37 p.64.

597. La jurisprudence ainsi que la doctrine ont clairement pu affirmer que la liberté était de l'essence de la création.

La doctrine estime tout d'abord qu'il ne peut y avoir de création s'il n'y a pas de liberté du créateur dans la réalisation. Pour Monsieur Edelman en effet, « *la liberté paraît être l'essence de la création* »¹¹⁵². Dans son abondante littérature, l'auteur développe l'idée selon laquelle la création intellectuelle n'est qu'une forme marchande du sujet¹¹⁵³. Or pour être reconnaissable en tant que tel à travers sa création, celui-ci doit nécessairement agir librement, de telle sorte que l'on puisse reconnaître dans l'objet l'empreinte du sujet. L'objet n'est plus alors le simple « *autre* » du sujet, il est à la fois ce sur quoi se porte le regard du sujet mais également ce en quoi s'est incarnée une conception du sujet. Prenant la forme création, le créateur se vend alors comme marchandise puisque c'est une part de lui qu'il aliène, au même titre que le salarié vend sa force de travail. Mais contrairement au salarié dont la subordination à l'employeur est la règle, le créateur doit pouvoir agir en ayant la plus grande liberté.

Messieurs Lucas, quant à eux, proposent une analyse renouvelée de l'originalité en recherchant non plus une « *hypothétique empreinte de la personnalité* » du créateur mais en recherchant l'arbitraire de l'auteur¹¹⁵⁴. S'exprimant à propos du créateur salarié, les auteurs justifient l'indifférence de l'existence d'un contrat de travail liant l'auteur quant à ses droits de propriété intellectuelle dès lors que les directives de l'employeur « *laissent au salarié une certaine marge de liberté à défaut de laquelle il n'y aurait pas d'activité créative propre* »¹¹⁵⁵. Monsieur Sirinelli opte pour une approche similaire car, selon lui, « *ce qui compte est qu'un choix arbitraire ou fantaisiste demeure offert à l'auteur* »¹¹⁵⁶.

D'autres conceptions rapprochent toutefois l'originalité de la nouveauté. Ainsi Monsieur Cherpillod voit-il dans l'originalité une exigence selon laquelle « *l'œuvre doit se distinguer des autres œuvres par certains caractères propres, personnels* » car, selon lui, « *c'est la différence d'une œuvre par rapport à l'autre qui fait son originalité* »¹¹⁵⁷. L'objectivisme de l'originalité ainsi conçue ne s'oppose cependant pas à la recherche de la liberté d'action du créateur. En effet, l'examen subjectif traditionnel, et sommes toutes fuyant, de la personnalité

¹¹⁵² Bernard Edelman : *Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique*, D.1970, chron. p.197.

¹¹⁵³ V. notamment *Le droit saisi par la photographie*, Librairie François Maspero, 1973.

¹¹⁵⁴ A. et H.-J. Lucas : n°97 p.103.

¹¹⁵⁵ A. et H.-J. Lucas : n°158 p.162 note 3.

¹¹⁵⁶ Pierre Sirinelli : *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse, Paris II, 1989, p.14.

¹¹⁵⁷ Ivan Cherpillod : *Le droit d'auteur aujourd'hui*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, sous la direction d'Isabelle de Lamberterie, éditions du CNRS 1991, p.25 et spécialement p.27.

de l'auteur cèderait la place à l'étude d'une liberté dans le temps, c'est-à-dire à un examen des antériorités¹¹⁵⁸.

Monsieur Rabant fait toutefois remarquer qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur ait disposé d'une liberté absolue : « *la liberté du créateur peut être partiellement aliénée, soit en raison de contraintes techniques, soit par l'effet d'un contrat de commande, sans que la production qu'il réalise soit pour autant exclue du champ des œuvres de l'esprit* »¹¹⁵⁹.

598. La jurisprudence a très tôt relevé que l'originalité supposait la liberté du créateur. Il en ressort assez clairement que « *l'originalité de l'œuvre découle de l'arbitraire du créateur* »¹¹⁶⁰, autrement dit, qu'elle est la résultante de sa libre expression.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1883 avait déjà affirmé la nécessité pour l'artiste illustrant un ouvrage d'avoir « *une certaine latitude indispensable pour l'essor de son imagination* »¹¹⁶¹.

Dans la célèbre affaire opposant Guino, élève de Renoir, aux héritiers de celui-ci¹¹⁶², la Cour de cassation avait également pu relever que « *Guino n'avait pas été un simple modelleur* », que « *la comparaison des tableaux de Renoir et des sculptures litigieuses révélait que certaines attitudes, certaines expressions avaient été acceptées et non dictées par Renoir et marquaient l'empreinte du talent créateur personnel de Guino* ». Forte de ces constatations, la Cour jugeait que « *Guino, conservant sa liberté de création, a exécuté chacune des sculptures litigieuses en coopération avec Renoir et a acquis sur celles-ci un droit distinct* ».

599. L'évolution contemporaine de la condition d'originalité semble aller dans le sens d'une mise en exergue plus significative encore de l'exigence de liberté. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation proposa elle-même la relecture de la condition d'originalité en la définissant comme la « *marque de l'apport intellectuel* » de l'auteur¹¹⁶³ dans un arrêt relatif

¹¹⁵⁸ La contrefaçon se caractérise d'ailleurs par les ressemblances et non par les différences.

¹¹⁵⁹ Thomas Rabant : La notion d'œuvre de l'esprit, thèse précitée, n°256 p. 210.

¹¹⁶⁰ André Lucas et Pierre Sirinelli : *L'originalité en droit d'auteur*, précité, n°10 p.255.

¹¹⁶¹ CA Paris 18 juin 1883, DP 1886, 2, p.192.

¹¹⁶² Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1973, D. 1974, jur. p.533 note Colombet ; Gaz. Pal. 1974, 1, jur. p.93 ; JCP 1975, II, 18029, obs. Manigne. Les faits étaient les suivants : Guino, élève de Renoir, avait exécuté plusieurs statues sous la direction de celui-ci qui, atteint de rhumatismes déformant, ne pouvait physiquement exécuter ces œuvres. Quarante ans plus tard, Guino assigne les héritiers de Renoir afin de se voir reconnaître la qualité de coauteur des sculptures, qualité contestée par ceux-ci qui ne voyaient dans Guino qu'un simple exécutant soumis aux directives et à l'inspiration du maître.

¹¹⁶³ AP 7 mars 1986, (arrêt Pachot), JCP 1986, II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; JCP éd. E 1986, I, 15791, n°1, obs. A. Lucas et M. Vivant ; D. 1986, jur. p.405 concl. Cabannes, note B. Edelman ; RIDA

aux logiciels. La Cour d'appel de Paris jugea, dans un arrêt rendu l'année suivante, que, au vu de la composition particulière du programme, « *il serait pratiquement impossible pour un tiers de le réécrire sous la même forme pour arriver au même résultat* »¹¹⁶⁴. Dans cette dernière espèce, l'adoption du critère de l'impossible réécriture du logiciel par un tiers pour parvenir au même résultat met clairement en avant la liberté du créateur dans la réalisation du programme.

L'idée de liberté est moins évidente toutefois s'agissant de la notion d'effort intellectuel, que l'on pourrait rapprocher de l'exigence d'activité inventive en matière de droit des brevets. On peut ainsi se demander si tout effort intellectuel suppose nécessairement la liberté de l'esprit. Cette liberté doit toutefois être recherchée non dans le for interne du créateur, mais dans son environnement créatif. Il sera vu que, hors les hypothèse de créations techniquement ou humainement contingentes, la liberté du créateur ne pose pas de difficultés majeures.

b) Liberté et Originalité en droit des artistes - interprètes

600. L'artiste-interprète est défini par l'article L.212-1 comme étant « *la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* ». Le texte exclut explicitement du champ d'application du droit des artistes-interprètes les artistes de complément, c'est-à-dire les artistes dont la personnalité ne transparaît pas dans leur prestation¹¹⁶⁵.

L'artiste-interprète est donc celui dont la prestation est directement au service d'une création littéraire et artistique, dès lors qu'il apporte une contribution originale et personnelle, indépendamment de sa qualité de second rôle¹¹⁶⁶. Les artistes-interprètes bénéficient de droits comparables à ceux des auteurs d'œuvres de l'esprit. L'originalité ou la personnalité de leur prestation est envisagée dans des termes comparables à ceux du droit d'auteur. Sont ainsi in-

juillet 1986, p.136 note A. Lucas ; RDPI 1986, n°3 p.206, rapport Jonquères ; RTD Com. 1986, p.399, obs. Françon.

¹¹⁶⁴ CA Paris, 5 mars 1987, D. 1988, Somm. p.204, obs. Colombet.

¹¹⁶⁵ CA Paris 18 février 1993, D. 1993, jur. p.397, note Wekstein-Steg ; RIDA octobre 1993, p.214.

¹¹⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, D. 2000, jur. p.209, 1^{ère} espèce, concl. Sainte-Rose.

différentes la durée de sa prestation¹¹⁶⁷ ou sa qualité de mannequin¹¹⁶⁸, seule comptant une prestation qui ne se réduit pas à la seule utilisation de son image¹¹⁶⁹.

Or il a été vu que non seulement une interprétation est nécessairement créatrice, mais, combiné à l'exigence d'apport personnel, que celle-ci doit nécessairement être libre¹¹⁷⁰. A l'instar de l'originalité en droit d'auteur, l'originalité de l'artiste-interprète ne saurait être envisagée que sous l'angle de la liberté.

2- Liberté et activité inventive

601. L'exigence d'activité inventive est posée par l'art. L.611-10-1° du Code de la propriété intellectuelle et est définie par l'article L.611-14 au terme duquel « *Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique* ». Il ne suffit donc pas qu'une invention soit nouvelle pour être brevetable. Encore faut-il qu'elle n'ait pas pu venir à l'esprit de n'importe quel technicien, du seul fait de ses connaissances et de son expérience. Le critère est celui de l'**évidence** : sera empreinte d'activité inventive l'invention NON évidente.

602. Cette mise en œuvre doit-elle se faire de manière objective ou subjective ? La manière subjective consiste à scruter la démarche faite par l'inventeur pour réaliser son invention. La méthode objective met l'accent sur un examen de l'invention elle-même : il s'agit de comparer l'invention avec l'état antérieur de la technique et de mesurer si l'invention constitue ou non un progrès sensible par rapport à l'état antérieur de la technique. La jurisprudence n'a pas adopté de position claire dans le domaine¹¹⁷¹. La Cour de cassation a toutefois pu juger que les juges du fond ne pouvaient se contenter de dire qu'une invention avait ou non un caractère inventif et qu'ils doivent vérifier si elle a ou non un caractère évident¹¹⁷².

¹¹⁶⁷ CA Paris, 11 mai 1994, D. 1995, jur. p.185, note Ravanas.

¹¹⁶⁸ CA Paris, 11 mai 1994 précité.

¹¹⁶⁹ CE 17 mars 1997, D. 1997, jur. p.467, concl. Maugué ; CE 23 février 1998, JCP éd. E 1998, n°14 p.544.

¹¹⁷⁰ Cf. Supra Introduction et Partie II, Titre II, Chapitre I.

¹¹⁷¹ Cf. supra.

¹¹⁷² Com. 6 mars 1979, affaire Euro-Vibration, PIBD 1979, III, 252

Dans un arrêt du 15 février 1983, la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi estimé que « *c'est hors de toute contradiction et sans avoir violé les textes visés au moyen que la Cour d'appel, ayant distingué la nullité alléguée du brevet pour défaut de description de l'invention de celle pouvant résulter de l'absence d'activité inventive, a constaté, sur la première cause de nullité invoquée, que les éléments de la description étaient suffisants pour donner à l'homme du métier les indications nécessaires pour réaliser l'invention, et sur la seconde, considéré que la réalisation décrite par le brevet constituait, non un simple travail d'exécution a la portée de l'homme de l'art, mais un travail de création* »¹¹⁷³. Réciproquement, la simple mesure d'exécution évidente pour l'homme du métier est-elle de nature à entraîner l'annulation d'un brevet pour défaut d'activité inventive¹¹⁷⁴. De la même manière, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'il ne saurait y avoir d'activité inventive dans un simple changement de matériaux connus comme équivalents ni à utiliser un moyen connu dans sa fonction ce qui, estime la Cour, n'est qu'une simple opération d'exécution¹¹⁷⁵.

Si l'exigence d'activité inventive suppose la non-évidence de l'invention, c'est très clairement, dans l'esprit de la Cour, une exigence de création. Or cette exigence, germaine de celle de non-évidence suppose à tout le moins un effort intellectuel de la part de l'inventeur.

603. Les éléments à prendre en considération pour mesurer l'activité inventive sont de deux ordres. L'un, l'état de la technique, est objectif. L'autre, subjective, consiste en l'opinion de l'homme du métier. Concernant l'élément objectif, l'état de la technique à prendre en considération n'est le même que celui par rapport auquel on apprécie la nouveauté car si, dans ce dernier cas, les demandes non encore publiées y sont fictivement intégrées, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'activité inventive on ne prend en considération que les demandes publiées au jour du dépôt de la demande concernée¹¹⁷⁶. On se réfère donc à l'état de la technique au sens étroit du terme, c'est-à-dire seulement au contenu des demandes de brevets publiées avant que ne soit déposée celle dont on apprécie la validité.

604. Concernant ensuite l'opinion de l'homme du métier. C'est quelqu'un qui n'est ni incompetent, ni un expert hautement qualifié. C'est un homme moyen, normalement doté de connaissance de son métier. Il s'agit du métier dans lequel se pose le problème technique que résout l'invention. Si le problème relève de plusieurs métiers, logiquement on devrait recourir

¹¹⁷³ Com. 15 février 1983, pourvoi n° 81-12556 Bull. IV n° 60.

¹¹⁷⁴ Com. 5 mai 1998, Pourvoi n°96-12577, Inédit, PIBD 1998, III, p.397.

¹¹⁷⁵ CA Paris 27 mai 1993, Ann. Prop. Ind. 1994, p.72.

¹¹⁷⁶ Art. L.611-14 CPI et art. 56 de la convention de Munich.

à plusieurs hommes du métier mais il est douteux que l'article L.611-14 permette de le faire. La Chambre des recours techniques de l'Office européen des brevets a toutefois pu retenir toute une équipe hautement qualifiée en guise d'homme du métier¹¹⁷⁷.

605. Si les juridictions n'ont pas arrêté de critère permettant de mesurer l'activité inventive, elles utilisent toutefois la technique du faisceau d'indices. Ainsi peuvent-elles déduire qu'il y a possibilité d'activité inventive dès lors que le problème résolu est nouveau, c'est-à-dire non posé dans l'état de la technique. La Cour d'appel de Paris a, dans ce sens, pu juger que l'évidence destructrice d'activité inventive supposait une connaissance claire et distincte du problème et des moyens de le résoudre¹¹⁷⁸.

La victoire sur un préjugé figure également au nombre des indices dont font usage les juridictions. Surmonter un préjugé, qui doit être nécessairement technique, consiste à donner une solution technique qui était jusqu'alors impensable pour l'homme du métier. La Cour de cassation a donc logiquement considéré qu'il y avait préjugé lorsque « *l'art antérieur n'incitait pas l'homme du métier à combiner l'enseignement (des) antériorités et que même le brevet K. le dissuadait de choisir la solution du brevet litigieux* »¹¹⁷⁹.

Ainsi, dans l'espèce d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 octobre 1979, un préjugé technique voulait que le chlortoluron soit considéré comme un herbicide total. L'inventeur déterminant des propriétés d'herbicide sélectif fait alors preuve d'activité inventive car, ainsi que le relève la Cour, « *la technique antérieure, loin de l'orienter (l'homme du métier) vers l'expérimentation du chlortoluron comme herbicide sélectif dans les cultures de blé, l'écartait d'une telle entreprise et créait un préjugé qu'on dû vaincre les chercheurs* »¹¹⁸⁰. Inversement, et en dehors de tout autre indice¹¹⁸¹, l'absence de préjugé à vaincre

¹¹⁷⁷ Cf. décision T60/89 du 31 août 1990, 3.3.2 JOOEB 1992 p.268 ou encore décision T412/93 du 21 novembre 1994 précitées, cf. supra.

¹¹⁷⁸ CA Paris, 22 mars 1990, PIBD 1990, III, p.411 ; CA Paris 13 mars 1984, D.1986, Somm. p.136 obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski ; CA Paris 9 mars 1993, PIBD 1993, III, p.441. V. également TGI Paris, 14 novembre 1985, D. 1987, Somm. p.117, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski.

¹¹⁷⁹ Com. 12 décembre 1995, pourvois n°93-21640 et n°94-12488, Bull. IV n°292 p.268 ; JCP éd. E 1996 n°29 p.181, obs. J.-M. Mousseron et F. Hagel.

¹¹⁸⁰ CA Paris, 19 octobre 1979, D. 1980, IR p.428, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski.

¹¹⁸¹ Com. 19 décembre 2000, pourvoi n°98-968, Bull. IV n°196 p.171 : « *l'arrêt motive son appréciation de l'activité inventive non seulement du procédé de construction du produit mais aussi de ce produit lui-même, en constatant que pour le définir, et entreprendre sa réalisation, il a fallu aller outre le préjugé conduisant les chercheurs, pour éviter le phénomène de protéolyse intracellulaire, à produire une protéine au moyen de plasmides exprimant cette protéine sous forme conjuguée à une protéine étrangère ; qu'ainsi la cour d'appel a exercé, en la motivant, son appréciation souveraine de l'activité inventive du produit objet de la revendication litigieuse* ».

est de nature à exclure toute activité inventive. Les juridictions nationales¹¹⁸² ainsi que l'Office européen des brevets¹¹⁸³ s'accordent sur ce point¹¹⁸⁴.

Bien d'autres indices sont utilisés par la jurisprudence tels que la durée plus ou moins longue nécessaire à la réalisation de l'invention, l'utilisation de techniques radicalement différentes ou la rupture avec les méthodes traditionnelles, l'effet surprenant ou inattendu, les difficultés vaincues, etc...¹¹⁸⁵

3- Liberté et caractère propre

606. Le droit des dessins et modèles, quant à lui, pose comme condition, outre la nouveauté, l'exigence du caractère propre du dessin ou du modèle, caractère qui s'apprécie en tenant compte de la « *liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle* »¹¹⁸⁶. Cette référence expresse à la liberté du créateur s'explique doublement.

Tout d'abord sous l'angle général de la propriété littéraire et artistique, le créateur d'un dessin ou d'un modèle doit faire œuvre originale pour que sa création bénéficie de la double protection. Or l'originalité suppose la liberté ainsi qu'il a été vu.

Ensuite, sous l'angle spécifique des dessins et modèles, il a été montré que la jurisprudence faisait application du critère de la forme séparable des fonctions assignées à l'objet créé pour lui conférer le caractère de création ornementale¹¹⁸⁷.

Il est tout au plus ici remarquable que l'Ordonnance de 2001 opère une sorte de « re-personnalisation » du droit des dessins et modèles en intégrant la prise en considération de la liberté du créateur dans l'examen de la condition de caractère propre.

¹¹⁸² CA Paris 6 novembre 1984, PIBD 1985, III, p.85 ; RTD Com. 1985 p.510, obs. Chavanne et Azéma ; CA Paris 3 novembre 1993, PIBD 1994, III, p.45.

¹¹⁸³ Chambre des recours techniques, 19 mars 1992, décision T854/90, JO OEB novembre 1993, p.669 ; PIBD 1994, III, p.53.

¹¹⁸⁴ Frédéric Pollaud-Dulian : La brevetabilité des inventions, étude comparative de jurisprudence France-OEB, Litec 1997, n°145 p.128.

¹¹⁸⁵ Pour une étude détaillée de ces indices, Cf. Frédéric Pollaud-Dulian : *La brevetabilité des inventions*, précité, n°142 p.126 et suiv. ainsi que A. Chavanne et J.-J. Burst : n°60 p.58 et suiv.

¹¹⁸⁶ Art. L.511-4 al.2 CPI.

¹¹⁸⁷ Cf. Supra, Partie I, Titre I.

B- Approche synthétique : La liberté comme critère de la création

La liberté est non seulement la condition temporelle de la création (1) – elle doit se démarquer des créations précédentes – mais elle en est également le critère catégoriel (2) – elle permet de distinguer entre les créations contingentées et les autres.

1- La liberté comme critère temporel : L'exigence de nouveauté de la création

607. Par définition, dire d'une chose qu'elle est une création suppose une approche d'ordre temporel. Créer, c'est « faire une chose », « mettre au monde une chose ». La dite chose est donc inexistante antérieurement à sa création et il semble que « *pour qu'une production intellectuelle mérite le titre de création il faut, condition essentielle, qu'elle soit nouvelle* »¹¹⁸⁸. Dans toutes les dimensions de la propriété intellectuelle, le droit s'évertue à conférer un monopole d'exploitation sur une chose qui est considérée comme étant une nouvelle richesse.

Une création est donc, par hypothèse, nouvelle. Cette nouveauté peut être première dans le cas de créations ne découlant d'aucune création antérieure (a) ou dérivée dans le cas de créations inspirées par des créations antérieures (b).

a) La nouveauté première : La création en l'absence d'antériorité

608. L'article L.611-11 du Code de la propriété intellectuelle - identique à l'article 54 de la Convention de Munich - dispose qu'« *une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique* ». Le droit des brevets exige la nouveauté

¹¹⁸⁸ François Perret : L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles, essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle, thèse, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie 1974, n°54.p.93.

absolue de l'invention, ce qui signifie que l'invention n'était pas connue avant la date de dépôt de la demande de brevet. C'est le système adopté en France depuis 1844¹¹⁸⁹.

L'article L.611-11 du Code¹¹⁹⁰ pose qu'une invention sera nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. Celui-ci est constitué non seulement par l'ensemble des connaissances acquises qui sont divulguées et qui sont accessibles au public par tout moyen à la date du dépôt de la demande, mais encore par le contenu des demandes de brevet français, européen ou international désignant la France telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou à une date postérieure¹¹⁹¹. Une invention sera donc nouvelle si, au moment du dépôt de la demande de brevet, elle n'est pas encore révélée au public, ce qui signifie qu'une divulgation met un obstacle à la brevetabilité¹¹⁹².

Pour être destructrice de nouveauté, une antériorité doit être de toute pièce. En d'autres termes, « *l'invention doit (se) trouver tout entière dans une seule antériorité au caractère certain, avec les éléments qui la constituent dans la même forme, le même agencement, le même fonctionnement en vue du même résultat technique* »¹¹⁹³. L'invention doit donc être libre de toute antériorité.

608bis. L'article L.623-1 pose de manière comparable l'exigence de nouveauté en vue de la délivrance d'un certificat d'obtention végétale. Ainsi que l'exige ce texte, une obtention

¹¹⁸⁹ Par opposition aux systèmes de nouveauté relative qui acceptent les brevets d'importation ou les brevets de résurrection. Cf. Schmidt-Szalewski et Pierre : n°80 p.41.

¹¹⁹⁰ Art. 54 CBE.

¹¹⁹¹ Cette agrégation artificielle à l'état de la technique tel que défini à l'art. L.611-11 al.1^{er} vient résoudre le problème de la double brevetabilité : une invention fait l'objet de deux demandes de brevet successives, la première n'étant pas encore publiée lors du dépôt de la seconde. Soit l'on refuse de délivrer le second brevet en arguant que l'invention est déjà appropriée (*prior claim approach*, retenue par la loi de 1968), soit on assimile fictivement le contenu de la première demande non publiée à une antériorité publique ce qui prive de nouveauté la seconde demande (*whole content approach*, retenue par la CBE et adoptée par la réforme de 1978). Le premier système détache complètement la question des problèmes de nouveauté mais son application reste difficile car il attache une importance essentielle aux revendications. Or celles-ci peuvent subir des modifications au cours de la procédure de délivrance du brevet. Le second système, s'il présente l'inconvénient de l'illogisme, a le mérite d'être plus simple à appliquer. Il faut préciser que si la première demande est rejetée ou retirée, elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

¹¹⁹² L'article L.611-13 (art.55 CBE) pose toutefois deux cas où une divulgation n'est pas destructrice de nouveauté : 1° si la divulgation a lieu dans les six mois précédant la date de dépôt de la demande, 2° si la divulgation résulte, après cette date, de la publication d'une demande de brevet antérieure. Dans ces deux cas, la divulgation ne sera pas destructrice de nouveauté si elle résulte directement ou indirectement d'un abus évident à l'égard de l'inventeur ou de son prédécesseur en droit, ou d'une présentation de l'invention par eux dans une exposition officielle ou officiellement reconnue.

¹¹⁹³ Com. 12 mars 1996, inédit titré, pourvoi n° 94-15283, PIBD 1996, III, p.273 ; Ann. Prop. ind. 1996, p.173. Com. 6 juin 2001, inédit titré, pourvoi n° 98-17194, Prop. ind. 2002, comm. n°15 note Raynard ; PIBD 2001, III, p.427.

végétale est une variété nouvelle « *qui se différencie des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant, ou par plusieurs caractères dont la combinaison est de nature à lui donner la qualité de variété nouvelle* ». Mais contrairement aux inventions qui sont de pures créations, une obtention végétale peut être créée ou découverte. A l'instar des brevets d'invention, il s'agit d'une nouveauté absolue¹¹⁹⁴.

609. De la même façon, le droit des dessins et modèles, tant ancien que nouveau, fait de la nouveauté une condition d'accès à la protection du livre V du Code de la propriété intellectuelle. L'article L.511-3 ancien posait ainsi comme condition de protection la nouveauté du dessin ou du modèle « *qui se différencie de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle* ».

Le principe de l'unité de l'art et le cumul de protection qui en découle ont amené la jurisprudence à exiger du dessin ou du modèle qu'il soit marqué par l'empreinte de la personnalité de son auteur, si faible soit-elle. La Cour de cassation censure d'ailleurs systématiquement les décisions qui omettent de rechercher l'originalité de cette création¹¹⁹⁵. Il ressort de cette jurisprudence que la condition de nouveauté doit s'entendre, en matière de dessins et modèles, de l'originalité de la création telle qu'elle est comprise en droit d'auteur. Certaines décisions sont d'ailleurs très claires tel cet arrêt de la Cour de cassation qui estime qu'une Cour d'appel peut valablement juger que, faute d'être marqué de l'empreinte de la personnalité de son auteur, un modèle de briquet n'est pas nouveau¹¹⁹⁶. S'agit-il réellement d'une confusion entre les notions de nouveauté et d'originalité¹¹⁹⁷ ou ne s'agit-il pas plus vraisemblablement d'une réinterprétation de la notion de nouveauté à l'aune du principe de l'unité de l'art ? Pourquoi ne pas considérer en effet que toute originalité est nouvelle, comme le laisse entendre le langage courant ?¹¹⁹⁸ L'appréciation de la nouveauté dans le domaine de l'art, fut-ce l'art appliqué, ne saurait en tout état de cause être appréciée de la même manière et avec la même sévérité qu'en matière d'invention.

¹¹⁹⁴ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°288 p.118.

¹¹⁹⁵ Com. 3 mai 2000, GAPI n°17 ; D. 2001, AJ p.237 obs. Greffe ; PIBD 2000, III, p.418. Com. 17 juillet 2001, Prop. intell. 2002, n°3 p.65, obs. De Candé ; RDPI 2002, n°139 p.33. Com. 28 janvier 2003, Prop. ind. 2003, comm. n°32 note Kamina. Com. 6 mai 2003, Prop. ind. 2003, comm. n°64 note Kamina et n°81 obs. Greffe ; Prop. intell. 2003, °9 p.396, obs. De candé et De Haas.

¹¹⁹⁶ Com. 13 février 1996, inédit, pourvoi n° 94-12102 ; PIBD 1996, III, p.320.

¹¹⁹⁷ André Lucas et Pierre Sirinelli : L'originalité en droit d'auteur, JCP 1993, I, 3681, n°17.

¹¹⁹⁸ Toute nouveauté n'étant pas obligatoirement originale...

Le nouveau droit des dessins et modèles ne remet pas en cause les solutions traditionnelles mais distingue clairement entre la nouveauté d'une part et le caractère propre d'autre part, les deux conditions étant cumulatives¹¹⁹⁹.

A l'instar du droit des brevets, la nouveauté s'apprécie au regard des antériorités¹²⁰⁰ qui doivent être de toute pièce¹²⁰¹, et, à la différence de la nouveauté exigée par la loi de 1909, la « nouvelle » nouveauté s'entend désormais d'une revue de détail tandis que le caractère propre s'attache à une impression d'ensemble proche de l'« ancienne » nouveauté¹²⁰². L'antériorité s'apprécie à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée.

La nouveauté de la création résiderait donc dans l'absence de précédents à l'intervention créatrice, c'est-à-dire dans l'absence de contingence d'ordre temporel ou, en d'autres termes, en présence d'une liberté de réalisation eu égard à l'environnement créatif du secteur considéré à une date déterminée.

610. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la propriété littéraire et artistique refuse cependant avec constance la prise en compte des antériorités pour juger de l'accession d'une création au bénéfice du droit d'auteur. La Cour rappelle en effet que seule la condition d'originalité est opérante dans deux arrêts à la motivation similaire. Un arrêt du 23 février 1994 rejette ainsi un pourvoi qui, en faisant état d'antériorités sans en préciser la date, *« se heurte au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour se prononcer sur le caractère d'originalité entraînant la protection légale, indépendamment de la notion d'antériorité, inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique invoqué en la cause »*¹²⁰³. Le deuxième arrêt pose le principe suivant, sous le visa de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle : *« Attendu que les dispositions de ce Code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels que soient le genre, le mérite ou la destination, à la seule condition que ces œuvres présentent un caractère original,*

¹¹⁹⁹ Art. L.511-2 CPI.

¹²⁰⁰ Art. L.511-3 CPI.

¹²⁰¹ L'article L.511-3 pose ainsi que deux dessins ou modèles seront considérés comme identiques s'ils ne diffèrent que par des détails insignifiants. Cf. CA Paris, 24 février 2004, PIBD 2004, n°788, III, p.369 ; D. 2005, pan. 1710 obs. Galloux.

¹²⁰² Benoît Humblot : Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères « objectifs » de protection des dessins et modèles, JCP éd. E 2003, 902. A noter que la jurisprudence voit dans l'« observateur averti » de l'article L.511-4 non un homme de l'art mais d'un « utilisateur doté non d'une attention moyenne mais d'une vigilance particulière que ce soit en raison de son expérience personnelle ou de sa connaissance étendue du secteur considéré », TGI Paris, 15 février 2002, JCP éd. E 2003, 1291 n°20 obs. Greffe, Prop. ind. 2002, comm. n°80 note Greffe. CA Douai, 11 mars 2004, D. 2005, pan. p.1771 obs. Galloux.

¹²⁰³ Civ. 1^{ère}, 23 février 1994, Bull. n°79 p.64 ; D. 1995, somm. p.53 obs. Colombet.

indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique »¹²⁰⁴.

La doctrine scande en effet que la condition objective de nouveauté propre au droit des brevets s'oppose à la condition subjective d'originalité du droit d'auteur¹²⁰⁵. Monsieur Gautier relève toutefois qu'en pratique la nouveauté et l'originalité se confondent¹²⁰⁶. Dans sa proposition de définition de l'originalité précitée, l'auteur intègre l'exigence d'une création minimale se superposant au préexistant. S'il convient en effet de dissocier, en théorie, l'originalité de la nouveauté, force est de constater que l'originalité suppose au préalable l'absence d'antériorité. Il vient d'ailleurs d'être vu que la jurisprudence relative au droit des dessins et modèles assimilait originalité et nouveauté sous l'empire de la loi de 1909.

Un auteur pense toutefois que l'originalité ne saurait être combattue par la seule antériorité car la banalité ne saurait se comparer à l'état de la technique¹²⁰⁷. L'opinion est fondée en ce que l'originalité, surtout lorsqu'elle est réduite à un effort de création, s'apparente davantage à la condition d'activité inventive, seule susceptible de subjectivisme en droit des brevets. On ne voit pas comment donc en théorie pourraient être comparées des conditions aussi dissemblables. Il apparaît toutefois que l'antériorité ne saurait s'apprécier de la même manière et selon les mêmes critères en droit des brevets et en droit d'auteur. En effet, il a été vu que, dans ce dernier cas, l'originalité est présumée et que la contrefaçon s'apprécie par les ressemblances, et non par les différences.

Il s'agit alors de distinguer, au sein des productions littéraires non susceptibles de protection par le droit d'auteur, entre les productions banales, et les copies serviles. Dans le premier cas, il y a banalité en ce qu'il y a présence d'antériorités répétées, l'objet considéré n'étant qu'une énième répétition de l'existant. Dans le deuxième cas, il suffit d'une seule antériorité dont l'objet considéré serait une reproduction conforme. Hors ces hypothèses, s'intègrent naturellement les œuvres de l'esprit manifestant un plus ou moins grand effort créateur qui se traduit par un démarquage par rapport au préexistant.

¹²⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, Bull. n°56 p.36 ; JCP 1997, II, 22973, obs. Daverat ; D. aff. 1997 p.353 ; D. 1997, IR p.65 ; D. 1998, somm. p.189. obs. Colombet ; D. 1998, jur. p.291 note Greffe ; RJDA 1997, n°853 ; JCP éd. E 1997, pan. 342.

¹²⁰⁵ Cf. Claude Colombet, obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, précité.

¹²⁰⁶ N°26 p.49-50.

¹²⁰⁷ Sylvie Hans : L'originalité au sens du Droit d'Auteur : Contribution à l'étude de la notion, thèse Paris I 1991, p.104.

La nouveauté en propriété littéraire et artistique peut enfin s'envisager de manière relative. Il s'agit de l'hypothèse où un auteur de bonne foi crée une œuvre identiques à une œuvre préexistante sans avoir eu connaissance de celle-ci¹²⁰⁸. Cette nouveauté relative – par opposition à la nouveauté absolue du droit des brevets – s'apprécie donc de manière subjective, conformément à l'esprit du droit d'auteur.

Il ne s'agit pas pour autant de faire de la nouveauté le critère de la création car une découverte possède une telle qualité en ce que l'on peut considérer qu'elle accède à la réalité publique en étant dévoilée¹²⁰⁹. La nouveauté permet toutefois de contribuer à l'identification des créations, en ce qu'elle révèle une production de l'esprit libre par rapport à des antériorités. Toute création ne relève cependant pas du « ex nihilo » et il s'avère que, bien souvent, une création est inspirée par d'autres créations.

b) La nouveauté dérivée : La création inspirée de créations antérieures

La création intellectuelle peut être vue comme un aboutissement ou comme une étape. Il paraît toutefois plus juste de la considérer comme étant à la fois l'un et l'autre car l'antériorité ne signifie pas pour autant l'absence de création. Le Code de la propriété intellectuelle envisage ainsi le cas des créations nées à partir de créations antérieures.

611. Tel est le cas, en droit d'auteur, de l'œuvre dérivée ou composite définie par l'article L.113-2 alinéa 2 comme « *l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* »¹²¹⁰. L'on ne peut qu'attirer

¹²⁰⁸ La jurisprudence allemande en matière de dessins et modèles connaissait toutefois de la théorie dite de la « nouveauté subjective » : un dessin était nouveau si, au moment de son dépôt, il était inconnu de l'auteur. Devant les difficultés et les abus engendrés par une telle solution, les tribunaux s'orientèrent alors vers la notion de « nouveauté-objective-relative » qui semble avoir inspiré le nouveau droit des dessins et modèles issu de la directive de 1998, Cf. François Greffe, note sous CAParis 6 mars 2002 et TGI Paris 15 février 2002, Prop. ind. 2002, comm. n°80.

¹²⁰⁹ De la même manière, l'auteur exerçant son droit de divulgation longtemps après la réalisation de son œuvre la rend nouvelle pour le public tandis qu'elle ne l'est pas pour lui. L'antériorité se caractérise alors, comme en matière de propriété industrielle, par la mise à disposition du public. Cf. Emmanuel Arnaud : L'influence du droit de divulgation sur la définition de l'œuvre d'art et sur les limites du droit de propriété, Gaz. Pal. 4 septembre 1997, Doctr. p.1079.

¹²¹⁰ L'art. L.113-4 précise, pour régler les éventuels conflits de droits, que l'œuvre composite est la propriété de son auteur sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre première. L'auteur de l'œuvre seconde devra donc obtenir l'autorisation du titulaire des droits de l'œuvre première et respecter ses droits moraux et patrimoniaux.

l'attention sur la consécration légale de l'exigence de nouveauté concernant les œuvres de l'esprit dont on a vu qu'elle s'intégrait à la condition de nouveauté. Le Code pose donc que l'intégration d'une œuvre préexistante dans une œuvre nouvelle n'est pas une entrave à l'originalité de celle-ci, qu'il s'agisse de l'intégration d'une œuvre première telle qu'elle ou seulement d'éléments de cette œuvre. Il n'y aura toutefois réellement œuvre composite que s'il y a intégration dans l'œuvre dérivée d'éléments formels d'une œuvre préexistante protégée par le droit d'auteur¹²¹¹. Une œuvre créée à partir d'éléments puisés dans le domaine public ne tombe donc pas sous le coup de cette qualification.

La jurisprudence offre un certain nombre d'exemples d'œuvres composites : intégration de photographies dans un catalogue publicitaire¹²¹², orchestration par Maurice Ravel des *Tableaux d'une exposition* de Moussorgski¹²¹³, adaptation d'une chanson¹²¹⁴, intégration par Bernanos dans son « *Dialogue des Carmélites* » d'un scénario¹²¹⁵, traduction espagnole d'un dictionnaire¹²¹⁶, la refonte d'un guide de camping¹²¹⁷, etc...

Très explicitement, ainsi que l'y invite l'article L.113-2 alinéa 2, la jurisprudence se penche sur une comparaison entre l'œuvre première et l'œuvre dérivée¹²¹⁸. Une telle recherche des antériorités a un double objectif. Il s'agit de déterminer la réalité de l'apport créatif de l'auteur de l'œuvre seconde et de mettre en œuvre les conséquences attachées à la qualification d'œuvre composite posées par l'article L.113-4.

612. La création dérivée est également prise en compte par le droit des brevets à travers l'application nouvelle de moyens connus¹²¹⁹, la combinaison nouvelle de moyens existants¹²²⁰ mais aussi à travers l'invention de perfectionnement. S'il y a bien ici création dérivée, l'exigence de nouveauté posée par l'article L.611-11 est invariable et demeure absolue. Il n'est pas question de confondre l'invention dérivée avec une appréciation relative de la nouveauté car l'exigence d'extériorité par rapport à l'état de la technique demeure.

¹²¹¹ Cf. TGI Paris, 23 septembre 1992, RIDA octobre 1993, p.257.

¹²¹² CA Versailles, 28 avril 1988, IR, p.165.

¹²¹³ CA Paris, 10 mars 1970, D. 1971, jur. p.114 note P.L. ; RIDA juillet 1970, p.139.

¹²¹⁴ Civ.1^{ère}, 19 mars 2002, Inédit titré, pourvoi n°: 99-17190.

¹²¹⁵ Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, Inédit titré, pourvoi n°99-10653.

¹²¹⁶ Civ. 1^{ère}, 12 mars 1999, Inédit titré, pourvois n°96-21634 et 96-22781, El Pequeño Larousse illustrado...

¹²¹⁷ Civ. 1^{ère}, 24 octobre 1995, Bull. 1995 n° 375 p. 261 ; D. 1995, IR p.243 ; Gaz. Pal. 1996, somm. p.22 ; RIDA avril 1996 p.277.

¹²¹⁸ A titre d'exemple, concernant des personnages de série télévisée, TGI Paris, 23 septembre 1992, RIDA octobre 1993, p.257.

¹²¹⁹ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°100 et suivants, p.88.

¹²²⁰ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°109s p.92.

Dans l'application nouvelle de moyens connus, un produit est connu ainsi que ses procédés de fabrication sont par hypothèse connus. Pour autant, l'utilisation nouvelle de ce procédé peut faire l'objet d'un monopole. Il s'agit donc de « *l'utilisation d'un produit ou d'un procédé déjà connu, breveté ou non, en vue d'obtenir des effets auxquels on n'avait pas encore songé jusqu'alors* »¹²²¹. L'application nouvelle de moyens connus recouvre trois hypothèses : Tout d'abord, le moyen pouvait n'être connu que d'un point de vue scientifique sans qu'aucune application industrielle n'en ait été déduite. L'inventeur utilise alors cette découverte dans un but industriel. Ensuite, le moyen peut être initialement utilisé dans une industrie déterminée, puis faire l'objet d'un transfert dans un autre secteur¹²²². Enfin, le moyen fait l'objet d'une utilisation nouvelle à l'intérieur de la même industrie.

Si l'application nouvelle de moyens connus est brevetable, en revanche le simple emploi nouveau ne l'est pas. L'application nouvelle brevetable procure ainsi un résultat différent de ceux qu'elle permettait d'obtenir auparavant elle comporte donc une activité inventive tandis que l'emploi nouveau n'en comporte pas. Il y aura donc application nouvelle de moyens connus dès lors que l'on aura « *donné à un moyen connu une fonction différente de celle qu'il avait dans ses applications antérieures. La nouveauté c'est le changement apporté à ce qui existait et la condition de nouveauté exigée par la loi est, donc, remplie si l'homme, par son intervention, modifie un moyen connu de lui en lui faisant remplir une fonction qu'il ne remplissait pas auparavant en vue du résultat recherché* »¹²²³.

Le moyen est par hypothèse connu. Le résultat obtenu peut être nouveau ou au contraire connu. Pour que la condition de nouveauté soit remplie et que, partant, l'invention soit brevetable, il faut que le résultat n'ait jamais été obtenu auparavant par le moyen considéré. Il s'agit donc, selon messieurs Chavanne et Burst, d'« *une invention portant sur la fonction* »¹²²⁴. La Cour de cassation a consacré cette catégorie d'invention sous l'empire de la loi de 1844¹²²⁵ et la jurisprudence contemporaine continue de s'y référer et d'en faire emploi¹²²⁶.

¹²²¹ Mousseron : t.1 n°341 p.354.

¹²²² Ainsi les sulfamides étaient connus et utilisés comme colorants puis furent utilisés pour leurs vertus antibiotiques, exemple cité par J.-M. Mousseron, précité p.355.

¹²²³ S. Vander-Heym : La brevetabilité d'une application nouvelle de moyen connu, mémoire Strasbourg, 1972, cité par J.-M. Mousseron, t.1, n°342 p.357. Souligné par nous.

¹²²⁴ N°106 p.89.

¹²²⁵ Com. 28 février 1968, Bull. n°88. Com. 26 octobre 1970, pourvoi n°68-14362, Bull. n°280 p.245 ; Ann. Prop. ind. 1970 p.107. Au terme de ce dernier arrêt et à titre d'illustration, constitue une application nouvelle de moyens connus aboutissant à un nouveau produit industriel la substitution de la matière plastique au verre ou autres matériaux jusqu'alors utilisés pour la culture in vitro du blanc de champignon, par l'emploi de sachets en matière plastique "rislan" obturés selon un procédé original et permettant d'effectuer tout le cycle de la

612bis. La combinaison nouvelle de moyens existant se définit quant à elle comme l'association de moyens qui n'avaient pas encore été réunis de la sorte en vue de leur faire produire un résultat d'ensemble¹²²⁷. Selon messieurs Chavanne et Burst, il ne s'agit en réalité que d'une invention de procédé¹²²⁸. Une difficulté était apparue s'agissant de distinguer la combinaison nouvelle de moyens de la simple juxtaposition, celle-ci n'étant pas susceptible de faire l'objet d'un brevet. La combinaison se traduit par un fonctionnement solidaire des organes assemblés qui doivent coopérer en vue d'obtenir un résultat commun. Dans la juxtaposition, les organes assemblés fonctionnent isolément sans mener à un résultat d'ensemble spécifique. L'inadmissibilité de cette dernière au titre des inventions brevetables était justifiée sous l'empire de la loi de 1844 par l'absence de nouveauté¹²²⁹. Mais dès lors qu'« *il y a réaction mutuelle, communauté d'action, coopération fonctionnelle, il y a effort inventif et brevetabilité* »¹²³⁰. La jurisprudence a maintenu l'exigence de coopération entre les organes assemblés sous l'empire de la loi de 1968¹²³¹.

613. S'agissant enfin des inventions de perfectionnement, l'article L.613-15 alinéa 2 prévoit que le Tribunal de grande Instance peut accorder une licence de dépendance portant sur une invention antérieure non encore tombée dans le domaine public au titulaire d'un brevet portant sur une invention venant perfectionner la première invention. La licence ne peut toutefois être accordée que pour autant que la seconde invention constitue, à l'égard de la première, « *un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable* »¹²³². L'invention de perfectionnement pose, en outre, la question du transfert dudit perfectionnement lorsque la première invention fait l'objet d'une licence et que le titulaire du premier brevet est également le titulaire du brevet de perfectionnement ou du certificat d'addition¹²³³.

production du blanc de champignon depuis l'ensemencement jusqu'à la livraison sans transvasement ni bris de récipient.

¹²²⁶ Cf. Com. 19 avril 2005, Inédit, pourvoi n°03-12994. Com. 19 novembre 2002, Inédit titré, pourvoi n°00-15203. Com. 26 mars 2002, Inédit titré, pourvoi n°99-15934. Com. 20 octobre 1998, pourvoi n°95-15804, Bull. n° 252 p. 209.

¹²²⁷ A. Chavanne et J.-J. Burst, n°109 p.92.

¹²²⁸ Ibidem.

¹²²⁹ A. Chavanne et J.-J. Burst : n°113 p.93.

¹²³⁰ Robert Plaisant : Critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité, mélanges Roubier, Dalloz et Sirey 1961 p.527, V. p.535.

¹²³¹ Ibidem.

¹²³² A. Chavanne et J.-J. Burst : n°377 p.230. J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre : n°280 p.112. Il en va de même pour les licences accordées au propriétaire d'un brevet sur une invention biotechnologique ne pouvant exploiter son invention sans porter atteinte à une obtention végétale antérieure, art. L.623-22-1 CPI.

¹²³³ Sur cette question qui est hors de notre propos, cf. A. Chavanne et J.-J. Burst : n°322 p.207.

L'idée de progrès technique étant au cœur du droit des brevets, il apparaît alors logiquement que l'idée de perfectionnement est sinon consubstantielle, du moins corrélative à cet objectif. Tout perfectionnement est en effet un progrès, même si tout progrès n'est pas nécessairement un perfectionnement.

La nouveauté de la création peut donc résider dans la nouveauté d'une intervention créatrice menée à partir d'éléments préexistants. La liberté de réalisation est donc conditionnée par l'existant. Elle n'en existe pas moins.

2- La liberté comme critère catégoriel de la création

614. Il a été vu, à propos du domaine de la création, qu'une distinction pouvait être établie entre les créations contingentées par une finalité d'une part, et les créations libres de toute contingence d'autre part¹²³⁴. Le droit des brevets exige en effet, pour qu'une création puisse être considérée comme une invention brevetable, que celle-ci soit susceptible d'application industrielle, c'est-à-dire qu'elle ait une finalité technique. Le droit d'auteur n'exige pour sa part aucune exigence de ce type, la destination étant indifférente. Le droit des dessins et modèles exige quant à lui le caractère industriel ou artisanal de la création concernée mais n'en protège que la dimension extérieure à condition que le dessin ou le modèle soit nouveau et présente un caractère propre.

Dès lors, une création dont les textes n'exigent pas d'autre but qu'elle même semble tomber à priori sous le coup de la propriété littéraire et artistique, tandis qu'une création contingentée par une finalité technique ou contingentée par le caractère industriel ou artisanal de sa destination ou de son mode de production tombe plus volontiers dans le giron de la propriété industrielle.

Le critère de la forme détachable des fonctions utilisé par la jurisprudence pour juger de l'accessibilité d'un dessin ou modèle à la protection par le droit d'auteur est à cet égard significatif et permet de proposer une répartition sommaire des différents types de créations selon le degré de contingence posé par les textes.

¹²³⁴

Cf. supra Partie I, titre I.

Ainsi la propriété littéraire et artistique pose-t-elle une contingence nulle de par l'indifférence de destination, seule la condition d'originalité devant s'appliquer à un objet candidat à la protection. Le droit des brevets impose en revanche une finalité industrielle comme condition de protection. Le droit des dessins et modèles prend la finalité ou le domaine de la création en compte tout en ne l'érigant pas comme condition de protection.

Le degré de liberté du créateur est donc - en théorie et selon les conditions textuelles ou jurisprudentielles d'accès à la protection – plus ou moins large selon le type de création considéré. Tantôt la latitude est totale, tantôt un domaine lui est imposé, tantôt un domaine assorti d'une finalité encadrent son activité créatrice.

Critère permettant d'identifier une création intellectuelle, la liberté est également la condition sans laquelle une telle création ne saurait exister.

Paragraphe deuxième : La liberté, condition de la création

La liberté en tant que critère de la création a été mise en exergue à travers les conditions de fond des principales créations protégées par le Code de la propriété intellectuelle. Ce critère s'impose et se confirme lorsque l'activité de création est envisagée dans un environnement contingent, qu'il s'agisse des activités méthodiquement créatrices ou de la situation du créateur subordonné. Dans l'un et l'autre cas, c'est bien la liberté de réalisation qui déterminera la qualité de créateur et, partant, qui sera le critère spécifique de toute création (A). Or la liberté suppose toujours un environnement. Il n'y a pas de création hors de tout contexte. Il sera alors possible de montrer que la liberté est un critère objectif (B) dans la mesure où elle se mesure toujours par rapport à un état préexistant.

A- La liberté, condition spécifique de la création

La liberté dans la réalisation est la condition spécifique de toute création en ce qu'il la distingue des simples activités méthodiquement créatrices (1) et qu'il permet de reconnaître

l'existence d'une création et, partant, d'un créateur dans le cadre d'une relation de subordination (2).

1- Création et activités méthodiquement créatrices

615. Certaines activités intellectuelles supposent, pour atteindre un résultat déterminé, de respecter une trame prédéterminée. Il s'agit d'activités que nous appellerions des activités méthodiquement créatrices. Il est d'évidence que, dans cette hypothèse, la liberté de création est nulle car si l'on obtient, in fine, un résultat par une activité intellectuelle maîtrisée, l'ensemble du processus créateur est soumis au respect d'une méthode, d'un procédé préétablis. Ainsi Kant avait-il déjà posé que « *si l'art qui correspond à la connaissance d'un objet possible se borne à accomplir les actions nécessaires afin de le réaliser, il s'agit d'un art mécanique* »¹²³⁵.

Si la chose ainsi obtenue ne saurait être qualifiée de création, il n'en va pas de même du procédé, de la méthode ou du programme (au sens large) prédéterminé ayant conduit à ce résultat.

Le droit des brevets couvre donc l'invention de procédé, mais non le produit obtenu par le procédé¹²³⁶. Le procédé se définit comme un « *système d'intervention d'agents chimiques ou d'organes mécaniques dont la mise en œuvre conduit à l'obtention d'un résultat matériel appelé produit ou d'un effet immatériel appelé résultat* »¹²³⁷. Toute personne peut alors fabriquer le produit par un procédé différent non équivalent sans tomber sous le grief de contrefaçon. Si le produit concret¹²³⁸ est en lui-même brevetable, tel n'est pas le cas du résultat abstrait¹²³⁹. Ainsi le professeur Mousseron explique-t-il qu'un mécanisme de débrayage est protégeable tandis que le débrayage lui-même n'est pas un résultat brevetable¹²⁴⁰. L'exigence

¹²³⁵ Critique de la faculté de juger, §44, Des beaux-arts, trad. Alain Renaut, GF Flammarion p.291.

¹²³⁶ J.-J. Burst et A. Chavanne : n°411 p.245. La protection couvre toutefois les produits obtenus directement par le procédé breveté, à condition que le breveté ait revendiqué, outre le procédé, le produit directement obtenu par ce procédé, art. L.613-2 CPI.

¹²³⁷ Mousseron : t.1 n°132 p.151.

¹²³⁸ « Corps déterminé ayant une composition mécanique ou une structure chimique particulière qui le distingue des autres corps », Roubier, t.II n°142 p.68.

¹²³⁹ Roubier, t.I, n°78 p.333.

¹²⁴⁰ Mousseron : t.1 n°131 p.149. Cf. TGI Paris 14 avril 1999 PIBD 1999, III, p.405 (l'effet optique obtenu qui est le mode particulier contrôle de l'authenticité de documents est un résultat ne constituant pas une inven-

d'application industrielle conduit en tout état de cause à exclure du champ d'application du droit des brevets les méthodes mathématiques¹²⁴¹ ainsi que les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles en matière de jeu ou dans le domaine économique¹²⁴². L'absence de caractère technique ou l'abstraction de ces créations les jette naturellement hors du brevet.

Si les programmes d'ordinateurs sont également expressément exclus de la brevetabilité par l'article L.611-10 2) c) du Code de la propriété intellectuelle, leur protection par le droit d'auteur consacre le caractère créatif de ces « *méthodes particulières* ». Le logiciel est en effet défini comme un « *programme d'instructions générales ou particulières, adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée* »¹²⁴³. Protégeable sous condition d'originalité, le logiciel ou programme d'ordinateur peut alors s'analyser en un procédé ou méthode concrète dont la mise en œuvre par un ordinateur conduit à un résultat, la fonctionnalité. Or celle-ci, nous l'avons vu, n'est pas protégeable¹²⁴⁴.

Fort curieusement, *a priori*, le droit d'auteur ne protège pas les méthodes¹²⁴⁵. L'exclusion est toutefois logique dans la mesure où la propriété littéraire et artistique s'attache à la forme, et non à ce qu'elle exprime. Aussi l'expression d'une méthode est-elle susceptible d'être protégée si elle se trouve être originale¹²⁴⁶, mais non la méthode elle-même. A fortiori, l'objet issu d'une activité purement méthodique ne laissant aucune part à l'arbitraire ne saurait tomber sous le coup du droit d'auteur.

2- La liberté du créateur dans le cadre d'une relation de subordination

616. L'article L.111-1 in fine proclame l'indifférence de l'existence d'un contrat de travail. Le simple fait qu'un sujet soit lié dans une relation de subordination n'est pas en soi suffisant pour lui nier la qualité de créateur. Encore faut-il qu'il puisse, dans le cadre de cette relation, agir librement, en tout ou partie. La relation de subordination suppose en effet

tion brevetable). TGI Paris 15 juin 1999, PIBD 2000, III, p.157 (la limpidité et la stérilité d'un collyre ne sont pas brevetables).

¹²⁴¹ Art. L.611-10 2) a).

¹²⁴² Art. L.611-10 2) c).

¹²⁴³ Gautier : n°82 p.125.

¹²⁴⁴ Cf. Supra.

¹²⁴⁵ Gautier : n°29 p.52. Crim. 15 octobre 1969, D. 1979, jur. p.9.

¹²⁴⁶ TGI Paris, 14 juin 2002, Comm. Com. électr., comm. n°113 note Caron. JCP éd. E 2002, II, 1486.

l'aliénation d'une partie de son libre arbitre, tandis que la création exige la pleine possession de celui-ci¹²⁴⁷. La problématique est identique en ce qui concerne le créateur lié par un contrat de travail ou le créateur lié par un contrat de commande. Dans les deux hypothèses, le sujet ne sera reconnu créateur que dans la mesure où les directives qu'il reçoit de sa hiérarchie lui laissent une plus ou moins large part de liberté dans la réalisation de la création. Dans le cas contraire, c'est bien évidemment le donneur d'ordres qui sera considéré comme étant le véritable créateur.

Il s'agit toutefois de bien préciser que l'on s'attache uniquement à l'attribution de la qualité de créateur, et non à l'attribution des droits sur la création. En effet, qu'une invention développée par un salarié dans le cadre de son contrat de travail soit la propriété de son employeur en vertu de l'article L.611-7 1°) n'est pas de nature à lui dénier la qualité de créateur. C'est la raison pour laquelle l'article L.611-9 reconnaît un droit moral minimum sous la forme d'un droit au nom à l'inventeur salarié. Le texte semble en outre devoir être interprété comme édictant une règle d'ordre public protectrice de l'inventeur : le caractère impératif de sa formulation laisse peu de place à l'ambiguïté.

617. La Cour de cassation a, en matière de propriété littéraire et artistique, expressément admis que la qualité d'auteur était d'ordre public¹²⁴⁸. En l'espèce, une société d'adaptation en langue française de programmes audiovisuels étrangers informait ses traducteurs qu'elle leur proposerait dorénavant soit, dans quelques cas particuliers, un contrat d'auteur à 100%, soit, dans tous les autres cas, un contrat de coauteur à 50% de droits, étant précisé que si le traducteur ou l'adaptateur décidait de ne pas signer l'œuvre terminée, l'autre en serait réputé l'auteur exclusif. La haute juridiction a estimé que les juges du fond avaient valablement retenu que la qualité de coauteur ne pouvait être attachée qu'à la personne dont l'apport créatif original était établi.

La Cour précise que « *la renonciation à tout droit déduite du refus de cosigner la version définitive arrêtée porte atteinte à l'inaliénabilité du droit moral d'auteur sur une œuvre achevée et que la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L.111-1, L.113-2 et L.121-2 du Code de la propriété intellectuelle* ». Monsieur Caron relève fort justement que « *c'est l'acte créatif original et non le contrat qui ouvre les*

¹²⁴⁷ Frédéric Pollaud-Dulian : Propriétés intellectuelles et travail salarié, RTD Com. 2000, p.273.
¹²⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, Comm. comm. électr. 2003, commentaire n°56 p.22 note Caron.

portes du royaume du droit d'auteur »¹²⁴⁹. La réforme du 1^{er} août 2006 a confirmé cette vision s'agissant des créations de fonctionnaires tout en aménageant drastiquement leur régime. Ainsi intervient une cession automatique des droits patrimoniaux sur tout aspect de l'œuvre « *strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* »¹²⁵⁰. Le droit moral de l'auteur fonctionnaire est également significativement limité afin que son exercice ne soit pas de nature à entraver la mission de service public¹²⁵¹.

Si les droits d'auteur naissent obligatoirement sur la tête de l'auteur subordonné avant de faire l'objet d'une cession - tandis qu'en matière de brevet les droits peuvent naître directement sur la tête de l'employeur - dans les deux cas la qualité de créateur est d'ordre public. Cette qualité ne sera reconnue qu'à celui qui a librement contribué à la réalisation de la création. Encore faut-il que cette liberté soit relevée.

618. Concernant le créateur salarié, Monsieur Revet pose que la liberté de création est l'« *expression exacerbée de la liberté du travail* » car elle est « *à la base de la protection des productions de l'esprit* »¹²⁵². Or tout créateur peut « *légalement consentir par convention à limiter sa liberté de création, et s'engager, en particulier, à obéir aux impératifs d'une commande faite à des fins publicitaires ou à rechercher, dans ce domaine ou dans un autre, l'accord de son cocontractant* »¹²⁵³.

Dans l'affaire précitée Guino contre Renoir, la Cour de cassation avait ainsi posé l'idée que Guino, qui avait réalisé des sculptures sous la direction de Renoir atteint de rhumatismes, avait toutefois conservé sa liberté de création en exécutant chacune des sculptures litigieuses en coopération avec Renoir, acquérant en conséquence un droit distinct sur celles-ci¹²⁵⁴. Même si les artistes pouvaient ne pas être sur un plan d'égalité, il suffisait que Guino conserve une certaine liberté dans la réalisation des sculptures pour se voir conférer la qualité de coauteur.

Aussi la qualité de créateur ne pourra-t-elle être valablement reconnue qu'à celui qui, nonobstant les directives reçues, a bénéficié d'une marge de liberté suffisante dans la réalisa-

¹²⁴⁹ Note précitée.

¹²⁵⁰ Art. L.131-3-1 CPI.

¹²⁵¹ Sur le nouveau droit d'auteur des fonctionnaires cf. Christophe Caron, *La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JCP 2006, I, 169. Marie Cornu : *Droits d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public*, D. aff. 2006 p.2185.

¹²⁵² Thierry Revet : *La force de travail*, thèse, Litec 1992, n°542 p.578.

¹²⁵³ Civ. 1^{ère}, 7 avril 1987, Bull.1987 n° 124 p. 93 ; D. 1988, jur. p. 97, note Edelman.,

¹²⁵⁴ Cf. supra note 1168.

tion de sa création. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de commande, peut-on poser que « *le commanditaire ne saurait par des directives trop précises, ou trop pressantes, brider la liberté de l'auteur de s'exprimer à travers l'œuvre* »¹²⁵⁵. C'est dans cet ordre d'idée que Monsieur Edelman, engageant une réflexion sur la distinction entre œuvres collectives et les œuvres de collaboration, écrit que « *la perte de la qualité d'auteur ou, si l'on préfère, la disqualification de l'apport artistique en apport de force créatrice, dépend de l'étendue de l'intervention de l'éditeur et donc, en dernière instance, du type d'aliénation intervenue* »¹²⁵⁶.

En toute hypothèse, la qualité de simple exécutant subalterne est incompatible avec la qualité de créateur qui suppose le respect de sa liberté de réalisation, si infime soit-elle¹²⁵⁷.

B- La liberté, condition objective

619. L'appréciation de la liberté dans la création suppose une comparaison selon plusieurs axes : l'axe du temps (exigence de nouveauté) et un axe mesurant le degré de contingence auquel a été soumis le créateur. Il s'agira dans ce dernier cas de déterminer si la création a été dictée par une pure nécessité ou si un arbitraire était admissible et si cet arbitraire a été utilisé par le créateur.

Il ne s'agit pas de rechercher un effort créateur, il s'agit de le présumer. Mais à partir du moment où la preuve que la création n'est pas dictée en son entier par des considérations étrangères, externes au créateur, cette présomption devient quasiment irréfragable.

En effet, il est manifestement impossible de rechercher la personnalité de l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou l'activité inventive sans s'en remettre à des éléments objectifs. La propriété littéraire et artistique serait, de ce point de vue, faussement personnaliste car si l'on protège la personnalité de l'auteur, c'est parce que l'on suppose que l'arbitraire dont il a fait preuve dans l'acte créateur est révélateur de cette personnalité.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a ainsi pu estimer, dans une espèce relative à un Dictionnaire technique de la bourse et des marchés, que « *afin de parvenir à la plus exacte*

¹²⁵⁵ Stéphanie Denoix de Saint-Marc : Le contrat de commande en droit d'auteur français, publication IRPI, Litec 1999, n°487 p.204.

¹²⁵⁶ Bernard Edelman : Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique, esquisse d'une théorie du sujet, D.1970, chron. p.197.

¹²⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2003, Comm. comm. électr. 2003, comm. n°116 note Caron. Benoît Humblot : De l'indépendance du créateur en droit d'auteur, RIDA n°199 janvier 2004, p.3.

définition possible de l'expression technique choisie, X a dû utiliser des concepts objectifs ayant un sens précis et déterminé (...) qui excluent toute idée d'arbitraire ou de libre choix dans le sens des termes retenus, et par voie de conséquence, toute empreinte de la personnalité de son auteur »¹²⁵⁸.

S'il est évident que la place laissée à l'arbitraire permet aux personnalités de s'exprimer, il n'est toutefois pas possible de montrer que tout choix arbitraire est nécessairement l'expression d'une personnalité, ce qui faisait écrire à deux auteurs, très antérieurement à l'espèce citée, que les choix opérés par un l'auteur d'un dictionnaire n'ont rien d'arbitraire « *car ils mesurent le savoir-faire, objectivement mesurable, du créateur, et non pas sa personnalité comme il en va pour les anthologies* »¹²⁵⁹. Un tel choix pourrait en outre résulter du hasard, a fortiori lorsque les options qui s'offrent à l'agent sont tenues pour équivalentes.

620. Nous préférons alors retenir l'idée selon laquelle seul l'arbitraire maîtrisé est créateur. La Cour d'appel de Paris le rappelle indirectement dans l'espèce précitée lorsqu'elle fait le rapprochement entre le libre choix et la personnalité de l'auteur. Le critère de liberté dans la réalisation a le mérite incontestable de ne pas déconnecter la création de son créateur tout en suspendant la définition de la création à des critères objectifs. Sans doute est-il préférable de rechercher les raisons des choix du créateur pour caractériser avec plus de certitude et d'orthodoxie son apport intellectuel personnel.

Martin Heidegger n'écrivait-il pas que l' « *homme ne devient libre que pour autant qu'il est inclus dans le domaine du destin et qu'ainsi il devient un homme qui écoute, non un serf que l'on commande* »¹²⁶⁰ ? Or si « *libérer une chose c'est la laisser revenir à son essence* »¹²⁶¹ et que l'essence d'une chose est non seulement sa quiddité mais aussi ce qui dure en cette chose¹²⁶², libérer une création c'est lui reconnaître sa nature de création et, partant son indéfectible lien avec l'esprit humain qui l'a enfantée. Soumettre ce dernier à la contrainte tend à réduire l'homme à un simple exécutant dont l'habileté serait interchangeable.

Le grand Luigi Boccherini mettait ainsi en garde son éditeur parisien : « *N'oubliez jamais qu'il n'y a rien de pire que de lier les mains d'un pauvre auteur, autrement dit de tracer*

¹²⁵⁸ CA Paris, 26 septembre 2001, LPA 22 août 2002, p.12 note Alleaume. V. également CA Paris 5 octobre 1994, D. 1997, jur. p.53. CA Paris, 14 février 1985, Ann. Prop. ind. 1986, p.93.

¹²⁵⁹ André Lucas et Pierre Sirinelli : L'originalité en droit d'auteur, JCP 1993, I, 3681. N°19.

¹²⁶⁰ La question de la technique, précité, p.33.

¹²⁶¹ Martin Heidegger : Bâtir, habiter, penser, in écrits p.177.

¹²⁶² La question de la technique, p.45.

des limites à son inspiration et à sa fantaisie, de l'assujettir à des conventions et des préceptes »¹²⁶³.

Conclusion du Titre II

621. La recherche d'un critère de la création supposait au préalable d'envisager le lien l'unissant au créateur lors de la démarche créative. Or c'est la volonté qui détermine le sujet agissant et, partant, le créateur en tant que tel. La création étant le fruit de la volonté, d'une activité humaine consciente et maîtrisée, seule la liberté répondait aux exigences d'une crié-riologie de la création intellectuelle.

Selon monsieur Edelman, « *le droit envisage le sujet créateur comme libre de et dans sa création : la liberté paraît être de l'essence de la création, entendue alors comme la libre production de la personne humaine* »¹²⁶⁴. Il vient d'être montré à loisir combien cette asser-tion se vérifie au niveau du droit : non seulement la liberté est-elle le critère de la création tel qu'il ressort des divers régimes de protection, mais encore la liberté est-elle la condition sine qua non de la création. Sans liberté, pas de création.

¹²⁶³ Lettre à Pleyel, mars 1799.

¹²⁶⁴ Bernard Edelman : Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique, esquisse d'une théorie du sujet, D.1970, chron. p.197.

Qu'il s'agisse de la propriété littéraire et artistique ou de la propriété industrielle, il est manifeste que la nouveauté, condition essentielle à toute création intellectuelle, n'est toutefois pas à elle seule suffisante car elle est « *incapable de traduire sur le plan objectif l'activité créatrice dont doit être issue la création intellectuelle* »¹²⁶⁵. C'est la raison pour laquelle chaque régime de protection prévoit des conditions subjectives adaptées à chaque type de création, qu'il s'agisse de l'originalité, du caractère propre ou de l'activité inventive.

Le critère de liberté s'avère donc être le critère opérationnel permettant de compléter la définition de la notion de création intellectuelle.

¹²⁶⁵ François Perret : L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles, précité, n°54 p.93.

Conclusion de la deuxième partie

A l'issue de la première partie, nous avons établi que le domaine de la création résidait dans l'activité humaine objectivée. Mais cerner ce domaine n'était pas suffisant à l'appréhension globale de la notion de création intellectuelle. Il devenait pressant de tenter la mise à nu du cœur de celle-ci, pour ce qui est de ses caractères juridiques il s'entend.

La création devait alors correspondre aux catégories du droit. Il paraissait évident que la création ressortait du droit des biens, étant classiquement enseigné qu'il s'agit d'un bien incorporel. Mais l'évidence réservait toutefois une surprise. Alors même qu'une approche purement objective, non seulement sous l'angle des notions de chose et de bien, mais également sous une approche plus économique attachée à la valeur, il fut montré que cette dernière n'était prise en considération, contrairement au droit des biens classique, que dans le seul but de protection du créateur.

Approcher la valeur pécuniaire de la création conduisait inmanquablement à s'interroger sur le mécanisme permettant son exploitation. Il fut trouvé dans la reproductibilité, la propriété intellectuelle pouvant alors se penser comme étant le droit des formes reproductibles. L'analyse de la jurisprudence relative à l'image des choses devait toutefois infirmer cette intuition car, manifestement, la création n'est pas la seule chose susceptible de reproduction. Le droit de la création intellectuelle ne saurait donc être imaginé comme étant un seul « droit de copie » à l'instar du copyright anglo-saxon, même si celui-ci connaît une forme de protection du droit moral à travers la protection de la réputation¹²⁶⁶.

Partant, il s'agissait de resserrer l'étau pour cerner au plus près la création. Puisqu'elle ressort du domaine de l'activité humaine, c'est donc dans celle-ci que se trouvait la réponse. Or la création est le fruit de la volonté de l'Homme. Celui-ci, à travers l'expression de son libre arbitre, va réaliser une chose sur laquelle il imprimera son empreinte d'inventeur ou d'auteur. La création intellectuelle est donc non seulement caractérisée par la liberté de son

¹²⁶⁶ Bernard Edelman : Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit, D. 1990 chron. p.295.

créateur, mais encore est-elle conditionnée par cette liberté, car si la liberté est un indice révélant la création, il ne pourrait y avoir de création sans liberté.

Le voyage touche presque à sa fin.

Conclusion générale

622. La propriété intellectuelle connaît un certain nombre de ramifications qui ne font pas apparaître, à première vue, l'unité et la singularité de celle-ci. Schématiquement éclatée entre la propriété industrielle - protégeant les créations dites d'utilité ainsi que les signes distinctifs - et la propriété littéraire et artistique - protégeant les créations dites esthétiques - seule frappe la nature protéiforme de ce droit. Il toutefois été vu que, malgré la multiplicité des propriétés intellectuelles recouvrant des réalités bien différentes, la notion de création pouvait être comprise sous l'angle de l'unité. Et il s'agit bien de l'unité de la création, non de l'unité de l'objet des propriétés intellectuelles¹²⁶⁷.

La mise en exergue de la relation entre la création et le créateur semble faire la part belle à une vision individualiste de la création intellectuelle car seul le créateur possède le pouvoir de se déterminer en tant que tel, tant socialement que juridiquement. Mais il ne peut se définir qu'à travers la création. Création et créateur se définissent donc l'un l'autre dans une relation de totale réflexivité et d'entière réciprocité.

La création est ainsi un objet subjectivisé du droit en ce qu'elle est le produit d'un créateur. Elle ne saurait être abordée d'une façon purement ontologique mais d'une façon axiologique, c'est-à-dire en tant que résultat d'une manifestation de volonté productrice d'un bien au sens juridique comme économique. Le créateur, quant à lui, n'est créateur qu'en raison d'un rapport de production entre lui et la création. Il est un sujet objectivisé du droit en ce qu'il n'est défini, comme sujet des propriétés intellectuelles, que par l'objet qu'il a créé. Monsieur Edelman développe ainsi l'idée selon laquelle la création intellectuelle n'est que la forme marchande du sujet de droit¹²⁶⁸.

En outre, de par sa création - l'objet création résultat - l'individu se dote du statut de créateur et détermine en même temps l'objet de ce droit. Cet objet donne la mesure du droit, l'« assiette » dirait-on, mais, en ce qu'il est le résultat d'une action imputable à un individu, c'est ce dernier qui donne, en fin de compte, la mesure du droit. Cette mesure ou assiette est

¹²⁶⁷ Contra, Cf. Sophie Alma-Delettre pour qui les marques sont une création intellectuelle, Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ? thèse Montpellier, 1999.

¹²⁶⁸ Bernard Edelman : Le droit saisi par la photographie, Maspero.

déterminée par la création elle-même qui, par son rattachement à un certain nombre de critères posés par le droit objectif, va déterminer un régime juridique applicable. Mais toujours en tant que fruit de la volonté individuelle, la création n'est que l'intermédiaire obligé entre le créateur et le droit.

Par ailleurs, la création ne saurait être qu'une manifestation unilatérale de volonté : que le créateur soit solitaire ou que la création soit le fruit de plusieurs volontés, le mouvement de production du droit part toujours nécessairement du champ créateur vers le champ social plus large des éventuels utilisateurs. Le droit accorde ainsi au créateur un certain nombre de prérogatives qui n'ont rien d'original en tant que droits subjectifs. En revanche, le contenu particulier de la propriété intellectuelle la rend à proprement parler unique au regard des analyses traditionnelles.

Forts des conclusions que nous mènent à tirer nos réflexions, nous proposons de définir la création intellectuelle comme étant « *tout effort concrétisé de la pensée humaine caractérisé par l'expression de la volonté d'une ou plusieurs personnes physiques se manifestant par la réalisation libre d'une chose* ». Cette définition ne saurait toutefois être accueillie comme étant définitive tant la notion de création reste, pour une très large part, impalpable.

623. L'étude de la notion de création intellectuelle ainsi que la proposition d'une définition de celle-ci ouvrent un certain nombre de perspectives présentant un intérêt considérable et dépassant largement le cadre notre réflexion. L'idée d'un droit commun de la création intellectuelle semble en effet envisageable et, semble-t-il, nécessaire à la préservation de la logique et de la cohérence du droit d'auteur.

624. La propriété intellectuelle semble marquée par d'irréductibles oppositions. Pour ne s'en tenir qu'aux domaines particuliers que sont le droit d'auteur et le droit des brevets, le premier est apparemment marqué par la subjectivité - le droit moral de l'auteur sur son œuvre semblant irradier l'ensemble des notions phares de la propriété littéraire et artistique - le second par l'objectivité - le maître mot en matière de propriété industrielle étant l'aspect utilitaire. Il est à noter que le législateur a, consciemment ou non, entendu encadrer de manière variable les créations protégées en fonction de leur caractère.

Ainsi la propriété littéraire et artistique¹²⁶⁹ est-elle fondée sur trois concepts interdépendants : l'auteur, l'œuvre de l'esprit, l'originalité. Les deux premières sont d'origine légale, la troisième d'origine jurisprudentielle. Les trois concepts sont interdépendants dans la mesure où chacun participe de la définition de l'autre. Ainsi sera auteur, au sens du code et de la jurisprudence, celui qui crée une œuvre de l'esprit originale, l'originalité étant la manifestation de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre, celle-ci étant enfin une création originale d'un auteur. Ces trois concepts clés de la propriété littéraire auquel il faut ajouter celui encore plus ambigu de création se servent donc mutuellement de référent, ce qui rend les définitions très « relatives »¹²⁷⁰.

Le législateur industriel, au contraire, a pris soin de bien définir chacun des concepts clés du droit des brevets. Donnera ainsi lieu à protection l'invention nouvelle impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle¹²⁷¹. Et le code de définir la nouveauté et l'état de la technique par rapport auquel elle se mesure¹²⁷², l'activité inventive¹²⁷³ et, par un certain nombre d'exclusions, l'application industrielle¹²⁷⁴.

Le législateur entend donc ouvrir largement la protection par un droit d'auteur et entend encadrer strictement le champ d'application du droit au brevet d'invention. Sans doute est-ce là une marque des nécessaires sécurité et prévisibilité caractérisant à leur manière le monde industriel : le titulaire des droits d'exploitation doit être convaincu de la certitude de ceux-ci, les droits étant conférés par un acte juridique. A l'inverse, la propriété littéraire et artistique est marquée par la plasticité : un droit privatif sur une œuvre de l'esprit ne sera reconnu a priori que lorsque celui-ci sera contesté ! Suprême paradoxe dont la raison se trouve sans doute dans le fait juridique qu'est la création artistique. La plasticité des notions fondant la protection par le droit d'auteur semblent donc tout naturellement prédisposer celui-ci à devenir le droit des créations laissées pour compte.

A s'en tenir à un tel tableau, où seraient la nécessité et l'opportunité d'une étude globale sur le fait créateur ? Deux univers aussi opposés de la propriété intellectuelle se prêtent-ils à la synthèse ? Dans l'affirmative, quelle serait alors l'utilité d'une telle synthèse ?

¹²⁶⁹ Livres I, II et III de chacune des parties législative et réglementaire du Code de la propriété intellectuelle

¹²⁷⁰ Céline Castets : *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, thèse, Paris XI 2001

¹²⁷¹ Art. L.611-10 CPI.

¹²⁷² Art. L.611-15 CPI.

¹²⁷³ Art. L.611-14 CPI.

¹²⁷⁴ Art. L.611-10 et art. L.611-16 CPI.

625. Une remarque s'impose : un certain nombre de créations intellectuelles s'avérant à priori inclassables bénéficient d'une protection que l'on pourrait qualifier de « *bricolage* ». En outre le régime spécifique des dessins et modèles se situe exactement à la croisée de chemins et, tel Hercule tiraillé entre la Volupté et la Vertu, le créateur de dessins et modèles dispose d'une certaine latitude de choix quant au régime idoine de protection à donner à sa création. L'ambiguïté est renforcée en ce que la loi emploie un vocabulaire ressortant aussi bien de la propriété littéraire que de la propriété industrielle : ainsi est protégée « *l'apparence d'un produit, ou d'une partie de celle-ci* »¹²⁷⁵ caractérisée par les éléments du produit lui-même ou son ornementation, à condition que l'objet soit « *nouveau et présente un caractère propre* »¹²⁷⁶, ce dernier s'appréciant en tenant compte « *de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle* »¹²⁷⁷. Or le texte prévoit un contrôle de la nouveauté et du caractère propre à mi-chemin entre brevet et droit d'auteur : contrôle des antériorités et appréciation de différences par référence à un « *observateur averti* »¹²⁷⁸.

Créations perturbatrices du droit d'auteur, révélatrices d'une évolution pour certains¹²⁷⁹, créations ambivalentes à la croisée des chemins, ce serait sans compter avec les « *petites monnaies* »¹²⁸⁰ du droit d'auteur dont on peut se demander si elles sont une perversion du régime ou si, au contraire, elles n'en sont que le reflet du paroxysmique esprit. Cette vocation universaliste de la propriété littéraire et artistique est à la fois cause de son succès et, de manière assez peu paradoxale, la cause de sa « *déchéance* ». Sous prétexte d'unité de l'art, le droit d'auteur a vocation à protéger des œuvres de l'esprit qui, si elles ont un rapport avec un domaine étranger à l'art, peuvent n'avoir aucun rapport à celui-ci. Il y aurait certainement là matière à dégager un fonds commun, un esprit global du droit de la création intellectuelle¹²⁸¹. Le Code de la propriété intellectuelle est en effet le résultat d'une compilation de textes épars dont la relative cohérence tient plus à la logique interne des différents régimes qu'à une vue plus globale. Or la frénésie législative contemporaine ne va pas sans poser de problèmes. Monsieur Sirinelli prophétise ainsi que « *chaque fois qu'une nouvelle technique apparaîtra,*

¹²⁷⁵ Art. L.511-1 du CPI tel qu'issu de l'ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 transposant la directive communautaire 98/71/CE du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins ou modèles.

¹²⁷⁶ Art. L.511-2 CPI.

¹²⁷⁷ Art. L.511-4 al.2 CPI.

¹²⁷⁸ Art. L.511-4 al.1^{er} CPI.

¹²⁷⁹ Michel Vivant : Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique, in l'avenir de la propriété intellectuelle, colloque IRPI du 26 octobre 1992, Litec 1993, p.43.

¹²⁸⁰ L'expression et de A. Lucas.

¹²⁸¹ Voie dans laquelle s'était engagé François Perret : *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles, essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, Genève, Librairie de l'université 1974.

ou qu'une légitime revendication d'ordre industriel prendra le prétexte d'un essor technologique, le droit devrait être modifié au détriment de sa cohérence »¹²⁸². Un auteur a ainsi pu faire remarquer, assez justement, que « l'éclatement des régimes affaiblit leurs principes directeurs et nourrit la suspicion sur leur capacité à intégrer les évolutions de la matière, participant à un émiettement plus important. Il apparaît alors que la logique qui présidait à la réservation de certaines valeurs intellectuelles se perdra sans doute s'il n'est pas pris conscience de la nécessité de redéfinir les limites extérieures et internes des régimes modèles de la propriété intellectuelle »¹²⁸³.

Le droit d'auteur se voit enfin de plus en plus atteint par une logique que l'on pensait n'être de l'essence que de la propriété industrielle. En effet, l'introduction dans le livre Ier du Code de la propriété intellectuelle de diverses créations *a priori* utilitaires et les nombreuses atteintes portées au lien entre l'auteur et son œuvre peuvent faire craindre la disparition progressive de la spécificité du droit d'auteur qui deviendrait une sorte de régime primaire, à minima, de la propriété intellectuelle¹²⁸⁴. Cette idée se traduit concrètement par l'évolution contemporaine que connaît le critère d'originalité classiquement comprise comme étant le reflet de la personnalité de l'auteur. La jurisprudence a toutefois pu se contenter de simples efforts créateurs. Ainsi, l'« originalité, ce souffle subjectif, devient une simple activité inventive, le résultat d'un effort intellectuel »¹²⁸⁵. La tendance semble être celle d'un glissement de la protection de la personne de l'auteur vers la création¹²⁸⁶, voire d'une éradication progressive et discrète du droit d'auteur¹²⁸⁷ et certains constats se veulent même des plus alarmistes¹²⁸⁸. Il semble même que le droit des artistes interprètes soit touché par un tel mouvement de marchandisation du sujet¹²⁸⁹. D'une manière générale, il y a fort à craindre que l'évolution ne transforme l'œuvre de l'esprit en un bien comme un autre. Une redéfinition de l'attachement à

¹²⁸² Pierre Sirinelli : *Brèves observations sur le « raisonnable » en Droit d'auteur*, in mélanges Françon, Dalloz 1995 chron. p.397, spécialement p.403.

¹²⁸³ Sophie Alma-Delettre : thèse précitée, n° 8 p.18.

¹²⁸⁴ Sur l'objectivation du critère, Cf. Sophie Alma-Delettre : *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, thèse précitée, n°294s p.202.

¹²⁸⁵ Jean Martin : *Le droit d'auteur applicable au logiciel*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, ouvrage collectif édité par Isabelle de Lamberterie, éditions du CNRS 1991, p.99, spéc. p.103.

¹²⁸⁶ Ivan Cherpillod : *Le droit d'auteur aujourd'hui*, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, précité, p.25s.

¹²⁸⁷ Roger Fernay : *Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur, quelques réflexions sur le passé, le présent et l'avenir*, RIDA 1981 n°109, p.139.

¹²⁸⁸ Philippe Gaudrat : *Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information »*, RTD Com. 2003 p.87, p.285 et p.503.

¹²⁸⁹ Xavier Daverat : *L'impuissance et la gloire, Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes*, D. 1991, chron. p.93. De la forme marchande de la création à la forme marchande du sujet il n'y a en effet qu'un pas. Cf. Bernard Edelman : *Le droit saisi par la photographie*, François Maspero 1973. *Le déclin du droit d'auteur dans le marché de la culture*, interview, Expertises mai 2003, p.170. *De la propriété-personne à la valeur-désir*, D. 2004, chron. p.155.

la conception personnaliste paraît dès lors nécessaire et il semble qu'il faille redonner au droit d'auteur sa raison d'être en proposant l'idée d'un régime commun de protection des créations intellectuelles.

626. La création étant une manifestation de volonté, il apparaît dès lors qu'elle ne peut être comprise que dans son rapport avec son créateur. Sans préjudice de l'aménagement de ce rapport qui peut être porté au pinacle comme réduit à sa portion congrue, il paraît fondamental de ne pas perdre de vue l'origine de la création car elle est un bien singulier, fruit du labeur humain.

Albert Camus voyait dans la création un miracle issu de la volonté. Mais le propre du miracle demeure son caractère inexplicable. Rousseau écrivait ainsi que « *l'idée de création, l'idée sous laquelle on conçoit que, par un simple acte de volonté, rien devient quelque chose, est, de toutes les idées qui ne sont pas clairement contradictoires, la moins compréhensible à l'esprit humain* »¹²⁹⁰. La beauté de la création semble résider dans cette part d'inexplicable et si l'étude de la création intellectuelle sous l'angle du droit a permis de dégager des caractères, des critères, des conditions et une définition, c'est toutefois l'humilité qui s'impose comme conclusion ultime du voyage que nous nous étions proposé d'accomplir.

¹²⁹⁰ Lettre à A. de Beaumont, 18 novembre 1762.

Liste des ouvrages cités par le seul nom de leurs auteurs

Albert Chavanne et Jean-Jacques Burst : Droit de la propriété industrielle, 5^{ème} édition, Précis Dalloz, 1998.

Claude Colombet : Propriété littéraire et artistique, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 1999.

Henri Desbois : Le droit d'auteur en France, 3^{ème} édition, Dalloz, 1978.

Jean Foyer et Michel Vivant : Le Droit des brevets, Puf, collection Thémis.

Pierre-Yves Gautier : Propriété littéraire et artistique, Puf, 3^{ème} édition, 1999.

Pierre et François Greffe : Traité des dessins et des modèles, quatrième édition, Litec 1988.

André et Henri-Jacques Lucas : Traité de la propriété littéraire et artistique, 2^{ème} édition, Litec 2001.

Jean-Marc Mousseron : Traité des brevets, Litec, 1984.

Eugène Pouillet : Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, 3^{ème} édition, Paris, 1908.

Paul Roubier : Le droit de la propriété industrielle, 2 tomes, Sirey, 1954.

Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre : Droit de la propriété industrielle, 2^{ème} édition, Litec, 2001.

Liste des abréviations

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 décembre 1993

Aff. : Affaire

AJDA : Actualité juridique, droit administratif

ALD : Actualité législative Dalloz.

Ann. Prop. Ind : Annales de la propriété industrielle

A.P.D. : Archives de philosophie du droit

AP : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Art. : Article

BODGI : Bulletin officiel de la direction générale des impôts

Bull. ou Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

CBE : Convention de Munich sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973.

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

C. Civ. : Code civil

Civ. 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème} : Chambres civiles de la Cour de cassation

CE : Conseil d'Etat

CPI : Code de la propriété intellectuelle

Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Comm. comm. électr. : Communication – commerce électronique

Contr. Conc. Conso. Ou CCC : Contrats, concurrence, consommation

Chron. : Chronique

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

D. : Recueil Dalloz

D. aff. : Dalloz affaires

DH : Recueil hebdomadaire Dalloz

DP : Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)

Def. : Defrénois

Doctr. : Doctrine.

Fasc. : Fascicule

GAPI : Grands arrêts de la propriété intellectuelle

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

INPI : Institut national de la propriété industrielle

IR : Informations rapides

IRPI : Institut de recherche de la propriété intellectuelle

J.-Cl. : Juris-Classeur

JCP : Juris-classeur périodique – la semaine juridique – édition générale

JCP éd. E : Juris-classeur périodique – la semaine juridique – édition entreprise

JCP éd. N : Juris-classeur périodique – la semaine juridique – édition notariale

JDI : Journal du droit international

JO ou JORF : Journal officiel de la République française

JOAN : Journal officiel, débats assemblée nationale

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

JO OEB : Journal officiel de l'Office européen des brevets

Jur. : Jurisprudence

LPA : Les petites affiches

Mél. : Mélanges

Obs. : Observations

OEB : Office européen des brevets

OMC : Organisation mondiale du commerce

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Op. Cit. / précit. : Œuvre citée / précitée

Pan. : Panorama

PIBD : Propriété industrielle, bulletin documentaire

Prop. Ind. : Propriété industrielle

Prop. Intell. : Propriétés intellectuelles

Rev. Crit. DIP : Revue critique de Droit international privé

RD immo. : Revue du droit de l'immobilier

RDPI ou RD prop. intell. : Revue du droit de la propriété intellectuelle

Rép. min. : Réponse ministérielle

RFDA : Revue française de droit administratif

RIDA : Revue internationale du droit d'auteur

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RIDE : Revue internationale de droit économique

RLDI : Revue Lamy droit de l'immatériel

R.R.J. : Revue de la Recherche juridique (Droit prospectif)

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Sirey

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

Somm. : Sommaires commentés (recueil Dalloz)

TGI : Tribunal de grande instance

Trad. : Traduction

Trib. Civ. : Tribunal civil

Trib. Com. ou T. Com. : Tribunal de commerce

T. correct. : Tribunal correctionnel

V. : Voir

Index

A-

Activité inventive : n° 10, 18, 86, 105, 151, 254, 281, 371, **500s**, 515, 562, **578-580**, 589, **601s**.

Aliénés : n°527 à 529.

Apparence : n° 48, 116, 129-130, 208, 240, 459.

Application industrielle : n° 35, 55, 68, 86, 115, 126, 173, 371, 517.

Application nouvelle de moyens connus : n°612.

Apport intellectuel : n°595-599 (droit d'auteur), 600 (artiste-interprète), 611s, 617-618.

Art : n° 40, 48, 90, 99, 231, 590, 613

Artiste-interprète : n° 12, 19, 413, 560, **600**.

Auteur : n° 12, 30, 91, 96, 197, 319, 368, 391 (œuvre collective), 447, 450, 476, **486s**, **494-495**, 507, 510, 550, 559s, **592s** (originalité), 600

B-

Bases de données : n° 50, 139, **398s** (droit sui generis).

Biens : n° 55, 68, 212, **267s** (idées), **294s** (notion de bien), 453, 462, 483, 559.

Brevets : n° 11, 19, 33, 58-64, 105, 114s, 125s, 140s (droit international), 169s, 233-236, 318 (ordre public), 332 (possession), 357, 372, 381s, 414, 491, 497s, 513s, 586s.

C-

Caractère propre : 606

Chose : n°196, 212, 215, **270-274, 294s.**

Combinaison nouvelle de moyens connus : n°613.

Contrats :

- **Contrat de commande** : n°383, 597, 614, **617.**
- **Contrats d'exploitation du droit d'auteur** : n° 384 (lésion et imprévision)
- **Contrat de travail** : n° 15, 365, **380-383, 498, 534, 597, 614-615, 617.**
- **Droit commun** : n°376s.

Contrefaçon : n°164, 315, **416s.**

D-

Dépôt d'un dessin ou d'un modèle : n° **78-80**, 84, 131, 153, 225, 319, **491-492** (effet déclaratif).

Description : n° 59, 71, **127-128, 170-171**, 176, 516, 602.

Dessins et modèles : n° **34s**, 58, 70, 77-78, **88s, 116-117, 129-131, 142-153, 178s**, 369, 415, **490-496**, 561, 606, 609, 614.

Droit moral : n° 98, 343, **345-348**, 351, **390-392**, 476, 481, 489, 563, 589, **615-616.**

Droits pécuniaires / Droits d'exploitation : n°17, 56, 80, 345, **419-424, 429-430**, 437, 481,564, 576.

E-

Effort de création : n°3, 15, 18, 40, 42, 106, 164s, 389, 403, 503, 540, 566, 573, **595-599**, 620s. V. aussi ‘apport intellectuel’

Enfant : V. infans

Evidence : 601-602

F-

Fait : n° 3-7, **78s**, 107.

Finalité : n°24, 47, 52, 80, **88s**, **233s** (idées), **302**, 419 (différence de finalité des régimes de protection).

Fonctionnaire : n° 614, **617**.

Fonctionnalité (des logiciels) : n° **164-167**, **233-234**, 252.

Forme : n°3, 9, 35-37, 95-96, **109s** spécialement **195s**, 341, **352-357**, 408, 410, 422-423, 439-440, 591, 612.

Forme séparable des fonctions : n°**96s**, 606, 612.

H-

Homme du métier : 604

I-

Idées : n°**109s**, 402, 587.

Image des choses : n° 351, 406, **425s**.

Industrie : n°28s. V. technique.

Infans : n° 530-531.

Invention : n°12, 55-57, 71, 86, 96, 174-175, 371, 518-521, 523, 562-563 (inventeur), 576s et 586s (mérite), 608 (nouveau).

Interprétation : n° 12, 19, 397, 476, 556, 560, 600. V. artiste-interprète.

L-

Liberté : n°90, 116, 281, 528, 533, 539s, 565s.

Liberté de créer : n°406, 441, 458s.

Liberté d'expression : n°182 à 188.

Licence (brevets) : 60-64, 73-74, 374, 385, 588.

Logiciels : n° 41, 50, 124, 133, 136, 164-167, 177, 347, 391ter, 599.

M-

Mérite : n° 40-42, 69, 93, 566s.

Méthodes : n° 533.

Multiplicité des formes : n°35, 95.

N-

Nouveauté : n° 607 et suivants.

O-

Obtentions végétales : n° 17, 563bis, 613 note 1244.

Obligation d'exploitation (brevets) : n°60-65.

Ordre public : n° 152, 182 ; 311s, 347 (caractère d'ordre public du droit moral), 519, 615-616 (caractère d'ordre public de la qualité de créateur).

Originalité : 584. 592 et suivants.

P-

Précision : n°126-128, 131, 159, 170, 224, 229, 237, 243s, 354-357.

Preuve : n°4, 126, 245, 253, 255, 282s.

Principe d'unité de l'art : n°88s.

Programmes d'ordinateur : V. logiciels.

R-

Rémunération : 374, 380-384.

Responsabilité civile : n°275s.

Résultat : V. Finalité.

Revendication : n°127, 170-171, 177, 513s.

S-

Salarié : V. contrat de travail.

T-

Tangible : n°109s.

Technique : n°35, 37, **52s**.

Topographies de produits semi-conducteurs : n°12, 18, 389, 414, 563bis.

U-

Utile / utilité : n° 52s, 172 (fonctionnalité), 232, **296-297**, 300-301, **302s**, 360, 364, 392, 403, 553-554.

V-

Valeur :

- **Pécuniaire** : n° 74, 299, 301, 304, 311-312, 326, 329, **359s**, 564.
- **Mérite** : Cf. mérite

Volonté : n°1, 3, 105s, **485s**

Bibliographie

1-Ouvrages généraux

11- Traités et manuels de droit civil

- ✓ ATIAS Christian : Droit civil, les biens, 7^{ème} édition, Litec.
- ✓ AUBRY et RAU : Droit civil français, septième édition par Paul Esmein, tome deuxième, Librairies techniques 1961.
- ✓ AYNES Laurent et MALAURIE Philippe : Cours de droit civil, *Les biens*, 4^{ème} édition, Cujas 1998.
- ✓ BAUDRY-LACANTINERIE G. et CHAUVEAU M. : Traité théorique et pratique de droit civil, *Des biens*, troisième édition, Sirey 1905.
- ✓ CARON Christophe et LECUYER Hervé : *Le droit des biens*, connaissance du droit, Dalloz, 2002.
- ✓ CHABAS François, MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et MAZEAUD Jean : Leçons de droit civil, tome deuxième, *Les biens*, 8^{ème} édition, Montchrestien.
- ✓ DEMOLOMBE C. : Traité de la distinction des biens, tome premier, quatrième édition, Paris 1870.
- ✓ GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles et FABRE-MAGNAN Muriel : Traité de droit civil, introduction générale, 4^{ème} édition, LGDJ.
- ✓ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent : Cours de droit civil, *Les biens*, 4^{ème} édition, Cujas 1998.
- ✓ MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre : Les biens, édition par Patrice Jourdain, Dalloz 1995.
- ✓ MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Introduction à l'étude du droit, 11^{ème} édition, Montchrestien.
- ✓ MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil, tome deuxième, *Les biens*, 8^{ème} édition, Montchrestien.
- ✓ PATAULT Anne-Marie : Introduction historique au droit des biens, Puf.

- ✓ PLANIOL et RIPERT Georges : Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, L.G.D.J. 1926.
- ✓ RAYNAUD Pierre et MARTY Gabriel : Les biens, édition par Patrice Jourdain, Dalloz 1995.
- ✓ SIMLER Philippe et TERRE François : Droit civil, *Les biens*, 5^{ème} édition Dalloz 1998 et 6^{ème} édition Dalloz 2002.
- ✓ STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent : Introduction au droit, 4^{ème} édition, Litec.
- ✓ TERRE François : Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6^{ème} édition.

12- Ouvrages relatifs à la propriété intellectuelle

- ✓ BERTRAND André : Le Droit d'auteur et les droits voisins, Dalloz, 2^{ème} édition, 1999.
- ✓ BERTRAND André : La musique et le droit de Bach à Internet, Litec, 2002.
- ✓ BIGOT Christophe : Droit de la création publicitaire, L.G.D.J.
- ✓ BURST Jean-Jacques et CHAVANNE Albert : Droit de la propriété industrielle, précis Dalloz, 5^{ème} édition, 1998.
- ✓ BUYDENS Mireille : Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire, éditions Larcier 1999.
- ✓ CHAVANNE Albert et BURST Jean-Jacques : Droit de la propriété industrielle, précis Dalloz, 5^{ème} édition, 1998.
- ✓ COHEN Denis : Le droit des dessins et modèles, Economica.
- ✓ Collectif : Le droit d'auteur aujourd'hui, édité par Isabelle de Lamberterie, Editions du CNRS 1999.
- ✓ Collectif : Les créations immatérielles et le droit, sous la direction de Michel Vivant, Ellipses 1997, collection *Le droit en questions*.
- ✓ COLOMBET Claude : Propriété littéraire et artistique et droits voisins, précis Dalloz, 9^{ème} édition.
- ✓ DESBOIS Henri : Le droit d'auteur en France, 3^{ème} édition, Dalloz, 1978.
- ✓ FRANÇON André : Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Les cours de droit, Litec, 1999.
- ✓ FORGERON Jean-François (dir.) : Le logiciel et le droit, mémento-guide Alain Bensoussan, éditions Hermès, Paris 1994.

- ✓ FOYER Jean et VIVANT Michel : Le Droit des brevets, Puf, collection Thémis.
- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : Propriété littéraire et artistique, 3^{ème} édition, Puf, collection Droit fondamental.
- ✓ GREFFE Pierre et GREFFE François : Traité des dessins et des modèles, quatrième édition, Litec 1988.
- ✓ IPPOLITO Benjamin, DE JUGLART Michel : Cours de droit commercial, premier volume, onzième édition, Montchrestien.
- ✓ JUGLART DE Michel, IPPOLITO Benjamin : Cours de droit commercial, premier volume, onzième édition, Montchrestien.
- ✓ LE TARNEC Alain : Manuel juridique et pratique de la propriété littéraire et artistique, Dalloz 1956.
- ✓ LE TOURNEAU Philippe : Le parasitisme, Litec, 1998.
- ✓ LUCAS André et LUCAS Henri-Jacques : Traité de la propriété littéraire et artistique, 2^{ème} édition, Litec 2001.
- ✓ LUCAS André : Propriété littéraire et artistique, 3^{ème} édition, Dalloz connaissance du droit, 2004.
- ✓ MARCELLIN Yves : Le Droit français de la propriété intellectuelle, CEDAT 1999.
- ✓ MATHELY Paul : Le nouveau droit français des brevets d'invention, éditions du JNA, Paris 1991.
- ✓ PARIS Thomas : Le droit d'auteur : l'idéologie et le système, Puf, collection Sciences sociales et sociétés.
- ✓ PIERRE Jean-Luc et SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna : Droit de la propriété industrielle, Litec, 2^{ème} édition, 2001.
- ✓ PLAISANT Robert : Le droit des auteurs et des artistes exécutants, éditions J. Delmas & Cie.
- ✓ POLLAUD-DULIAN Frédéric : Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, coll. Domat Droit privé.
- ✓ POUILLET Eugène : Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, 3^{ème} édition, Paris, 1908.
- ✓ RIPERT Georges, ROBLOT René : Traité de droit commercial, tome 1, 17^{ème} édition par Louis Vogel et Michel Germain, L.G.D.J.
- ✓ ROBLOT René, RIPERT Georges : Traité de droit commercial, tome 1, 17^{ème} édition par Louis Vogel et Michel Germain, L.G.D.J.
- ✓ ROUBIER Paul : Le droit de la propriété industrielle, 2 tomes, Sirey, 1954.

- ✓ SCHMIDT-SZALEWSKI Johanna : Droit de la propriété industrielle, 3^{ème} édition, Mémento Dalloz.
- ✓ SCHMIDT-SZALEWSKI Johanna et PIERRE Jean-Luc : Droit de la propriété industrielle, 2^{ème} édition, Litec.
- ✓ THOMAS Stéphane : Droit d'auteur et dévolution successorale, mémoire de DEA, Strasbourg, 2002.
- ✓ VIVANT Michel et FOYER Jean : Le Droit des brevets, PUF, collection Thémis.
- ✓ VIVANT Michel : Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999.
- ✓ VIVANT Michel : Le droit des brevets, 2^{ème} édition, Dalloz connaissance du droit 2005.

13- Ouvrages divers

- ✓ ARISTOTE : Ethique de Nicomaque, traduction Jean Voilquin, GF-Flammarion.
- ✓ ARISTOTE : Métaphysique, traduction de J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin.
- ✓ BERGSON Henri : La pensée et le mouvant, Quadrige / Presses Universitaires de France.
- ✓ BIRNBAUM Pierre et LECA Jean (dir.) : Sur l'individualisme, *Théories et méthodes*, presses de la fondation nationale des sciences politiques.
- ✓ BOURDIEU Pierre : Méditations pascaliennes, éditions du seuil, collection points, essais.
- ✓ BRAUDEL Fernand : La dynamique du capitalisme, Flammarion, collection champs.
- ✓ CAMUS Albert : Le mythe de Sisyphe, folio.
- ✓ COMTE-SPONVILLE André : Dictionnaire philosophique, Puf, perspectives critiques.
- ✓ CORCUFF Philippe : La question individualiste, Le bord de l'eau éditions, collection « Jaune & Noir ».
- ✓ DURKHEIM Emile : Leçons de sociologie, Puf Quadrige.
- ✓ ECO Umberto : Kant et l'ornithorynque, Grasset.
- ✓ HEGEL Georg Wilhelm Friedrich : Principes de la philosophie du droit, 1820, traduction André Kaan, Gallimard.
- ✓ HENAFF Marcel : « Le prix de la Vérité. Le don, l'argent, la philosophie », Seuil, collection « la couleur des idées ».
- ✓ KANT Emmanuel : Critique de la raison pure, 1781, traduction de Jules Barni revue par P. Archambault, GF-Flammarion.

- ✓ KANT Emmanuel : Critique de la faculté de juger, Traduction Alain Renaut, GF-Flammarion.
- ✓ KANT Emmanuel : Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit, traduction A. Philonenko, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 5^{ème} édition, 1993.
- ✓ LALANDE André : Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Puf.
- ✓ MORIN Edgar : La méthode, éditions du seuil, collection points, essais.
- ✓ LOCKE John : Identité et différence, Essai sur l'entendement humain, 1694, édition bilingue, traduction Etienne Balibar, Seuil, collection points, essais.
- ✓ MOULIN Raymonde : De la valeur de l'art, Flammarion.
- ✓ MOULIN Raymonde : Le marché de l'art, mondialisation et nouvelles technologies, Flammarion, 2000, collection dominos.
- ✓ REALE Miguel : Expérience et culture, fondement d'une théorie générale de l'expérience, Bibliothèque de philosophie comparée, Editions Bière.
- ✓ SCRIBANO Emanuela : La nature du sujet. Le doute et la conscience, in Descartes et la conscience du sujet, ouvrage coordonné par Kim Ong-Van-Cung , Puf.
- ✓ SORIN-TITUS, VASSILIE-LEMENY : Pour une philosophie du sens et de la valeur, Bibliothèque de philosophie comparée, Editions Bière.
- ✓ SPINOZA Benoît : Ethique, traduction Bernard Pautrat, Seuil, collection points, essais.
- ✓ STIRNER Max : L'Unique et sa propriété, 1844, traduction Henri Lasvignes, éditions La Table Ronde.
- ✓ TAYLOR Charles : Les sources du moi, la formation de l'identité moderne, Seuil, collection « *La couleur des idées* ».
- ✓ VERGARA Francisco : Les fondements philosophiques du libéralisme, éditions la découverte.

2- Thèses, monographies et ouvrages spécialisés

- ✓ ADDA Pierre : Théorie générale des droits voisins, thèse, Grenoble, 1979.
- ✓ ALMA-DELETTRE Sophie : Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles, thèse, Montpellier, 1999.
- ✓ ATIAS Christian : Philosophie du droit, Puf.
- ✓ BELLOIR Philippe : Le délit pénal de contrefaçon d'œuvres logicielles et multimédias, thèse, Rennes I, 1999.

- ✓ BENABOU Valérie-Laure et VARET Vincent : La codification de la propriété intellectuelle, La Documentation française (Coll. Perspectives sur la justice), 1998.
- ✓ BERGÉ Jean-Sylvestre : La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle, thèse, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, tome 266.
- ✓ BERNAULT Carine : La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, thèse, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, tome 396.
- ✓ BOCHURBERG Lionel : Le droit de citation : propriété littéraire et artistique, droits voisins et droit des marques, étude de droit comparé : œuvres littéraires... artistiques... banques de données, logiciels, jeux vidéo, Masson, 1994.
- ✓ CARBONNIER Jean : Flexible Droit, pour une sociologie du Droit sans rigueur, 10^{ème} édition, L.G.D.J.
- ✓ CARBONNIER Jean : Sociologie juridique, Quadrige / Presses Universitaires de France.
- ✓ CARREAU Caroline : Mérite et droit d'auteur, thèse Paris, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, 1981, tome 167.
- ✓ CASALONGA Alain : La Notion de Brevetabilité considérée sous l'angle du concept de cause en Droit civil, thèse Paris, Dalloz 1938.
- ✓ CASTETS Céline : Notions à contenu variable et droit d'auteur, thèse Paris XI, 2001.
- ✓ CHERPILLOD Ivan : L'objet du droit d'auteur, thèse, Lausanne, publication Cedidac-Litec, 1985.
- ✓ COLOMBET Claude : Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé, 2^{ème} édition, Litec 1992.
- ✓ DEBET Anne : L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil, thèse, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz 2002.
- ✓ DEMOGUE René : Les notions fondamentales du droit privé, 1911, réimpression 2001, éditions la mémoire du droit.
- ✓ DENOIX DE SAINT MARC Stéphanie : Le contrat de commande en droit d'auteur français, thèse, Litec, publication de l'I.R.P.I. tome 19.
- ✓ DESURMONT Thierry : L'incidence des droits d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français, thèse, Paris II, 1974.
- ✓ DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean, LUCAS André : Droit de l'informatique et de l'Internet, Puf, Thémis droit privé, 2001.
- ✓ DOCK Marie-Claude : Etude sur le droit d'auteur, contribution historique, thèse, LG.D.J. Bibliothèque d'histoire du droit et de droit romain, tome VIII, 1963.
- ✓ EDELMAN Bernard : Le droit saisi par la photographie (éléments pour une théorie marxiste du droit), François Maspero 1973.

- ✓ EDELMAN Bernard : La personne en danger, Puf, 1999.
- ✓ EDELMAN Bernard : L'adieu aux arts, 1926 : l'affaire Brancusi, éd. Alto Aubier.
- ✓ EICHENBAUM-VOLINE Alexis : Le statut des idées en droit des créations immatérielles, thèse, Paris II, 2003
- ✓ FRAYSSINET Jean, DEVEZE Jean, LUCAS André : Droit de l'informatique et de l'Internet, Puf, Thémis droit privé, 2001.
- ✓ GAUBIAC Yves : La théorie de l'unité de l'art, thèse, Paris II, 1980.
- ✓ GAVIN Gérard : Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises, thèse, Dalloz, Essais et travaux, 1960.
- ✓ GERARD Philippe, OST François, van de KERCHOVE Michel (dir.) : Images et usages de la nature en droit, publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993.
- ✓ GERVAIS Daniel : La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé, thèse, Nantes, 1996.
- ✓ GINOSSAR S. : Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J. 1960.
- ✓ GOUNOT Emmanuel : Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912.
- ✓ GOURDIN-LAMBLIN Anne-Sophie : Le régime juridique du brevet dans l'Union européenne, Tec et Doc, 2003.
- ✓ GUTMAN Daniel : Le sentiment d'identité, thèse, Paris II, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, tome 327.
- ✓ GREFFE Pierre et GREFFE François : La publicité et la loi en droit français, Union européenne et Suisse, 8^{ème} édition, Litec, 1995.
- ✓ HANS Sylvie : L'originalité au sens droit d'auteur : contribution à l'étude de la notion, thèse, Paris I, 1991.
- ✓ HUGUET André : L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, thèse, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, tome 30, 1962.
- ✓ HUMBLLOT Benoît : Etude du droit des marques au regard de la linguistique, thèse, Montpellier I, 2000.
- ✓ KELSEN Hans : Théorie pure du droit, traduction française de la 2^{ème} édition de la Reine Rechtslehre par Charles Eiseemann, Bruylant / L.G.D.J., collection la pensée juridique.
- ✓ LALIGANT Olivier : La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français, thèse, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, 01983, tome 176.
- ✓ LASZLO-FENOUILLET Dominique : La conscience, thèse, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, tome 235.

- ✓ LINDON Raymond : Dictionnaire juridique, les droits de la personnalité, Dalloz, 1983.
- ✓ LUCAS André : La protection des créations industrielles abstraites, Litec 1975.
- ✓ LUCAS André, DEVEZE Jean, FRAYSSINET Jean : Droit de l'informatique et de l'Internet, Puf, Thémis droit privé, 2001.
- ✓ MAFFRE-BAUGE Agnès : L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur, thèse Montpellier I, 1997.
- ✓ MALLET-POUJOL Nathalie : Commercialisation des banques de données, CNRS éditions 1993.
- ✓ MOINE Isabelle : Les choses hors commerce, approche juridique de la personne humaine, thèse, L.G.D.J. bibliothèque de droit privé, tome 271.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc : Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention, Imprimerie J. Reschly, Montpellier 1960.
- ✓ NEIRAC-DELEBECQUE Claire : Le lien entre l'auteur et son œuvre, thèse Montpellier I, 1999.
- ✓ NGUYEN DUC LONG Christine : La numérisation des œuvres, aspects de droits d'auteur et de droits voisins, thèse, Litec, publication de l'I.R.P.I. tome 21.
- ✓ PARANCE Béatrice : La possession des biens incorporels, thèse Paris I, 2003.
- ✓ PARENT Emmanuelle : Le droit d'auteur sur les créations publicitaires, Eyrolles, 1989.
- ✓ PARIS Thomas : Le droit d'auteur, l'idéologie et le système, Puf 2002.
- ✓ PELISSIER Anne : Possession et meubles incorporels, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001.
- ✓ PERRET François : L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles, essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle, thèse, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie 1974.
- ✓ PIERRAT Emmanuel : Le droit du livre, Editions du cercle de la librairie, 2000.
- ✓ POILLOT Sylvaine : Essai d'analyse des relations juridiques en matière de propriété littéraire, artistique et industrielle, thèse, Paris II, 1986.
- ✓ POLLAUD-DULIAN Frédéric : La brevetabilité des inventions, étude comparative France / OEB, IRPI, Litec 1997.
- ✓ POTANBISSI Désirée : Etude des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins dans la directive CE n°2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, mémoire de DEA, Strasbourg 2002.
- ✓ POURQUIER Catherine : propriété et perpétuité, essai sur la durée du droit de propriété, thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

- ✓ RABANT Thomas : La notion d'œuvre de l'esprit, thèse, Paris II, 2000.
- ✓ RAYNARD Jacques : Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur, thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1990.
- ✓ RECHT Pierre : Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, L.G.D.J. 1968.
- ✓ REGIMBAUD M. : Des rapports de l'idée inventive et des inventions brevetables dans les différentes législations, thèse, Librairie Arthur Rousseau, Paris 1924.
- ✓ REVET Thierry : La force de travail, thèse, Litec 1992.
- ✓ RIPERT Georges : Aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J. 1946.
- ✓ ROUBIER Paul : Droits subjectifs et situation juridiques, Dalloz, 1963.
- ✓ SAVATIER René : Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice, L.G.D.J. 1953.
- ✓ SAVATIER René : Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, troisième série, approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz 1959.
- ✓ SAVATIER René : La théorie des obligations, vision juridique et économique, Dalloz, 1967.
- ✓ SCHMIDT Joanna : L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968, thèse, CEIPI, Litec 1972.
- ✓ SIRINELLI Pierre : Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, thèse, Paris II, 1985.
- ✓ STROMHOLM Stig : Le droit moral de l'auteur [en droit allemand, français et scandinave](#) avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé, [P.A. Norstedt och söner](#) Stockholm 1966.
- ✓ STROWEL Alain : Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, étude de droit comparé, L.G.D.J. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 1993.
- ✓ STRUBEL Xavier : La protection des œuvres scientifiques en droit français, CNRS éditions.
- ✓ TERRE François : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse, L.G.D.J. 1956.
- ✓ TOUBOL Frédérique : Le logiciel, analyse juridique, FEDUCI-L.G.D.J., 1986.
- ✓ ZATTARA Anne-Françoise : La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, thèse, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé tome 335.

3- Articles de doctrine

- ✓ AMATO Salvatore : « Rien qui soit » : Présences juridiques de l'immatériel, Arch. phil. droit 1999, n°43 p.45.
- ✓ AMBLARD Philippe : Copyleft : une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open Source ?, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=87 et <http://209.41.39.163/hypermietzsche/47687b.htm>.
- ✓ ARNAUD Emmanuel : Le droit de suite toujours en quête d'identité, Gaz. Pal. 6 mai 1997 Doctr. p.737.
- ✓ ARNAUD Emmanuel : L'influence du droit de divulgation sur la définition de l'œuvre d'art et sur les limites du droit de propriété, Gaz. Pal. 4 septembre 1997, Doctr. p.1079.
- ✓ ATIAS Christian : Destins du droit de propriété, Droits 1985, 1, p.5.
- ✓ ATIAS Christian : Editorial en forme d'abrégé philosophique et juridique (n'engageant que son auteur), R.R.J. 1987-1 p.9.
- ✓ AZZOPPARD Sandrine : La propriété intellectuelle aux Etats-Unis : Le copyright, LPA 25 septembre 2001 p.4.
- ✓ BADINTER Robert : Le droit de l'artiste sur son interprétation, J.C.P. 1964, I, 1844.
- ✓ BATIFFOL Henri : Problèmes contemporains de la notion de biens, Arch. Phil. Droit, Les biens et les choses, p.9.
- ✓ BAUCLAIR André : Beaumarchais et le droit d'auteur, Gaz. Pal. 1976, 2, doct. p. 512.
- ✓ BEAUMONT Michel, de : Brèves observations sur la brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales, Propriété industrielle octobre 2002, chron. n°10 p.13.
- ✓ BÉCOURT Daniel : Le rôle social du créateur, L.P.A. 1^{er} mars 2001 n° 43 p. 4.
- ✓ BÉCOURT Daniel : Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, LPA n°123 et 124 des 11 et 14 octobre 1996, respectivement p.4 et p.10.
- ✓ BELLINI Elisabetta : Moral right et droit moral : une question de paradigmes, RIDA n°204 avril 2005, p.2.
- ✓ BENABOU Valérie-Laure : La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : Valse à trois temps avec l'acquis communautaire, Europe août-septembre 2001, chron. n°7, p.3.
- ✓ BENABOU Valérie-Laure : Puiser à la source du droit d'auteur, RIDA avril 2002, n°192, p.3.
- ✓ BENABOU Valérie-Laure : Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle, RLDI janvier 2005, p.53.

- ✓ BERGÉ Jean-Sylvestre : Propriété littéraire et artistique, nature du droit d'auteur, objet matériel, in J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1130, 2001.
- ✓ BERNAULT Carine : La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction, D. 2003, chron. p.957.
- ✓ BERGMANS Bernhard : Les droits intellectuels face à la nature, in Images et usages de la nature en droit, publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 1993, p.341.
- ✓ BERGUIG Matthieu : L'émulation et la contrefaçon des ludiciels, Comm. com. électr. juin 2003, chron. n°16, p.18.
- ✓ BICTIN Nicolas : Le capital intellectuel, Comm. comm. électr. septembre 2002, études, n°32, p.19.
- ✓ BILLIAU Marc : Contrefaçon, propriété et responsabilité, Comm. comm. électr. 2005, étude n°29.
- ✓ BITAN Hubert : Réflexions sur le critère de l'originalité en matière de logiciel et de bases de données, Gaz. Pal. 24 juillet 1999, doctrine p. 1076.
- ✓ BLANLUET Gauthier : Brèves réflexions sur la propriété économique, Droit & patrimoine mars 2001, p.80.
- ✓ BONNEAU Jacques : La loi du 4 novembre 1987 relative à la protection des topographies de produits semi-conducteurs, Une nouvelle philosophie de la propriété intellectuelle, Gaz. Pal. 1991, 1, doct. p.15.
- ✓ BONNEFONT Antoine : Parasitisme et concurrence déloyale : il faut garder le cap, Contrats, Concurrence, Consommation mars 2001 p.4.
- ✓ BONNET Vincent : La durée de la propriété, R.R.J. 2002-1, p.273.
- ✓ BOUFFANDEAU C. et POLAK C. : Les droits d'auteur en France, au Japon et aux Etats-Unis, étude comparative, R.R.J. 1981 p. 28.
- ✓ BOUTET Marcel : Le droit d'auteur et les droits dérivés, mélanges Plaisant p. 219.
- ✓ BRAHMI Adel : La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ?, L.P.A. 19 février 2002, n°36, p.4.
- ✓ BRANLARD Jean-Paul : La propriété intellectuelle et les œuvres éphémères, Gaz. Pal. du 16 au 17 février 2000, doctrine.
- ✓ BREUKER Laurence : Le support de création et le support de commercialisation de l'œuvre, Comm. com. électr. janvier 2003, Chron. n°2 p.13.
- ✓ BRESÉ Pierre : Brevetabilité des logiciels : un débat d'experts aboutissant à la confrontation entre deux modèles politico-économiques, RLDI janvier 2005, p.11.

- ✓ BRITTAN Gordon G. Jr. : Systématique et objectivité, Archives de philosophie octobre-décembre 2000, tome 63 cahier 4, p.583.
- ✓ BROSSARD Christian et DURNERIN Philippe : L'absence de protection des idées par le droit d'auteur, Gaz. Pal. 1988, I, doctrine p.69.
- ✓ BRUGIERE Jean-Michel : L'immatériel à la trappe ?, D.2006, point de vue, p.2804.
- ✓ BURST Jean-Jacques : Le rôle de la volonté dans la licence de droit du brevet d'invention, in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études offertes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, 2000, p. 157.
- ✓ CABRILLAC Rémy : Le symbolisme des codes, mélanges Terré p. 211.
- ✓ CARBONNIER Jean : « Date lilia », in écrits en hommage à Gérard Cornu p.71, republié in Flexible Droit, L.G.D.J., 10^{ème} édition, p.52.
- ✓ CARREAU Caroline : Mérite et droit d'auteur, RIDA n°109 juillet 1981, p.3.
- ✓ CARON Christophe : La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ?, Comm. comm. électr. octobre 1999 chron. 1 p.9.
- ✓ CARON Christophe : Réflexions sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel, RIDA avril 2000, p.3.
- ✓ CARON Christophe : La loi du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de communication et la propriété intellectuelle, Comm. comm. électr. octobre 2000, chron. n°18.
- ✓ CARON Christophe et RANOUIL Véronique : Propriété, éléments, caractères, limitation, propriété apparente, in J.-Cl. civil, art. 544, fasc. 10, 2001.
- ✓ CARON Christophe : L'Europe timide des brevets de logiciels, Propriété industrielle novembre 2002, chron. n°11 p.9.
- ✓ CARON Christophe : Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, chron. p.1556.
- ✓ CARON Christophe : Le droit d'auteur libanais : entre copyright et conception personnaliste, Comm. comm. électr. juillet – août 2003, chron. 17 p.10.
- ✓ CARON Christophe : La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JCP 2006, I, 169.
- ✓ CASALONGA Axel : La protection des inventions dans le domaine du logiciel en Europe, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec. 1997, p.85.
- ✓ CASSIN René : L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit, in mélanges Marcel Plaisant, Sirey, 1960, p.225.
- ✓ CASTETS-RENARD Céline : La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006, D. aff. Septembre 2006 p.2157.

- ✓ CATALA Pierre : La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTD Civ. 1966, p.185.
- ✓ CATALA Pierre : Ebauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984, chron. p.97.
- ✓ CATALA Pierre : La matière et l'énergie, in mélanges Terré p. 557.
- ✓ CATALA Pierre : Au-delà du droit d'auteur, in mélanges Foyer p.215.
- ✓ CATALA Pierre : L'évolution contemporaine du droit des biens, exposé de synthèse, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, troisièmes journées René Savatier, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, Puf 1991, p.181.
- ✓ CATALA Pierre : L'immatériel et la propriété, Arch. phil. droit 1999 n°43, p.61.
- ✓ CHATEAU Benoît : L'évolution de la propriété littéraire et artistique, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, troisièmes journées René Savatier, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, Puf 1991, p.167.
- ✓ CHAVRIER Maurice : L'activité inventive dans les brevets d'invention, in mélanges en l'honneur du professeur Paul Roubier, Dalloz & Sirey 1961, p.387.
- ✓ COHEN Dany : Art, public et marché, Arch. phil. droit 1995 n°40 p.220.
- ✓ COHEN Dany : La liberté de créer, in « Libertés et droits fondamentaux » sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Dalloz, 6^{ème} édition 2000.
- ✓ CORNU Marie : L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres, réflexions sur la longévité de certains biens, RTD Civ. 2000 p.697.
- ✓ CORNU Marie : Droit d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public, D. aff. Septembre 2006 p.2185.
- ✓ CORONE François et VEYSSIERE Laurence : Publicité et musique. De l'œuvre préexistante à l'œuvre de commande : une note sur des accords majeurs, D. affaires 1998 p. 131.
- ✓ COLOMBET Claude : L'évolution de la jurisprudence sur la protection des titres d'œuvres de l'esprit par la loi du 11 mars 1957, in mélanges Chavanne, Litec, p.213.
- ✓ COULOMBEL P. : Force et but dans le droit selon la pensée de Ihering, RTD Civ. 1997, p.609.
- ✓ CREVEL Samuel : Succession des œuvres de l'esprit, Droit et patrimoine mai 2003 p.88.
- ✓ DAVERAT Xavier : L'impuissance et la gloire, Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes, D. 1991, chron. p.93.
- ✓ DAVERAT Xavier : Libres propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques, JCP 1995, I, 3827.
- ✓ DAVERAT Xavier : Vivre ! Sur le copyright, l'exception culturelle et quelques autres choses de la vie (et) du droit, Etude à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p.403.

- ✓ DAVERAT Xavier : Un « désœuvrement » audiovisuel, Comm. comm. électr. mars 2005, études n°12 p.15.
- ✓ DEBRAY Régis : Dématérialisation et désacralisation : le livre comme objet symbolique, Le Débat n°86, p.22.
- ✓ DE CANDE Patrice : Est-il licite de créer une compatibilité entre produits non protégés par un droit de propriété intellectuelle ? J.C.P. éd. E. 1999 p. 1667.
- ✓ DELFOSSE Alain : Le patrimoine en mutation, allocution au 96^{ème} congrès des notaires de France, Droit & patrimoine juillet-août 2000, p.18.
- ✓ DESBOIS Henri : La photographie et le droit d'auteur, D. 1960 chron. p. 35.
- ✓ DESBOIS Henri : Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté, in Problèmes de droit contemporain, mélanges Louis Baudoin, Presses universitaires de Montréal, 1974, p.79.
- ✓ DESJEUX Xavier : La protection des idées en droit positif, Gaz. Pal. 1992, II, doct. p.971.
- ✓ DESJEUX Xavier : La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique, Gaz. Pal. 1992, II, doct. p.973.
- ✓ DESJEUX Xavier : Le droit d'auteur et les agissements parasitaires, Gaz. Pal. 1992, II, doct. p.976.
- ✓ DE PASSEMAR Bernard : Le rôle de la propriété industrielle dans la stratégie de l'entreprise, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, p.427.
- ✓ DEVESA Philippe : De la nature juridique de la licence de savoir-faire, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.137.
- ✓ DIDIER Jean-Pierre : La courte citation d'œuvre d'art en droit d'auteur, D. 1985, chron. p.39.
- ✓ DIDIER Paul : Les biens négociables, in Aspects actuels du droit des affaires, mélanges Yves Guyon, Dalloz 2003, p.327.
- ✓ DREYER Emmanuel : Contrefaçon, éléments constitutifs, in J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1610, 2000.
- ✓ DREYER Emmanuel : Contrefaçon, moyens de défense, in J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1611, 2000.
- ✓ DUCREY Gérard et LANCRENON Thibault : Dessine-moi une maison !, Gaz. Pal. 2000, doct. p.2231.
- ✓ DUPUY René-Jean : Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité, Droits 1985, 1, p.63.

- ✓ DUPUY-BUSSON Séverine : Qui est l'auteur d'une œuvre cinématographique ?, JCP 2004, I, 100.
- ✓ DUPUY-BUSSON Séverine : Les imprécisions de la définition de l'œuvre audiovisuelle, JCP 2004, I, 144.
- ✓ DURRANDE Sylviane : Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale, D. 1984, chron. p.187.
- ✓ DURRANDE Sylviane : Les « héritiers » du droit au respect, D. 1989, chron. p.190.
- ✓ DURRANDE Sylviane : L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal, D. 1999, chron. p.319.
- ✓ DURNERIN Philippe et BROSSARD Christian : L'absence de protection des idées par le droit d'auteur, Gaz. Pal. 1988, I, doctrine p.69.
- ✓ EDELMAN Bernard : De la nature des œuvres d'art d'après la jurisprudence, D. 1969 chron. p. 62.
- ✓ EDELMAN Bernard : Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique, esquisse d'une théorie du sujet, D. 1970 chron. P. 197.
- ✓ EDELMAN Bernard : La main et l'esprit, D. 1980 chron. p.43.
- ✓ EDELMAN Bernard : Vers une approche juridique du vivant, D. 1980 chron. p. 329.
- ✓ EDELMAN Bernard : Le droit moral dans les œuvres artistiques, D. 1982 chron. p. 263.
- ✓ EDELMAN Bernard : Création et banalité, D. 1983, chron. p. 73.
- ✓ EDELMAN Bernard : Commentaire de la loi n°85-660 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, ALD 1986 p.15, 95, 149, 175, et ALD 1987 p.1 et p.29.
- ✓ EDELMAN Bernard : Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit D. 1990 chron. p.297.
- ✓ EDELMAN Bernard : La rue et le droit d'auteur, D. 1990 chron. p 91.
- ✓ EDELMAN Bernard : L'œil du droit, in Image et usages de la nature en droit, publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1993, p.377.
- ✓ EDELMAN Bernard : L'œuvre multimédia, un essai de qualification, D. 1995 chron. p.109.
- ✓ EDELMAN Bernard : Enquête sur le droit moral des artistes-interprètes, D. 1999 chron. p. 240.
- ✓ EDELMAN Bernard : Les bases de données ou le triomphe des droits voisins, D. 2000, chron. p. 89.
- ✓ EDELMAN Bernard : De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly, D. 2000 chron. p.98.

- ✓ EDELMAN Bernard : Propriété littéraire et artistique, nature du droit d'auteur, principes généraux, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1112, 2001.
- ✓ EDELMAN Bernard : « Quatre pattes, oui ; deux pattes, non », *Loft Story – une nouvelle fonction-auteur*, D. 2001, chron. p.2763.
- ✓ EDELMAN Bernard : Œuvres et objets-symboles : entre les morts et les vivants, D. 2002, chron. p.2036.
- ✓ EDELMAN Bernard : L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes, même ! (sur l'arrêt de la Cour de cassation du 5 février 2002), D.2003, chron. p.436.
- ✓ EDELMAN Bernard : Le déclin du droit d'auteur dans le marché de la culture, interview par Monique Linglet, Expertises mai 2003, p.170.
- ✓ EDELMAN Bernard : De la propriété-personne à la valeur-désir, D. 2004, chron. p.155.
- ✓ EMINESCU Yolanda : Le droit des propriétés industrielles en l'an 2000, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.149.
- ✓ FABRE-MAGNAN Muriel : Propriété, patrimoine et lien social, RTD Civ. 1997, p.583.
- ✓ FERAL-SCHUHL Christiane : La mise en œuvre de l'exception de copie privée dans l'environnement numérique, RLDI, supplément au numéro d'octobre 2006, p.25.
- ✓ FERNAY Roger : Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur, quelques réflexions sur le passé le présent et l'avenir, RIDA n°109 juillet 1981 p.139.
- ✓ FOLLIARD-MONGUIRAL Arnaud : La protection des formes par la marque communautaire, Propriété industrielle, février 2003, chron. n°3 p.9.
- ✓ FOLSOM Ralph H. : Droit de la propriété intellectuelle et industrielle, in La pratique des affaires aux Etats unis, ouvrage collectif, Dalloz, p.143.
- ✓ FOREST David : Les critères de la contrefaçon, fonctionnalités, présentation, legalis.net 2003-4 p.87.
- ✓ FOREST David : A l'assaut du droit d'auteur, panorama de quelques idéologies contemporaines, Expertises janvier 2005 p.15.
- ✓ FRANCESCHELLI Remo : Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur, Mélanges Paul Roubier, Dalloz et Sirey, 1961, p.453.
- ✓ FRANÇON André : La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, p.55.
- ✓ FRANÇON André : Le droit d'auteur au delà des frontières : un comparaison des conceptions civilistes et de common law, RIDA n°148 juillet 1991, p.3.
- ✓ FRANÇON André : Les sanctions pénales de la violation du droit moral, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.171.

- ✓ FRANÇON André : Le droit au respect et les œuvres audiovisuelles, in mélanges Chavanne, Litec p.233.
- ✓ FRANÇON André : Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen, Comm. comm. électr. 2000, chron. n°15.
- ✓ FRION Jean-Jacques : Présentation d'une approche renouvelée de l'agissement parasitaire : le critère de la valeur ajoutée substitué à celui de l'investissement, Contr. Conc. Conso. Juillet 2002, chron. n°15 p.7.
- ✓ GALLOUX Jean-Christophe : Le droit des brevets en fin de XXème siècle : éclatement ou recomposition ?, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, p.207.
- ✓ GALLOUX Jean-Christophe : Le droit de brevet à l'aube du 3^{ème} millénaire, J.C.P. 2000, I, 195.
- ✓ GARDIES J.-L. : La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant, Arch. phil. droit tome 24, p. 139.
- ✓ GARNIER Emmanuelle : La protection juridique des créations du design, RIDA avril 2004, p.3.
- ✓ GAUDEL Denise : Comment acquérir légalement une œuvre illicite, in mélanges Gavalda, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001, p.111.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit, in mélanges Françon, Dalloz 1995 p. 195.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées, notion d'œuvre, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1134, 1995.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Brèves réflexions sur le régime de l'œuvre multimédia, RTD Com. 2000, p.99.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Forme numérique et propriété intellectuelle, RTD Com. 2000 p.917 et 2001 p.96.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Du logiciel support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée, RTD Com. 2001 p.890, 1^{ère} partie.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Du logiciel support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée, RTD Com. 2002 p.55, 2^{ème} partie.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information », 1^{ère} partie, RTD Com. 2003 p.87.
- ✓ GAUDRAT Philippe : Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information », 2^{ème} partie, l'inversion du paradigme propriétaire, RTD Com. 2003 p.285.
- ✓ GAUMONT-PRAT Hélène : Les inventions biotechnologiques d'origine humaine et le brevet, Propriété industrielle novembre 2002, chron. n°12 p.13.

- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien, D. 1988, chron. p.152.
- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques, D.1990, chron. p.130.
- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en Droit français, RIDC 1994 p. 507.
- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : L'art et le droit naturel, in Droit et esthétique, Arch. phil. droit. 40, 1995, p.207.
- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : Contre Bentham : l'inutile et le droit, RTD Civ. 1995, p. 797.
- ✓ GEIGER Christophe : La transposition du test des trois étapes en droit français, D. aff. Septembre 2006 p.2164.
- ✓ GELLER Paul Edward : Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur : la richesse sémiotique, RIDA janvier 1994, n°159 p.3.
- ✓ GENDREAU Antoine : Création et abus de droit, Droit et patrimoine, juin 2000 p.51.
- ✓ GERMAIN Michel : Sociologie de la dématérialisation, Arch. phil. droit. 1997, L'argent et le droit, p.105.
- ✓ GERVAIS Daniel : Le droit d'auteur au Canada : Le point après CCH, RIDA n°203, janvier 2005, p.3.
- ✓ GHIRARDI Olsen A. : L'origine du concept pratique (théorie du concept inachevé), R.R.J. 1985-1 p. 175.
- ✓ GINSBURG Jane C. : Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé, in mélanges Françon, p.245.
- ✓ GIRAUD Pierre : Herméneutique, interprétation et vérité, l'advenir de l'œuvre musicale, R.R.J. 2001, 1, p.427.
- ✓ GITTON Antoine : La copie privée en perspective, Gaz. Pal. 20-22 janvier 2002, p.3.
- ✓ GREFFE François : Invention brevetable et modèle, in J.-Cl. Brevets, fasc. 4215, 2002.
- ✓ GOUTAL Jean-Louis : Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle, Prop. ind. 2003, chron. n°20.
- ✓ GUIBERT-SLEDZIEWSKI Elisabeth : L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire, in actes du colloque d'Orléans des 11-13 septembre 1986, La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ? Puf.
- ✓ GUINIER Daniel : Le système de brevet de logiciel. Moyen de protection d'une invention ou arme d'élimination ?, Expertises décembre 2002, p.421.
- ✓ GUTMANN Daniel : Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique, Arch. phil. droit. 1999, n°43, p.65.

- ✓ HAMOU Ran : Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ?, Gaz. Pal. 2000, doct. p. 2242.
- ✓ HEPP François : Le droit d'auteur « propriété incorporelle » ? , RIDA 1958, numéro spécial sur la loi du 11 mars 1957, p.161.
- ✓ HERMITTE Marie-Angèle : Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridiction, l'exemple des droits intellectuels, Arch. phil.droit 1985 p. 331.
- ✓ HOOL Max : La répression de la contrefaçon en droit communautaire, in Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Droz, Genève, 2001, p.137.
- ✓ HILTY Reto : L'avenir du droit d'auteur dans le « dilemme numérique », RLDI janvier 2005 p.49.
- ✓ HUGON Christine : Œuvres multimédia : le critère de l'interactivité consacré par la Cour de cassation, Comm. com. électr. septembre 2003, chron. 21 p13.
- ✓ HUMBLLOT Benoît : Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères « objectifs » de protection des dessins et modèles, J.C.P. éd. E. 2003, I, 902, p.990.
- ✓ HUMBLLOT Benoît : De l'indépendance du créateur en droit d'auteur, RIDA n°199 janvier 2004, p.3.
- ✓ JEANCLOS Yves : Les brevets d'invention en France à l'époque révolutionnaire : recherches sur l'objet brevetable, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997 p.19.
- ✓ JEANNOT-PAGES Ghislaine : Le risque de développement est-il bénéfique pour l'inventeur-producteur ?, Droit et patrimoine octobre 2000 p.82.
- ✓ KAMINA Pascal : De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinckx), R.R.J. 1998, p.881.
- ✓ KAYSER Pierre : Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTD Civ. 1971, p.445.
- ✓ KEREVER André : Le droit d'auteur en Europe occidentale, in Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle, Dalloz 1974, p.35.
- ✓ KEREVER André : Droits d'auteur et développements techniques, RIDA n°148 avril 1991, p.3.
- ✓ LALIGANT Olivier : La Révolution française et le droit d'auteur, R.R.J. 1989 p.343.
- ✓ LALIGANT Olivier : Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du Droit d'auteur : œuvre et réalisation, R.R.J. 1994 p. 887.
- ✓ LALIGANT Olivier : Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du Droit d'auteur : œuvre et interprétation, R.R.J. 1994 p. 897.

- ✓ LALIGANT Olivier : Des œuvres aux marches du droit d'auteur ; les œuvres perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher, R.R.J. 1992, 1, p. 99.
- ✓ LARRIEU Jacques : Idée et propriété, in Journées d'études sur l'idée, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1998, p.143.
- ✓ LATREILLE Antoine : La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête, Communication, commerce électronique mai 2000 p.14.
- ✓ LAYDU Jean-Baptiste : Un droit moral édulcoré (brèves réflexions sur la place du droit moral dans le dispositif législatif relatif à la protection juridique des logiciels, lois n°85-660 du 3 juillet 1985 et n°94-361 du 10 mai 1994), ALD 1995 p.1.
- ✓ LEFRANC David : Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions « Napster » et MP3.com »), D. 2001, chron. p.107.
- ✓ LEFRANC David : Fragments sonores et création musicale, D. 2000 chron. p. 497.
- ✓ LE FUR Anne-Valérie : L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, RTD Civ. 2004, p.429.
- ✓ LEPAGE Henri : L'analyse économique et la théorie du droit de propriété, Droits 1985, p.90.
- ✓ LE STANC Christian : Acte de contrefaçon, élément matériel, in J.-Cl. Brevets, fasc. 390, 1983.
- ✓ LE STANC Christian : Acte de contrefaçon, élément moral, in J.-Cl. Brevets, fasc. 400, 1983.
- ✓ LE STANC Christian : Acte de contrefaçon, élément légal, in J.-Cl. Brevets, fasc. 410, 1982.
- ✓ LE STANC Christian : Exclusions de brevetabilité, règles générales, in J.-Cl. Brevets, fasc. 4210, 2002.
- ✓ LE STANC Christian : Exclusions de brevetabilité, règles relatives au logiciel, in J.-Cl. Brevets, fasc. 4220, 2001.
- ✓ LE STANC Christian : Droit d'auteur et brevet sur le logiciel : conséquences, Prop. indus. janvier 2003, chron. n°2 p.15.
- ✓ LE TOURNEAU Philippe : Le parasitisme dans tous ses états, D.1993, chron. p.310.
- ✓ LE TOURNEAU Philippe : Idée et responsabilité, in Journées d'études sur l'idée, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1998, p.199.
- ✓ LE TOURNEAU Philippe : Folles idées sur les idées, Comm. comm. électr. 2001, chron. n°4 p.8.
- ✓ LE TOURNEAU Philippe : Le bon vent du parasitisme, Contrats, Concurrence consommation, janvier 2001, p.4.

- ✓ LE TOURNEAU Philippe : De la modernité du parasitisme, Gaz. Pal. 28-30 octobre 2001, p.4.
- ✓ LE TOURNEAU : Concurrence parasitaire et agissements parasitaires, J.-Cl. Concurrence-consommation, fasc. 227, 2002.
- ✓ LHUILIER Gilles : « Les œuvres d'art, *res sacrae* ? », R.R.J. 1998 p. 513.
- ✓ LIKILLIMBA Guy-Auguste : La possession *corpore alieno*, RTD Civ. 2005 p.1.
- ✓ LINANT DE BELLEFONDS Xavier : La brevetabilité du logiciel ? à revoir, Comm. comm. électr. 2001, chron. n°1.
- ✓ LINANT DE BELLEFONDS Xavier : Jeux vidéo : le logiciel gagne des points, Comm. com. électr. septembre 2003 Chron. 20 p.9.
- ✓ LINDON Raymond : L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation, J.C.P. 1970, I, 2295.
- ✓ LINDON Raymond : Du non-exercice immoral du droit moral, D. 1973, chron. p.311.
- ✓ LUCAS André : Invention et caractère industriel, in J.-Cl. Brevets, fasc. 4230, 1997.
- ✓ LUCAS-SCHLOETER Agnès : Cosette ou *le temps des illusions* : de la prétendue perpétuité du droit moral français, Droit de la famille mars 2002, chron. n°6 p.8.
- ✓ MAINGUY Daniel : Propriété et contrat, Droit & patrimoine mars 2001, p.73.
- ✓ MALAURIE Philippe : La pensée juridique en droit civil au XX^{ème} siècle, J.C.P. 2001, I, 283.
- ✓ MALAURIE-VIGNAL Marie : Réflexions sur la théorie du parasitisme économique, Contrats concurrence consommation Octobre 2001, chron. n°15 p.4.
- ✓ MARTIN Raymond : Le secret de la vie privée, R.T.D.Civ. 1959, p.227.
- ✓ MARTIN Xavier : Lumières françaises et intériorité humaine, Archives de Philosophie du Droit 2000 p. 273.
- ✓ MATHELY Paul : L'étendue de la protection conférée par le brevet selon la loi de 1968, in Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle, Dalloz 1974, p.151.
- ✓ MATHIEU Bertrand : La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales, D.2001, chron. p.13.
- ✓ MATTHYSSENS Jean : Le droit moral contre les faux-monnayeurs du génie, RIDA octobre 1980 p.3.
- ✓ MAZEAU Henri : Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence, à propos de l'arrêt de la Cour d'Orléans rendu dans l'affaire Pierre Bonnard, D. 1959, chron. p.133.
- ✓ MEAU-LAUTOUR Huguette : La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions, in Aspects actuels du droit des affaires, mélanges Yves Guyon, Dalloz 2003, p.797.

- ✓ MERCADAL Barthélémy : Des différences entre la common law et la civil law ?, RJP mai 2000 p.145.
- ✓ MORIN Jean-Frédéric : Une réplique du Sur à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété industrielle, Droit et Société 58/2004 p.633.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc : L'évolution de la propriété industrielle, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, troisièmes journées René Savatier, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, Puf 1991, p.157.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc : Brevet d'invention, in encyclopédie Dalloz, droit commercial, 1994.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc : Responsabilité civile et droits intellectuels, in Mélanges Chavanne, Litec p.247.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc : Valeurs, Biens, Droits, in mélanges Breton-Derrida, p.277.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, REVET Thierry : De la propriété comme modèle, in mélanges offerts à André Colomer, p.281.
- ✓ MOUSSERON Jean-Marc et MAINGUY Daniel : La liberté d'exploitation de l'industriel, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.349.
- ✓ MOUZON Paul : Propriété littéraire artistique et industrielle : ressemblances et différences, Gaz. Pal. 1976, 1, doct. p.148.
- ✓ NAUMANN Stefan : La brevetabilité des méthodes commerciales en Europe : règles et risques, J.C.P. éd. E. 23 novembre 2000 p.1853
- ✓ NGOMBE Laurier Yvon : Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain, rétrospective et prospective, RIDA n°194 octobre 2002, p.3.
- ✓ PASSA Jérôme : Le brevet d'invention face aux règles communautaires de libre concurrence et de libre circulation des marchandises, Droit & Patrimoine octobre 2000 p.73.
- ✓ PERCEROU Roger : Les droits de propriété intellectuelle et la gestion de l'innovation dans l'entreprise, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.443.
- ✓ PEROT-MOREL A. : L'application respective du régime de protection des dessins et modèles industriels et des inventions brevetables, RTD Com 1976, p.38.
- ✓ PEROT-MOREL Marie-Angèle : À propos du maintien de l'unité de l'art dans le nouveau droit des dessins et modèles, Propriété industrielle, 2005, études n°8, p.9.
- ✓ PEUSCET Jacques : Evolution de la fiscalité française en matière de propriété industrielle, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.479.
- ✓ PIÉDELIÈVRE Alain : Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, in études offertes à Michel de Juglart, Montchrestien, p.55.

- ✓ PIERRE Jean-Luc : Libres propos sur une évolution possible et souhaitable des règles de fiscalité applicables aux propriété intellectuelles, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p.501.
- ✓ PINTO Nicolas et Taylor David :La décompilation des logiciels : un droit au parasitisme, D.1999, chron. p.463.
- ✓ PIOTRAUT Jean-Luc : Les droits de propriété littéraire et artistique à l'épreuve des juridictions administratives, RFD adm. janvier-février 1997, p.105.
- ✓ PLAISANT Robert : Critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité, in mélanges en l'honneur du professeur Paul Roubier, Dalloz & Sirey 1961, p.527.
- ✓ PLAISANT Robert : La protection du Logiciel par le droit d'auteur, Gaz. Pal. 1983, 2, p.348.
- ✓ PLAISANT Robert : Droit moral, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 310.
- ✓ POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine : Réflexions sur le concept de « recherche », in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec 1997, p. 517.
- ✓ POLAK M. : La législation japonaise relative au droit d'auteur, R.R.J. 1981 p. 11.
- ✓ POLAK M.-C. : La protection des auteurs étrangers au Japon, R.R.J. 1981 p. 24.
- ✓ POLAK C. et BOUFFANDEAU C. : Les droits d'auteur en France, au Japon et aux Etats-Unis, étude comparative, R.R.J. 1981 p. 28.
- ✓ POLLAUD-DULIAN Frédéric : Abus de droit et droit moral, D. 1993, chron. p.97.
- ✓ POLLAUD-DULIAN Frédéric : Droit moral et droits de la personnalité, JCP 1994, I, 3780.
- ✓ POLLAUD-DULIAN Frédéric : Le droit de prêt, une revendication légitime des auteurs, J.C.P. 17 mai 2000 p. 891.
- ✓ POLLAUD-DULIAN Frédéric : Propriétés intellectuelles et travail salarié, RTD Com. 2000 p.273.
- ✓ PONTIER Jean-Marie : La notion d'œuvre d'art, Revue de Droit public 1990 p. 1403.
- ✓ RAVANAS Jacques : L'image d'un bien saisie par le droit, D. 2000 chron. p.19.
- ✓ RAYNARD Jacques : Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, p.527.
- ✓ RAYNARD Jacques : Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art, Propriété industrielle, avril 2002, chron. n°2 p.9.
- ✓ RENAULT Charles-Edouard : Droit et art contemporain : la protection des droits d'exploitation de l'artiste, LPA n°150 du 30 juillet 2001 et n°230 du 19 novembre 2001.

- ✓ RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France : Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété, Droits, 1985, 1, p.17.
- ✓ REVET Thierry : L'objet du contrat de travail, Droit social 1992, p.859.
- ✓ REAYNAUD Pascal & VERBIEST Thibault : Adoption de la loi DADVSI et décision du Conseil constitutionnel : point de répit estival !, RLDI septembre 2006 p.47.
- ✓ ROBIN Cécile : La langue de la cour de cassation, R.R.J. 2001-2 p. 515.
- ✓ ROMEYER-DHERBEY G. : Chose, cause et œuvre chez Aristote, Arch. phil. droit tome 24, p. 127.
- ✓ ROUBIER Paul : Droits intellectuels ou droits de clientèle, RTD Civ. 1935, p.251.
- ✓ ROUBIER Paul : Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, in Le rôle de la volonté dans le droit, Arch. phil. droit 1957, p.1.
- ✓ SARDIN Frédéric : La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia (à propos de l'arrêt Midway, Cass. Crim. 21 juin 2000), J.C.P. éd. E. 2001 p. 312.
- ✓ SARDIN Frédéric : Repenser la copie privée des créations numériques, J.C.P. éd. E. 2003, I, 584 p.646.
- ✓ SARRAUTE Raymond : Œuvre collective et droit d'auteur, Gaz. Pal. 1968, 1, doct. p. 83.
- ✓ SAVATIER René : La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, JCP 1957, I, 1398.
- ✓ SAVATIER René : Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, RTD Civ. 1958 p.1.
- ✓ SAVOURET Etienne-Marie : Incorporels : vers une adaptation de notre droit ?, D. aff. 1997, n°24 p.750.
- ✓ SCHATZ Ulrich : La brevetabilité des inventions en matière de génie génétique, Ann. prop. ind. 1997, n°2 p.95.
- ✓ SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna : L'avenir international de la propriété industrielle, in mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, 1997, p. 571.
- ✓ SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H.A. : Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, « objectivité » et « réalité » dans la perspective du droit, APD 1979 t.24 p.273.
- ✓ SERIAUX Alain : La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD Civ. 1994, p.801.
- ✓ SERNA Marie : Réflexions autour de la qualité d'artiste-interprète au sens de l'article L.212-2 du Code de la propriété intellectuelle, LPA 21 juin 2001, p.10.

- ✓ SIIRIAINEN Fabrice : Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique, in *Le droit au défi de l'économie*, sous la direction de Yves Chaput, publication de la Sorbonne, 2002, actes du colloque du 23 Mars 2001, à la Sorbonne, consacré aux « *Sciences juridiques de l'économie. Un défi pour les économistes et juristes européens* ».
- ✓ SIIRIAINEN Fabrice : « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » versus « droit de la régulation », RIDE 2001, 4, p.411.
- ✓ SILZ Edouard : La notion juridique de droit moral de l'auteur, son fondement – ses limites, RTD Civ. 1933 p.331.
- ✓ SIRINELLI Pierre : L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale. De l'écrit à l'écran, D. 1993, chron. p.324.
- ✓ SIRINELLI Pierre : Brèves observations sur le « raisonnable » en Droit d'auteur, in mélanges Françon, Dalloz 1995 chron. p.397.
- ✓ SIRINELLI Pierre : Le droit d'auteur à l'aube du troisième millénaire, J.C.P. 2000, I, 194.
- ✓ SIRINELLI Pierre : Le nouveau droit d'auteur au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006, introduction, D. aff. Septembre 2006 p.2154
- ✓ SIRINELLI Pierre : La reconnaissance d'une garantie d'exception de copie privée, RLDI, supplément au numéro d'octobre 2006 p.21.
- ✓ STROWEL Alain : Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature, in Images et usages de la nature en droit, publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 1993, p.289.
- ✓ STROWEL Alain : L'œuvre selon le droit d'auteur, Droits 1993 p. 79.
- ✓ TAFFOREAU Patrick : De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale, Comm. com. électr. avril 2001, chron. 10 p.9.
- ✓ TELLIER-LONIEWSKI Laurence : Brevet de logiciel : le débat relancé à travers l'affaire British Telecom, Gaz. Pal. du 15 au 19 avril 2001, doctrine p.4.
- ✓ TERRÉ François : Volonté et qualification, in Le rôle de la volonté dans le droit, Arch. phil. droit, 1957, p.97.
- ✓ TERRÉ François : L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil, Droits 1985, 1, p.33.
- ✓ TERRÉ François : Variation de sociologie juridique sur les biens, in Arch. Phil. Droit, Les biens et le choses, p.17.
- ✓ TERRÉ François, Sociologie du droit et sociologie de l'art, in Droit et esthétique, Arch. phil. droit, 40 1995, p.243.
- ✓ THIERRY Stéphane : Marques – créations de formes protégées, in J.-Cl. Marques, fasc. 7140, 1993.

- ✓ TOULEMON André : L'entreprise : l'invention, richesses de la nation, Gaz. Pal. 1976, 2, doctrine p. 529.
- ✓ TOUPS James E. : Le droit de propriété, in La pratique des affaires aux Etats unis, ouvrage collectif, Dalloz, p.170.
- ✓ TRIGEAUD Jean-Marc : L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique), RTD Civ. 1982, p.55.
- ✓ VAREILLES-SOMMIERES : La définition et la notion juridique de la propriété, RTD Civ. 1905, p.444.
- ✓ VASSEUR Michel : Le paiement électronique. Aspects juridiques, J.C.P. 1985, I, 3206.
- ✓ VAUNOIS Louis : L'évolution du droit moral, in mélanges Plaisant, p.295.
- ✓ VEAUX Daniel : Preuve, règles générales, J.-Cl. Civil, Art. 1315, 1316, Fasc.10, 1997.
- ✓ VELARDOCCHIO Dominique : La brevetabilité du vivant, Droit & Patrimoine octobre 2000 p. 68.
- ✓ VERDUSSEN Marc : Les droits de l'homme et la création artistique, in mélanges Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.1001.
- ✓ VERGNEAUD Philippe : Les droits du peintre sur son œuvre, JCP 1966, I, 1975.
- ✓ VERON Pierre : Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention, JDI 2001, p.805.
- ✓ VEYSSIERE Laurence et CORONE François : Publicité et musique. De l'œuvre préexistante à l'œuvre de commande : une note sur des accords majeurs, D. aff. 1998 p. 131.
- ✓ VILLEY Michel : Essor et décadence du volontarisme juridique, in Le rôle de la volonté dans le droit, Arch. phil. droit, 1957, p.87.
- ✓ VILLEY Michel : Critique de l'utilitarisme juridique, R.R.J. 1981 p. 166.
- ✓ VILLEY Michel : De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au Droit, R.R.J. 1983-1 p. 155.
- ✓ VIVANT Michel : Informatique et propriété intellectuelle, JCP 1984, I, 3169.
- ✓ VIVANT Michel : Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique, in « *L'avenir de la propriété intellectuelle* », actes du colloque du 26 octobre 1992 organisé par l'IRPI, Librairies Techniques, 1993, p.43.
- ✓ VIVANT Michel : Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création, de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle, JCP éd. E 1993, I, 251.
- ✓ VIVANT Michel : Pour une épure de la propriété intellectuelle, mélanges André Françon, Dalloz 1995 p. 415.

- ✓ VIVANT Michel : L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?, mélanges Christian Mouly, Litec, p.441.
- ✓ VIVANT Michel : Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ?, A propos et au-delà de la proposition de directive européenne, D. 1995, chron. p.197.
- ✓ VIVANT Michel : Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? RIDA octobre 1997, p.61.
- ✓ VIVANT Michel : Propriété intellectuelle et ordre public, Jean Foyer, auteur et législateur *leges tulit, jura docuit* : écrits en hommage à Jean Foyer, Puf 1997 p. 307.
- ✓ VIVANT Michel : L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire, J.C.P. 2000, I, 193.
- ✓ VIVANT Michel : Rapport de synthèse du colloque « *Les droits de propriété intellectuelle sur les inventions et créations des chercheurs salariés* » tenu à Paris le 5 décembre 2000, Académie des Sciences, Actes complets publiés chez TEC & DOC, 2001, rapport de synthèse disponible sur <http://www.irpi.ccip.fr/fichiers/20040204150524.pdf>.
- ✓ VIVANT Michel : Savoir et avoir, APD 2003, t.47, « La mondialisation entre illusion et utopie », p.333.
- ✓ VIVANT Michel : L'investissement, rien que l'investissement, à propos des arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 2004, RLDI mars 2005, p.41.
- ✓ VIVANT Michel : Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006, D. aff. Septembre 2006 p.2159.
- ✓ VIVANT Michel : Quel régime pour le téléchargement ?, RLDI, supplément au numéro d'octobre 2006, p.6.
- ✓ VITAL-DURAND Stéphane et CHAZAUD Valérie : Quels droits sur les contributions intellectuelles des salariés ?, J.C.P. éd. E 2003, I, 277 p.308.
- ✓ VLACHOS Georges : Les fondements du droit et de l'Etat dans le mode de production capitaliste, R.R.J. 2000-2 p.709.
- ✓ VULLIERME J.-L. : La chose, (le bien) et la métaphysique, in Arch. Phil. Droit, Les biens et les choses, p.31.
- ✓ WALRAVENS Nadia : La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste, RIDA juillet 2003, p.3.
- ✓ WALRAVENS Nadia : Le choix, critère déterminant de l'originalité de Paradis, RLDI septembre 2006 p.8.
- ✓ ZENATI Frédéric : Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD Civ. 1993, p.305.

4- Commentaires et notes de jurisprudence

- ✓ ALLEAUME Christophe : Unité de l'art, non-discrimination et conflit de qualification (à propos d'un modèle déposé en Allemagne et imité en France), commentaire sous Com. 26 mars 2002, L.P.A. 4 juillet 2003, n°133 p.24.
- ✓ BRUGUIERE Jean-Michel : Image des biens : le paysage du Pariou est libre de droits, note sous TGI Clermont-Ferrand 23 janvier 2002, D. 2002, jur. p.1226.
- ✓ CARON Christophe : note sous CA Douai 20 mai 1996, LPA 28 juillet 1997 p.15.
- ✓ CARON Christophe : Rencontre du droit à l'image des biens et du droit des marques, note sous CA Bordeaux 25 mai 2005, Comm. com. électr. 2004, comm. n°138.
- ✓ COLOMBET Claude : note sous Civ.1^{ère}, 13 novembre 1973 Guino c/ Renoir, D. 1974, jur. p.533.
- ✓ CROMBEZ Valéry : note sous CA Paris, 7^{ème} ch., 12 avril 1995, JCP 1997, II, 22806.
- ✓ DAVERAT Xavier : Note sous Civ.1^{ère}, 25 mai 1992, D. 1993, jur. p.184.
- ✓ DE LAMY Bertrand : Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles, note sous Crim. 22 septembre 2004 et Crim. 20 octobre 2004, D. 2005, jur. p.411.
- ✓ DREYER Emmanuel : Les chaises, l'héritier et le publicitaire, petite fable moderne, note sous Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, D. 2001, jur. p.1530.
- ✓ DREYER Emmanuel : Illicéité de la copie privée dont la source est elle-même illicite, note sous Crim. 30 mai 2006, D. 2006, jur. p.2676.
- ✓ EDELMAN Bernard : Note sous A.P. 7 mars 1986, avec les conclusions de Jean Cabannes, Premier avocat général, D. 1986, jur. p.405.
- ✓ EDELMAN Bernard : Une première décision de la CJCE sur l'interprétation de la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et droits voisins, note sous CJCE 29 juin 1999, D. 2000, jur. p.277.
- ✓ EDELMAN Bernard : Le copyright désavoué, note sous Civ. 1^{ère} 6 mars 2001, D. 2001, jur. p.1868.
- ✓ FRANÇON André : note sous Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, D. 1994, jur. p.155.
- ✓ FRUTEAU Catherine : De l'exclusion des idées, note sous Com. 31 mars 1954, Com. 29 novembre 1960, CA Paris 2 avril 1981, CA Paris 18 mai 2001, GAPI n°6 p.73.
- ✓ GREFFE François : note sous CAParis 6 mars 2002 et TGI Paris 15 février 2002, Prop. ind. 2002, comm. n°80.
- ✓ GRIDEL Jean-Pierre : Pas de droit de reproduction de la Banque de France sur les billets de banque, note sous Civ. 1^{ère}, 5 février 2002, D. 2002, jur. p.1128.

- ✓ GLEIZE Bérengère : L'image des biens au pays du droit des marques, note sous CA Bordeaux 25 mai 2004, RLDI janvier 2005, p.8.
- ✓ HASSLER Théo et LAPP Virginie : Observations sous CA Versailles, 16 septembre 1999, D.2000, n°20 p.208.
- ✓ NAST Marcel : note sous Crim. 19 mars 1926, DH 1927, 1, p.25.
- ✓ PLAISANT Robert : Observations sous T. Civ. De la Seine, 2 juillet 1958, JCP, II, 10762
- ✓ PLAISANT Robert : Observations sous crim. 30 octobre 1963, JCP 1964, II, 13950.

5- Avis, rapports et colloques

- ✓ Avis du Conseil économique et social européen sur la proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire des 28 et 29 mars 2001, CES 411/2001
- ✓ Avis du Conseil économique et social européen sur la contrefaçon (OMU) des 30 et 31 mai 2001, CES 701/2001
- ✓ La protection juridique des logiciels, supplément au JCP éd. E n024 du 14 juin 1984.
- ✓ Le droit au contact de l'innovation technologique, colloque tenu à l'Université Jean Monnet – Saint-Etienne, mai 1987.
- ✓ Produire la nouveauté, rapport de Jean-Louis Moynot, *Economica* 1988.
- ✓ L'avenir de la propriété intellectuelle, colloque du 26 octobre 1992 organisé par l'IRPI Henri Desbois, Litec, 1993.
- ✓ La codification, actes du colloque des 27 et 28 octobre 1995 organisé par l'institut d'études judiciaires de la Faculté de droit de Toulouse, Sous la direction de Bernard Beigner, Dalloz, 1996.
- ✓ La contrefaçon, l'entreprise face à la contrefaçon de droit de propriété intellectuelle, Colloque IRPI tenu à Paris le 17 décembre 2002, Litec 2003.
- ✓ Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Sous la direction de Michel Vivant, Dalloz 2004.

- ✓ Propriétés intellectuelles : Unité ou diversité ? A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles, Colloque tenu à Grenoble le 28 novembre 2003, Supplément au JCP éd. E n°42 du 14 octobre 2004.
- ✓ La propriété intellectuelle dans les relations contractuelles, dossier in Contrats publics, juillet-août 2004.
- ✓ La distribution des contenus numériques en ligne, rapport de la commission présidée par Pierre Sirinelli,
<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/csplarapportDistriContenusNum.pdf>
- ✓ L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences, table-ronde réunissant Christiane Féral-Schuhl, Marie-Françoise Marais, Pierre Sirinelli, Lionel Thoumyre et Michel Vivant, RLDI, supplément au numéro d'octobre 2006, p.33.

6- Articles de presse

- ✓ COHEN Daniel : La propriété intellectuelle c'est le vol, Le Monde des 8-9 avril 2001, p.1 et 13.
- ✓ GAUTIER Pierre-Yves : qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?, Le Monde du 11 avril 2001.
- ✓ MONNIER Gérard : Droit d'auteur et espace public, Le Monde du 18 avril 2001 p.15.

Décisions citées

1- Conseil Constitutionnel

-CC Décision n°2004-498 DC du 29 juillet 2004 du Conseil constitutionnel, cf. Jean-Eric Schoettl : *La brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la constitution*, LPA 17 août 2004, n°164, p.3.

2- Conseil d'Etat

-CE 9 avril 1993, D. 1993, IR p.146 ; RTD Com. 1993, p.511, obs. Françon.
-CE 17 mars 1997, D. 1997, jur. p.467, concl. Maugué ; CE 23 février 1998, JCP éd. E 1998, n°14 p.544.

3- Cour de cassation

-Civ. 6mars 1876, Affaire dite du Canal de Craponne, DP 1876, 1, p.193, note Giboulot ; S. 1876, p.161, GAJC 11^{ème} édition, n°163
-Cass. Req. 8 février 1853, D. 1853, p.94
-Crim. 15 octobbre 1969, D. 1970, jur. p.15
-Crim. 19 mars 1926, DH 1927, 1, p.25, note M. Nast.
-Crim. 9 juillet 1931, Ann. prop. idn. 1932, p.324.
-Crim. 7 août 1937, Bull. Crim. N°183
-Civ. 27 janvier 1942, S. 1942, 1, p.124.
-Civ. 1^{ère}, 14 mai 1945, JCP 1945, II, 2835, note R.C. ; D. 1945, jur. p.287, note Desbois ; S. 1945, 1, p.101, note Battifol.
-Crim. 31 janvier 1947, Bull. Crim. N°43.
-Com. 31 mars 1954, Ann. Prop. Ind. 1954, p.266 ; GAPI, n°6, note Catherine Fruteau.
-Com. 19 novembre 1960, Gaz. Pal. 1961, 1, jur. p. 152 ; Ann. Prop. Ind. 1961, p.309 note Blaustein.
-Com. 29 novembre 1960, Bull. civ. IV, n°389 ; Gaz. Pal. 1961, 2, p.152 ; Ann. Prop. Ind. 1961, p. 309, note Blaustein ; GAPI, Dalloz 2004, n°6, Obs. Catherine Fruteau p.78.
-Crim. 2 mai 1961, JCP 1961, II, 12242
-Civ. 1^{ère} 31 décembre 1961, Gaz. Pal. 1961, 1, p.406
-Civ. 1^{ère}, 28 février 1962, Bull. civ. I, n°131.
-Crim. 30 octobre 1963, JCP 1963, II, 13950.
-Crim. 26 janvier 1965, JCP 1965, IV, 30.
-Com. 2 juin 1965, Bull. civ. III, n°354, p.322 ; TGI Paris, 1^{er} octobre 1987, PIBD 1988, 427, III, 56.
-Civ. 1^{ère} 6 juillet 1965, (Affaire *Buffet*), JCP 1965, II, 14339, concl. Lindon.

- Com. 22 février 1966, JCP 1967, II, 15196
- Civ. 2^{ème}, 13 mars 1966, Bull. civ. II, 1966
- Civ. 1^{ère} 20 décembre 1966, D. 1967, jur. p.159 ; RTD Com. 1967, p.774 obs. Desbois.
- Crim. 22 juin 1967, D. 1968, jur. p.241, note Costa
- Civ. 1^{ère} 23 janvier 1968, D. 1969, jur. p.177 note R. Savatier ; JCP 1968, II, 15433, note R.L.
- Com. 28 février 1968, Bull. civ. IV n°88, D. 1969 jur. p.76 note Plaisant.
- Civ. 1^{ère}, 20 janvier 1969, Gaz. Pal. 1969, 1, p.217.
- Crim. 13 février 1969, D. 1969, jur. p.323
- Crim. 2 mai 1961, JCP 1961, II, 12242 ; Crim. 13 février 1969, D. 1969, p.323
- Com. 28 février 1968, Bull. n°88. Com. 26 octobre 1970, pourvoi n°68-14362, Bull. n°280 p.245 ; Ann. Prop. ind. 1970 p.107.
- Crim. 15 octobre 1969, D. 1970, jur. p.15.
- Com. 12 février 1973, Bull. civ. IV, n°66 p.58 ; Ann. Prop. Ind. 1973 p.61
- Com. 13 février 1973, pourvoi n°71-13756, Bull. IV n°72 p.63.
- Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1973, D. 1974, jur. p.533 note Colombet ; Gaz. Pal. 1974, 1, jur. p.93 ; JCP 1975, II, 18029, obs. Manigne.
- Com. 26 mars 1974, Bull. IV, n°108.
- Civ. 1^{ère}, 4 février 1975, Bull. civ. I n°46 p.43. Souligné par nous.
- Com. 26 janvier 1976, Bull.n°31.
- Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, JCP 1978, II, 18925.
- Com. 3 octobre 1978, Bull. civ. IV, n°208 ; D. 1980, jur. p.55 note J. Schmidt-Szalewski
- Civ. 1^{ère}, 18 décembre 1978, D. 1980, jur. p.49, note Colombet ; JCP 1979, II, 19213, note Manigne.
- Com. 6 mars 1979, pourvoi n°77-13334, Bull. IV n°88 ; PIBD 1979, III, p.252.
- Com. 18 décembre 1979, Bull. n°339 ; JCP 1980, IV, 85 ; RTD Civ 1980, p.780, obs. Cornu.
- Com. 29 mai 1980, Pourvoi n°78-14283, Bull. IV n°216.
- Soc. 8 juillet 1980, Bull. civ. V, n°618
- Civ. 1^{ère}, 8 octobre 1980, RIDA avril 1981, p.156 ; D. 1981, IR p.85, obs. Colombet ; RTD Com. 1981 p.87, obs. Françon. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, précité.
- Com. 9 décembre 1981, pourvoi n°80-11491, Bull. IV n°431 ; PIBD 1982, III, p.60.
- Com. 18 janvier 1982, Bull. civ. IV, n°19.
- Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, JCP 1983, II, 20054, note Plaisant ; D. 1982, jur. p.71 note Greffe ; RTD Com. 1982, p.428, obs. Françon.
- Civ. 17 mars 1982, JCP 1983, II, 20054, note Plaisant ; D. 1983, IR p.89, obs. Colombet ; RTD Com. 1982, p.428, obs. Françon.
- Civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, Bull. civ. I n°133 p.117.
- Civ. 1^{ère} 15 avril 1982, Bull. n°132, RIDA octobre 1982, p.159, D. 1983, IR p.93, obs. Colombet ;
- Civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, Bull. n°132 ; RIDA octobre 1982, p.159 ; D.1983, IR, p.93, obs. Colombet.
- Com. 15 février 1983, pourvoi n° 81-12556 Bull. IV n° 60.
- Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, Bull. civ. I, n°141 ; Def. 1983, art. 33161, p.1393, note Piédelièvre ; D. 1984, jur. p.433, note Légier ; D. 1984, IR p.82, obs. Vasseur ; RTD Com. 1984, p.724, n°19, obs. Hémar et Bouloc.
- Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1983, Bull. civ. I n°260 p.233 , Ann. Prop. Indus. 1984, p. 62, D. 1985, Somm. p.309, obs. Colombet.
- Civ. 1^{ère}, 5 juin 1984, Bull. I, n°184 ; D. 1985, IR p.312, obs. Colombet
- Civ. 1^{ère}, 27 novembre 1984, D. 1986, jur. p.448 (1^{ère} espèce) note Penneau ; Gaz. Pal. 1985, 2, 638, note Chabas ; RTD Civ. 1987, p.91 obs. Mestre

-Com. 5 novembre 1985, Bull. Civ. IV, n°261 ; RIDA octobre 1986, p.140.

-AP 7 mars 1986, JCP 1986, II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; JCP éd. E 1986, I, 15791, n°1, obs. A. Lucas et M. Vivant ; D. 1986, jur. p.405 concl. Cabannes, note B. Edelman ; RIDA juillet 1986, p.136 note A. Lucas ; RDPI 1986, n°3 p.206, rapport Jonquères ; RTD Com. 1986, p.399, obs. Françon.

-Civ. 1^{ère}, 15 avril 1986, Bull. Civ. I, p.89. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, RIDA juillet 1987, p.183 ; D. 1988, jur. p.173, note B. Edelman..

-Crim. 6 mai 1986, D. 1987, Somm. p.151 obs. Colombet.

-Crim. 3 juin 1986, D. 1987, jur. p.30& note Edelman.

-Civ. 1^{ère}, 7 avril 1987, Bull.1987 n° 124 p. 93 ; D. 1988, jur. p. 97, note Edelman.,

-Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1987 (Gillet c/ Ville de Lille), RIDA avril 1988 p.137 ; D. 1989, Somm. Comm. p.45, obs. Colombet ; JCP 1989, I, 3379, n°4, obs. Edelman.

-Crim, 28 juin 1988, Inédit titré, pourvoi n°86-94239

-Com. 6 mars 1990, Bull. IV, n°63.

-Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1990, RTD Com. 1991, p.48, obs. Françon.

-Civ. 1^{ère}, 19 février 1991, Bull. Civ. I, n°67 ; D. 1991, IR p.67 ; RDPI octobre 1991 p.93 ; JCP 1991, IV, 149.

-Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, aff. Huston, Bull. civ. I, n°172, p.113 ; RIDA juillet 1991, p.161 et 197, obs. Kéréver ; LPA 8 juillet 1991, n° 94, p. 7, note Gavalda ; JCP 1991, II, n° 21.731, note Françon ; JCP E 1991 n° 220, note Ginsburg et Sirinelli ; Rev. Crit. DIP, décembre 1991, n° 4, p. 752, note Gautier ; LPA, 19 février 1993, n° 22, p. 15, note Daverat. D.1993, jur. p.197, note Raynard.

-Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1991, pourvoi n°90-17031, inédit titré, Expertises février 1992, p.71 ; JCP éd. E 1992, I, 141 n°4, chron. Vivant et Lucas.

-Civ. 3^{ème}, 3 décembre 1991, D. 1992, Somm. Comm. p.88, obs. Colombet

-Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, D. 1993 jur. p.522 note Edelman, et somm. p.88 obs. Colombet.

-Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, Bull. civ. I n° 161 ; R.I.D.A. octobre 1992, p. 156 ; D.93, jur. p.184, note X. Daverat ; D. 1993, Somm. p.243 obs. T. Hassler ; L.P.A. 10 mars 1993, note Ch. Gavalda.

-Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, D.1993, somm. p.243.

-Com. 16 juin 1992, Bull. civ. 1992, IV, n°234 ; JCP éd. E 1993, I, 290 n°16, obs. Mousseron et Burst.

-Com. 16 juin 1992, PIBD 1992, III, p.957 ; Juris-Data n°1431.

-Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, D. 1994, jur. p.138 note Edelman ; D. 1994, Somm. p.93 obs. Colombet ; RIDA juillet 1994, p.271.

-Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, pourvoi n°91-20170, Bull. civ. I, n°361 p.251 ; RIDA juillet 1994 p.303

-Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, RIDA juillet 1994, p.303.

-Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, JCP 1994, IV, 844 ; D. 1994, IR. p.55.

-Civ. 1^{ère}, 23 février 1994, Bull. n°79 p.64 ; D. 1995, somm. p.53 obs. Colombet.

-Com. 15 mars 1994, inédit titré, pourvoi n°92-12463 ; PIBD 1994, 568, III, 335 ; RD propr. Intell. 1994, n°52 p.43.

-Com. 8 novembre 1994, inédit, pourvoi n° 92-11550 ; PIBD 1995, 581, III, 73.

-Com. 3 mai 1995, inédit titré, pourvoi n°92-19396, PIBD 1995, n°591, III, p.317 ; Dossier Brevets 1995, II, décision n°2.

-Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, pourvoi n°93-14767, Bull. n°203 ; RIDA octobre 1995, p.295 et 333, obs. Kéréver.

-Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, D. 1995, jur. p.560, note Beignier, Def. 1995, 1132 obs. Vermelle ; RTD Civ. 1996, p.603, obs. Mestre.

- Com. 7 octobre 1995, Bull. n°232 ; PIBD 1996, III, p.34 ; Ann. Prop. Ind. 1996, 1, obs. Mathély.
- Com. 17 octobre 1995, pourvoi n°94-10433 ; Bull. IV n°232.
- Civ. 1^{ère}, 24 octobre 1995, Bull. 1995 n° 375 p. 261 ; D. 1995, IR p.243 ; Gaz. Pal. 1996, somm. p.22 ; RIDA avril 1996 p.277.
- AP 1^{er} décembre 1995, Bull. n°9 ; Bull. inf. C. cass. 15 janvier 1996 p.10, conclusions Jéol, note Fossereau ; D. 1996, jur. p.13, conclusions Jéol, note Aynès ; JCP 1996, II, 22565, conclusions Jéol, note Ghestin ; Gaz. Pal. 1996, 1, 626, conclusions Jéol, note de Fontbressin ; Def. 1996, p.747, obs. Delebecque ; RTD Civ. 1996 p.153, obs. Mestre. Confirmé à maintes reprises, notamment par Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Bull. n°54, D. 2001, AJ 1172, obs. Avena-Robardet ; ibidem Somm. p.3239, obs. Aynès ; Def. 2001, p.696, obs. Savaux ; CCC 2001, n°103, note Leveneur.
- Com. 12 décembre 1995, pourvois n°93-21640 et n°94-12488, Bull. IV n°292 p.268 ; JCP éd. E 1996 n°29 p.181, obs. J.-M. Mousseron et F. Hagel.
- Com. 13 février 1996, inédit, pourvoi n° 94-12102, PIBD 1996, III, p.320.
- Com. 12 mars 1996, inédit titré, pourvoi n° 94-15283, PIBD 1996, III, p.273 ; Ann. Prop. ind. 1996, p.173.
- Civ. 1^{ère}, 9 mai 1996, CCC 1996, n°136, obs. Leveneur ; D. 1997, Somm. p.176, obs. D. Mazeaud.
- Civ. 3^{ème}, 30 mai 1996, CCC 1996, n°185, obs. Leveneur.
- Com. 9 juillet 1996, Bull. IV n°205, JCP 1996, II, 22721, note Stoufflet ; Def. 1996 p.1363, obs. Delebecque ; CCC 1996, n°182, Obs. Leveneur
- Com. 22 octobre 1996, Bull. IV, n°261 ; GAJC, 11^{ème} édition, n°156 ; D. 1997, jur. p.121, note Sériaux ; Def. 1997 p.333, note Mazeaud ; D. 1997, Somm. p. 175, Obs. Delebecque ; JCP 1997, II, II, 22881, note Cohen ; RTD Civ. 1997 p.418 obs. Mestre.
- Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, Bull. n°56 p.36 ; JCP 1997, II, 22973, obs. Daverat ; D. aff. 1997 p.353 ; D. 1997, IR p.65 ; D. 1998, somm. p.189. obs. Colombet ; D. 1998, jur. p.291 note Greffe ; RJDA 1997, n°853 ; JCP éd. E 1997, pan. 342.
- Com. 18 février 1997, Bull. n° IV, n°55, JCP 1997, I, 4056, n°5s, obs. Loiseau ; LPA 10 août 1999, note Courtier.
- Com. 24 février 1998, Inédit, pourvoi n°95-21594, RDPI 1998, n°40, p.48.
- Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, pourvoi n°96-17184, Bull. n°162.
- Com. 5 mai 1998, Pourvoi n°96-12577, Inédit, PIBD 1998, III, p.397.
- Civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, inédit, pourvoi n°96-14352.
- Com. 21 juin 1998, pourvoi n°87-10256, inédit titré.
- Crim. 7 octobre 1998, pourvoi n°97-83243, Bull. n°248, RIDA 1999, n°180, p.327 ; RD prop. intell. 1999, n°98 p.39
- Com. 20 octobre 1998, pourvoi n°95-15804, Bull. n° 252 p. 209.
- Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, pourvoi n°96-22213, Bull. n°10.
- Civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, pourvoi n°97-10179, inédit titré.
- Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, affaire dite du « *café Gondrée* », Bull. n°87, p.58 ; RTD Civ. 1999, p.859, n°2, note F. Zenati ; D. 1999, jur. P.319, note E. Agostini et concl. J. Sainte-Rose ; JCP 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier et I, p.175, n°2, note H. Périnet-Marquet ; JCP 1999 éd. E, p.819, note M. Serna ; RTD Com. 1999, p.397, note A. Françon ; RIDA 1999, n°182, p.149, note M. Cornu ; Comm. Com. électr. 1999, commentaire n°4, obs. Y. Gaubiac ; RD immo. 1999, p.187, obs. J.-L. Bergel et M. Bruschi.
- Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999 JCP 1999, II, 10078, note Gautier.
- Civ. 1^{ère}, 12 mars 1999, Inédit titré, pourvois n°96-21634 et 96-22781.
- Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, inédit, pourvoi n° 96-43749, D. aff. 2000 p.209, concl. Sainte-Rose.

- Civ.1^{ère}, 6 juillet 1999, pourvoi n°97-40572, Bull. n°230 p.148 ; D. aff. 2000, p.209, concl. Sainte-Rose.
- Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, D. 2000, jur. p.209, 1^{ère} espèce, concl. Sainte-Rose.
- Crim. 28 septembre 1999, D. aff. 2000, AJ p.60 ; Comm. Com. électr. 2000 commentaire n°4 obs. Caron.
- Com. 26 octobre 1999, Bull. n°185 ; D. 2000, jur. p.365, note J. Marotte ; Rev. Lamy dr. aff. 2000, n°26 p.3 note Ph. Delebecque.
- Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, Bull. n° 24 ; JCP 2001, II, 10554, note Aline Tenenbaum ; RTDC , 2001 p. 618-626, note Thierry Revet ; LPA 24 novembre 2000, p.13, note Thierry Le Bars.
- Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°105 ; D. 2000, jur. p.482, note Piédelièvre ; ibid. Somm. p.358, obs. Delebecque ; D. 2001, Somm. p.1615, obs. Jobard-Bachelier ; JCP 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose ; JCP éd. N. 2000, p.1270, note Lochouarn ; Def. 2000, p.720, obs. Aubert ; Contrats, concurrence, consommation 2000, n°106, note Leveneur.
- Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, Bull. I, n°131
- Com. 3 mai 2000, GAPI n°17 ; D. 2001, AJ p.237 obs. Greffe ; PIBD 2000, III, p.418.
- Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2000, Bull. I n°248 p. 162 ; RJDA avril 2001 n° 522 p. 469 .
- Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. I, n°283 ; D. 2000, IR, p.290 ; JCP 2001, II, 10452, note Vialla et I, 301, obs. Rochfeld ; JCP éd. E 2001 p.419, note Loiseau ; Def. 2001, 431 note Libchaber ; CCC 2001 n°18, note Leveneur et Chron. 7 par Chemtob ; RTD Civ. 2001, p.130, obs. Mestre et Fages et p.167, obs. Revet.
- Com. 21 novembre 2000, JCP 2001, II, 10463, note Galloux ; JCP éd. E 2001, p.275, note Galloux ; D. 2002, Somm. p.1188 obs. Raynard.
- Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2000, pourvoi n°98-17-891, Bull. n°309.
- Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, Inédit titré, pourvoi n°99-10653.
- Com. 19 décembre 2000, pourvoi n°98-10968, Bull. civ. IV, n°196 p.171 ; PIBD n°721, III, p.277.
- Civ. 3^{ème}, 21 février 2001, Bull. III, n°20
- Civ. 1^{ère}, 20 mars 2001, pourvoi n°99-13713, inédit titré.
- Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, Bull. n°114, p.74 ; D. 2001, jur. p. 1973, note J.-P. Gridel ; JCP 2001, II, 10553, note Ch. Caron ; JCP 2001, éd. E, p.1386, note M. Serna ; Def. 2002, art. 37497, note S. Piédelièvre ; LPA 22 août 2001, n°167, p.8 note J.-M. Bruguière ; Légipresse 2001, n° 183, III, p.115, note G. Loiseau ; RTD Civ. 2001, p.618, obs. T. Revet.
- Com. 6 juin 2001, inédit titré, pourvoi n° 98-17194, Prop. ind. 2002, comm. n°15 note Raynard ; PIBD 2001, III, p.427.
- Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, Bull. n°172 p.112 ; Prop. intell. Octobre 2001, p.62 obs. Lucas ; D.2001, AJ p.2517 obs. Dalleau ; RIDA avril 2002, p.331 obs. Kéréver.
- Com. 17 juillet 2001, Prop. intell. 2002, n°3 p.65, obs. De Candé ; RDPI 2002, n°139 p.33.
- Civ.1^{ère}, 19 mars 2002, Inédit titré, pourvoi n°: 99-17190.
- Com. 26 mars 2002, Inédit titré, pourvoi n°99-15934, J.C.P. éd. E 2002, I, 1043, p.1141
- Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, Bull. I, n°108
- Com. 19 novembre 2002, Inédit titré, pourvoi n°00-15203.
- Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2002, pourvoi n°00-20664, Bull. n°295, p.230.
- Com. 28 janvier 2003, inédit, pourvoi n° 00-10657, Prop. ind. 2003, comm. n°32 note Kamina.
- Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, Comm. comm. électr. 2003, commentaire n°56 p.22 note Caron.
- Com. 6 mai 2003, Prop. ind. 2003, comm. n°64 note Kamina et n°81 obs. Greffe ; Prop. intell. 2003 ,°9 p.396, obs. De candé et De Haas.
- Civ. 2^{ème}, 5 juin 2003, Bull. n° 175 p. 150 ; Def. 2003 article 37845, p. 1577, note Jean-Luc Aubert ; Gaz. Pal. 2004, Somm. p.1387, note Henri Vray.

- Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, pourvoi n° 01-17650, Comm. Com. électr. 2003, n°80, note Christophe Caron ; JCP 2004, II, 10177, note A.C. ; JCP éd. E, p.1641.
- Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, inédit, pourvoi n°01-15301 ; Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, pourvoi n°01-03059. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, Comm. Com. électr. 2003, n°80 note Caron.
- Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, Comm. Com. électr. 2003, n°80, note Christophe Caron ; JCP 2004, II, 10177, note A.C. ; JCP éd. E, p.1641.
- Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, Bull. I n°148 ; RJDA décembre 2003 n°1262 ; D. aff. 2003 p.2014.
- Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, inédit, pourvoi n°01-15301.
- Com. 24 septembre 2003, pourvoi n°01-11504, Bull. n° 147 p.166 ; D. 2003, p.2683 note C. Caron ; RTD Civ. 2003 p.703 obs. J. Mestre et B. Fages ; LPA 28 mai 2004 p.13, notes E. Tricoire (p.13) et B. Parance (p.15) ; RTD Civ. 2004 p.117 note T. Revet.
- Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2003, Comm. comm. électr. 2003, comm. n°116 note Caron.
- Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, pourvoi n°01-03059.
- Com. 19 novembre 2003, pourvoi n° 01-01137, Bull. IV, n°174, p.191.
- Crim. 24 février 2004, Pourvoi n°03-83541, Bull. Crim. N°49 p.194.
- Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2003, Gaz. Pal. 3 avril 2004 p.5 note Asim Singh
- Civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, pourvoi n°99-18464.
- Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, inédit, pourvoi n°02-13577, rejet du pourvoi formé contre CA Paris, 4^{ème} chambre section A, 13 février 2002
- Civ. 1^{ère}, 16 novembre 2004, Pourvoi n°02-17683, Bull. civ. I, n°275 p.230.
- A.P. 7 mai 2004, avis Jerry Sainte-Rose, LPA 10 janvier 2005 p.8 ; D. 2004, Somm. p.2406 obs. Nadège Reboul-Maupin ; D. 2004, jur. p.1545, note Jean-Michel Bruguière et p. 1547, note Emmanuel Dreyer ; JCP 2004, II, 10085, note Christophe Caron ; RJDA juillet 2004 p.842 ; RTD Civ. 2004 p.528, note Thierry Revet ; RIDA 2005 n°202 p.225 chron. André Kéréver
- Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, pourvoi n°03- 14245, Bull. n°45 ; RIDA 2005 p.155 obs. Kéréver ; RLDI mars 2005, n°85 p.20, obs. Costes ; D. 2005, jur. p.568, obs. Ph. Allaëys.
- Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, Bull. n°134 p.115 (affaire de la place des Terreaux à Lyon) ; D. 2005, pan. p.1490 obs. Sirinelli ; D. 2005 jur. p.1645 note Allaëys et AJ p.1026 obs. Daleau ; RTD Com. 2005 p.306, obs. Pollaud-Dulian ; Comm. comm. électr. 2005, comm. n°78 note Caron ; JCP 2005, II, 10072 note Lancrenon ; RIDA juillet 2005, p.317 note Kéréver.
- Com. 19 avril 2005, Inédit, pourvoi n°03-12994.
- Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, pourvoi n°02-21452, Comm. Comm. électr. 2005, Comm. n°148 note Caron ; Gaz. Pal. 16-18 octobre 2005 p.14 note Daussy-Roman.
- Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005, D. 2006, jur. p.517, note Agnès Tricoire

4- Juridictions du fond

- T. correct. de la Seine, 29 janvier 1836, Gazette des Tribunaux du 30 janvier 1836
- CA Paris 1838, cité par Dalloz, *jurisprudence générale*, t.38, 1857, *propriété littéraire* n° 129
- CA Lyon, 17 juillet 1845, DP 1845, 2, 128.
- CA Paris, 28 juillet 1857, Ann. prop. ind. 1857, 286.
- CA Lyon, février 1868, Ann. Prop. Ind. 1871, p.19.
- CA Paris 2 août 1870, DP 1871, 2, p.16
- CA Paris 18 juin 1883, DP 1886, 2, p.192.
- Trib. civ. de la Seine, 9 décembre 1893, DP 894, 2, 262.
- CA Pau 18 novembre 1904, D.P. 1910, 2, p.81

- CA Paris, 12 mai et 10 novembre 1909, D.P. 1910, 2, p.81.
- CA Paris 4 mai 1911, DP 1912, 2, p.182
- T. correct. de la Seine, 2 février 1912, Ann. Prop. Ind. 1912, 190.
- T. Com. de la Seine, 25 novembre 1913, Ann. prop. ind. 1915-1919, 2, 16.
- CA Grenoble, 15 juillet 1919, D. 1920, 2, p.9, note A. Raouast.
- T. Com. Seine, 16 juillet 1921, Ann. Prop. Ind. 1922, p.346
- CA Paris, 18 décembre 1924, DH 1935, 30.
- Trib. Civ. Seine, 19 décembre 1928, Gaz. Pal. 1929, I, 264.
- Trib. Civ. Nantes, 14 mars 1930, Gaz. Pal. 1930, 1, p.729.
- CA Paris, 16 mars 1939, DH 1939, p.263
- CA Paris, 1^{er} avril 1957, D. 1957, jur. p.436 ; (1^{ère} espèce).
- Trib.Civ. Marseille 11avril 1957, JCP 1957 II 10334 obs. Plaisant ; D. 1957, jur. p. 369 ; S. 1957, 309.
- T. civ. De la Seine 9 mai 1957, Ann. Prop. Ind. 1963, p.329.
- CA Aix 13 janvier 1958, JCP 1958 II 10412 ; D.1958, jur. p.142 ;
- CA Paris, 9 novembre 1959, contrat de rewriting, RTD Com. 1961 p.82 obs. Desbois ; RIDA 1960 XXVII p.112.
- CA Paris 30 mai 1962, D. 1962, jur. p.571, note Desbois.
- CA Paris, 30 avril 1963, RTD Com. 1963 p.578.
- CA Paris 20 mai 1967, Ann. Prop. Ind. 1968 p.239.
- CA Paris, 1^{er} juillet 1967, Ann. Prop. Ind. 1968, p.249
- CA Paris, 27 novembre 1967, appel formé contre Trib. Com. de la Seine, JCP 1970, I, 2295
- CA Paris 15 janvier 1968, D.1968, jur. p.536 ; Gaz. Pal. 1968, 1, 185.
- CA Paris, 10 mars 1970, D. 1971, jur. p.114 note P.L. ; RIDA juillet 1970, p.139.
- TGI Rennes, 16 novembre 1970, JCP 1971, II, 16852 note Desjeux ; RTD Com. 1971 p.316 obs. Azémat.
- CA Paris, 22 novembre 1972, D. 1973, jur. p.93 note Ph. Malaurie.
- CA Paris 29 novembre 1973, Gaz. Pal. 1974, 1, p.139.
- CA Rennes, 18 février 1975, PIBD 1975, III, p.115.
- CA Paris 25 avril 1975, Ann. Prop. Ind. 1975, p.113.
- CA Paris, 8 janvier 1976, PIBD 1976, 168, III, 122.
- TGI Paris, 3^{ème} Ch. 30 septembre 1976, PIBD 1977, III, p.190.
- CA Paris, 19 octobre 1979, D. 1980, IR p.428, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski.
- CA Paris, 2 avril 1981, PIBD 1981, 208, III, 152 ; GAPI, n°6, note Catherine Fruteau.
- CA Paris, 26 mai 1983, PIBD 1983, 329, III, 189.
- CA Paris 13 mars 1984, D.1986, Somm. p.136 obs .J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski
- TGI Paris 5 juillet 1984, DB 1986, I, 6 ; PIBD 1985, 360, II, 7 ;
- TGI Paris, 21 septembre 1984, PIBD 1985, 362, III, 47.
- CA Paris 6 novembre 1984, PIBD 1985, III, p.85 ; RTD Com. 1985 p.510, obs. Chavanne et Azéma
- CA Paris, 13 juin 1985, Ann. prop. ind. 1986 p.180,
- CA Paris, 25 juin 1985, Ann. prop. ind. 1986 p.296.
- TGI Paris, 14 novembre 1985, D. 1987, Somm. p.117, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski.
- CA Versailles 9 juin 1986, D.1987, Somm. 156, obs. Colombet ; Gaz. Pal. 1986, 2, p.630, note Frémont ; RIDA janvier 1987, p.243, note Oberthür.
- CA Paris, 5 mars 1987, D. 1988, Somm. p.204, obs. Colombet.
- TGI Paris 13 avril 1988, PIBD 1988, III, p. 389.

-CA Versailles, 28 avril 1988, IR, p.165.

-T. Com. Meaux, 3 novembre 1987, LPA 24 août 1988, n°102 ; PIBD 1988, n°439, III, p.354.

-CA Versailles, 6 octobre 1989, RTD Com. 1990, p.201, obs. Chavanne et Azéma

-CA Paris 17 Octobre 1989, PIBD 1990, III, p.94 ; Ann. Prop. ind. 1992, p.291 ; RTD Com. 1990, obs. Chavanne et Azéma.

-CA Paris 20 décembre 1989, D. 1991, Somm. p.91, obs. C. Colombet.

-CA Paris 8 janvier 1990, D. 1992, Somm. p.311, obs. J.-J. Burst.

-CA Paris 11 janvier 1990, D. 1991, Somm. p. 86 obs. Colombet :

-CA Paris 1^{er} février 1990, Ann. Prop. indus. 1992 p.77

-CA Paris, 22 mars 1990, PIBD 1990, III, p.411

-TGI Paris, 4 avril 1990, RIDA juillet 1990 p.386 Comm. Kéréver ;

-CA Paris, 21 juin 1990, Ann. prop. Ind. 1992, p.306.

-TGI Paris, 27 juin 1990, RIDA n°149 juillet 1991, p.245, note Ph. Gaudrat.

-CA Paris 11 juillet 1990, RIDA octobre 1990 p.299 Comm. Kéréver p.249 ; D. 1992, Somm. Comm. p.17 obs. Colombet

-CA Paris, 1^{ère} ch. A. 23 octobre 1990, Sté Fotogram-Stone et a. c. Ann. Prop. Ind. 1992, n°1 p.70

-CA Paris, 4^{ème} chambre, 29 octobre 1990, Juris-Data n°24291.

-CA Paris, 13 décembre 1990, Ann. Prop. Ind. 1991, p.35 ; Cf. J.-J. Burst et A. Chavanne: n°71 p.68.

-CA Paris, 18 avril 1991, RIDA juillet 1992, p.166.

-CA Paris, 23 mai 1991, RIDA janvier 1992, p.313.

-CA Paris 2 décembre 1991, PIBD 1992, III, p.238.

-CA Paris 14 janvier 1992, RIDA 1992, p.198 ; Gaz. Pal. 1992, 2, p.570, concl. Delafaye et note Berhault.

-CA Paris 26 février 1992, D.1993, Somm. p.299 obs. J.-J. Burst.

-CA Douai, 20 mai 1996, sur renvoi de Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, L.P.A. 28 juillet 1997, p.15, note Christophe Caron.

-TGI Paris, 23 septembre 1992, RIDA octobre 1993, p.257.

-CA Paris 18 février 1993, D. 1993, jur. p.397, note Wekstein-Steg ; RIDA octobre 1993,

-CA Paris 9 mars 1993, PIBD 1993, III, p.441.

-CA Paris, 5 avril 1993, Expertises 1993 p.275.

-CA Paris 27 mai 1993, Ann. Prop. Ind. 1994, p.72.

-CA Paris 3 novembre 1993, PIBD 1994, III, p.45.

-CA Paris, 13 décembre 1993, Gaz. Pal. 5 juin 1994 p.16

-CA Paris, 15 décembre 1993, J.C.P. 1994 éd. E, panorama n°1, II, 540 note Frédéric Pollaud-Dulian ; D. 1994, jur. p.145, note Philippe Le Tourneau ; PIBD 1994, 560, III, 92 ; RDPI 1993, n°50, p.61

-CA Versailles, 15 décembre 1993, D. 94, jur. p.132 note P.-Y. Gautier ; RIDA 1994, n°160, p.255.

-CA Paris, 11 mai 1994, D. 1995, jur. p.185, note Ravanas.

-CA Versailles, 12^{ème} et 13^{ème} ch. réunies, 17 mai 1994, sur renvoi de cassation, D. 1995, Somm. p.53 obs. Colombet.

-CA Paris 5 octobre 1994, D. 1997, jur. p.53. CA Paris, 14 février 1985, Ann. Prop. ind. 1986, p.93.

-CA Paris, 21 novembre 1994, RIDA avril 1995 p.243.

-CA Versailles, 12^{ème} ch., 24 novembre 1994, D. 1995, Somm. p.262, obs. Yves Serra.

-TGI Nanterre, 1^{er} mars 1995, RIDA 1996, n°167, p.181 obs. A. Kéréver.

-CA Paris, 7^{ème} ch., 12 avril 1995, JCP 1997, II, 22806, note V. Crombez ; RD immo. 1997, p.203, obs. J.-L. Bergel.

- CA Paris 7 juin 1995, PIBD 1995, III, p.43.
- TGI Paris 4 octobre 1995, SARL Mage c/ Pando, LPA 15 décembre 1996, n°15 p.5 obs. Xavier Daverat ; JCP 1996, II, 22673, note Hervé Croze ; JCP éd. E 1996, I, 559 n°3.
- CA Douai, 20 mai 1996, RIDA 1996, n°170, p.278.
- CA Paris, 31 mai 1996, Juris-Data n°023442.
- CA Douai, 1^{er} juillet 1996, PIBD 1997, III, p.129.
- CA Versailles, 18 octobre 1996, D. 1997, Somm. p.93, obs. Colombet.
- CA Paris 23 octobre 1996, D. 1997, Somm. p.333, obs. Mousseron.
- CA Pau, 31 janvier 1996, LPA 13 décembre 1996, p.6, obs. X. Daverat
- CA Paris 17 janvier 1997, PIBD 1997, III, p.217 ; RDPI 1997, n°73 p.35 ; JCP éd. E 1997, I, 655, obs. F. Greffe.
- TGI Paris, 12 février 1997, PIBD 1997, 635, III, 361.
- CA Paris 30 mai 1997, PIBD 1997, 639, III, 493 réformant TGI Paris 21 janvier 1993, PIBD 1994, 544, III, 308.
- CA Paris, 29 octobre 1997, Biolase, PIBD 1998, III, p. 29 ; RDPI 1997, n°80 p.29.
- CA Paris, 16 janvier 1998, RDPI 1998, n°87, p.20.
- CA Paris 11 février 1998, PIBD 1998, III, 330 ; Ann. prop. indus. 1998 p.285
- CA Paris 3 avril 1998, PIBD 1998, 658, III, 389.
- TGI Paris 14 avril 1999, PIBD 1999, 684, III, p.405.
- TGI Paris, 15 juin 1999, PIBD 2000, III, p.157.
- CA Versailles, 16 septembre 1999, D. 2000, n°20 p.208, obs. T. Hassler et V. Lapp.
- CA Versailles 14 janvier 1999, Gaz. Pal. 15 avril 2000 p.23
- TGI Paris 5 juillet 2000, Comm. Comm. Electr. 2001 n°23 note Caron.
- CA Versailles, 7 septembre 2000, PIBD 2000, III, p.598.
- CA Paris 21 mars 2001, PIBD 2001, III, p.397 ; RDPI mai 2001 n°123, p.38.
- CA Paris 14 février 2001, Gaz. Pal. 2 août 2001, note A. Le Tarneç.
- CA Paris 31 janvier 2001, Gaz. Pal. 2 août 2001 p.25
- CA Paris, 11 octobre 2000, Gaz. Pal. 2 août 2001 p.30.
- T.Com. Nanterre 8^{ème} chambre, 27 septembre 2001, Syn'x Relief, Raymond P. et Isabelle C. c/ Softimage France, Softimage Inc. et Digital, Expertises mai 2002 n°259 p.199 et commentaire de Cyril Fabre p.183 ; RIDA juillet 2002 n°199 p.29 obs. André Kéréver.
- CA Versailles, 11 octobre 2001, Prop. Int. avril 2002, n°3 p.45, note A. Lucas ; Y. Reboul : *L'œuvre d'architecture intérieure : apparences et ... réalités*, Comm. Com. électr. 2002, chron. n°28.
- CA Paris, 4^{ème} chambre, 16 janvier 2002, Gaz. Pal, 27-28 septembre 2002, spécial publicité, p.23.
- CA Paris 6 mars 2002 et TGI Paris, 15 février 2002, Prop. indus. novembre 2002 p.26 note Greffe
- TGI Paris, 15 février 2002, JCP éd. E 2003, 1291 n°20 obs. Greffe, Prop. ind. 2002, comm. n°80 note Greffe. CA Douai, 11 mars 2004, D. 2005, pan. p.1771 obs. Galloux.
- TGI Paris 22 mars 2002 Anne Léauté veuve Guigan et a. c/ SARL Icauna et a., Prop. ind. janvier 2003, comm. n°1 p.20
- CA Paris, 20 juin 2001, Gaz. Pal. 7-8 juin 2002 p.5.
- CA Paris, 4^{ème} chambre, 6 mars 2002, Gaz. Pal, 27-28 septembre 2002, spécial publicité, p.22.
- TGI Paris, 14 juin 2002, Comm. Com. électr., comm. n°113 note Caron. JCP éd. E 2002, II, 1486.
- CA Paris, 26 septembre 2001, LPA 22 août 2002, p.12 note Alleaume.
- CA Douai, 2^{ème} ch. 1^{ère} sect., 6 février 2003, décision n° 2000/1851,
- CA Douai, ch.2 sect.1, 6 février 2003, décision n°2000/1851

- CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., 15 mai 2003, décision n°2002/00227
- CA Rennes, 7 octobre 2003, JCP éd. E 2004, jur. 562 p.619, note C. Caron.
- CA Versailles, 9 octobre 2003, Comm. Com. électr. 2004, Comm. n°25 note Caron.
- CA Versailles, 14 janvier 2004, RIDA 2004, n°201 p.280. Gaz. Pal. 2004 p.4015 note Dupont.
- TGI Paris, 26 mai 2004, D. aff. 2004, p.2641 note Galloux.

5- Office européen des brevets

- OEB Chambre des recours techniques 5 octobre 1988, T22/85-3.5.1, JOOEB 1990,12.
- OEB Chambre des recours techniques 3 juillet 1990, décision T.603-89, JO OEB mai 1992, p.230 ; PIBD 1992, III, p.428
- OEB Décision T60/89 du 31 août 1990, 3.3.2 JOOEB 1992 p.268, PIBD 1992, III, p.428.
- OEB Chambre des recours techniques, 19 mars 1992, décision T854/90, JO OEB novembre 1993, p.669 ; PIBD 1994, III, p.53 ; JCP E 1995, I, 471 n°8, obs. J.-M. Mousseron et J.-J. Burst.
- OEB Décision T412/93 du 21 novembre 1994
- OEB division des oppositions, 8 décembre 1994, D. 1996, jur. p.44, note Galloux.
- OEB Chambre des recours techniques, décision du 21 septembre 1995, T.422/93, 3.3.1, JOOEB 1997, 24 ; PIBD 1997, III, 266.
- OEB Chambre des recours techniques, décision du 1^{er} juillet 1998 T 1173/97 – 3.5.1, JOOEB octobre 1999 p.609 et décision T 935/97 non publiée au JO.
- OEB, Chambre des recours techniques, 7 mai 1999, décision T-1149/97, D. 2002, Somm. p.1191, obs. Galloux.
- OEB Chambre des recours techniques du 8 septembre 2000 T 931/95-3.5.1, JOOEB octobre 2001 p.413-484, Prop. ind. novembre 2002, commentaire n°77 p.21, note Privat Vigand.
- OEB Décision de la division d'opposition du 20 juin 2001, JOOEB juin 2002 p.275-343.

Table des matières

INTRODUCTION	7
Paragraphe premier : Objet de l'étude : la création en tant que résultat d'un travail de l'esprit	8
1- La création est un résultat	8
2- La création est le produit de l'esprit	10
Paragraphe deuxième : Une possible approche unitaire de la création intellectuelle.....	13
1-Le droit de la propriété intellectuelle : un droit bigarré	13
2-L'unité de la notion de création intellectuelle : la démarche adoptée.....	17
<u>PREMIERE PARTIE: LE DOMAINE DE LA CREATION</u>	19
TITRE I : LE DÉPASSEMENT DE L'ANTAGONISME CLASSIQUE ENTRE LE BEAU ET LE TECHNIQUE	21
CHAPITRE I : EXPOSÉ CRITIQUE DE LA DISTINCTION ENTRE OBJET D'ART ET OBJET D'INDUSTRIE.....	22
D'INDUSTRIE.....	22
Paragraphe premier : L'objet à vocation esthétique.....	22
A-Exposé de la catégorie.....	23
1- L'invitation textuelle.....	23
2- L'approbation jurisprudentielle	25
3- L'aval doctrinal.....	26
B-Appréciation.....	29
Paragraphe second : L'objet à vocation utilitaire.....	34
A-Exposé de la catégorie.....	35
1- L'« utilitarité » technique.....	35
2- L'« utilitarité » sociale	37
B-Appréciation.....	42
1- La relativité conceptuelle de la notion de technique	42
a)Un concept relatif dans sa définition même	42
b)Un concept relatif en raison de son fondement social.	44
2- La fonction sociale n'est pas l'apanage des créations utilitaires.....	45
CHAPITRE II : RECHERCHE D'UNE SYSTÉMATIQUE ET DÉPASSEMENT FORMEL DE L'OPPOSITION ENTRE OBJET D'ART ET OBJET D'INDUSTRIE.....	47
Paragraphe premier : Les voies sans issue (critères inopérants)	47
A-La combinaison des critères.....	47
B-Le recours à un critère fondé sur le régime d'octroi de la protection.....	48
1- L'opposition traditionnelle du fait et de l'acte.....	48
2- La vanité d'une approche fondée sur le régime de protection	52
Paragraphe second : Les voies nouvelles	53
A-L'indifférence de la finalité de l'objet (pour une relecture du principe de l'unité de l'art)	53
1- Exposé du principe.....	53
2- Les difficultés soulevées par le principe	55
3- La nécessaire relecture du principe : de l'« unité de l'art » à l'« indifférence de fonction ».....	58
B-La volonté du créateur : critère de répartition et clef du dépassement.....	60
CONCLUSION DU TITRE I.....	62

TITRE II: L'ACCESSION DE LA CRÉATION AU MONDE SENSIBLE.....63

**CHAPITRE I : LE PRINCIPE D'EXCLUSION DES IDÉES DU CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLEC-
TUELLE 64**

SECTION I : Exposé du principe d'exclusion64

1- L'exclusion traditionnelle en propriété littéraire et artistique.....65

2- L'exclusion « naturelle » du droit des brevets66

3- L'exclusion du droit des dessins et modèles.....67

SECTION II : EXPOSÉ CRITIQUE DES FONDEMENTS DE L'EXCLUSION 68

A-Fondements textuels.....68

1- Code de la propriété intellectuelle69

a)Propriété littéraire et artistique.....69

b)En matière de brevets.....71

c)En matière de dessins et modèles.....73

2- Droit communautaire75

a) Droit d'auteur75

b) Droit des brevets78

c) Dessins et modèles79

3- Textes internationaux.....79

a) Droit d'auteur80

b) Droit des brevets82

c) Droit des dessins et modèles83

B-L'expression jurisprudentielle du principe.....83

1- Propriété littéraire et artistique.....84

a) Créations littéraires et artistiques classiques.....84

b) Créations publicitaires88

c) Logiciels ou programmes d'ordinateurs.....89

2- Propriété industrielle.....92

a) Droit des brevets92

b) Droit des dessins et modèles95

C-Fondements théoriques.....97

CHAPITRE II : CRITIQUE DU PRINCIPE D'EXCLUSION DES IDÉES 101

SECTION I : LES PROBLÈMES SOULEVÉS PAR LE PRINCIPE D'EXCLUSION DES IDÉES 101

Paragraphe premier : Problèmes d'ordre conceptuel 101

1- Sur le concept d'idée.....101

2- Sur la notion de forme.....104

3- Sur la matérialité106

Paragraphe second : Objections d'ordre technique et juridique : un principe peu maniable 108

SECTION II : LA REMISE EN CAUSE DE L'UTILITÉ DU PRINCIPE D'EXCLUSION DES IDÉES..... 111

Paragraphe premier : Discussion sur l'utilité du principe112

A-La nature de l'idée selon le droit des propriétés intellectuelles113

1- Un non-sens conceptuel113

2- Du trouble jeté par l'expression jurisprudentielle du principe.....115

3- Casuistique : les grandes « formes d'idées ».118

a) L'idée comprise comme une simple impulsion créatrice.....119

b) L'idée comprise comme l'apport de recherches et de documentation120

c) L'idée comprise comme une finalité.....121

d) L'idée comprise comme une abstraction : théories, méthodes ou principes généraux122

B- La justification pratique du principe : l'impossible appréhension des idées par le droit	124
1- Le Constat : Une exigence traditionnelle de matérialisation	124
2- Le principe vu comme une exigence de précision	126
3- Critique du critère de précision.....	127
a) Précision et nouvelles conceptions de l'art.	127
b) Précision et « formes d'idées »	128
4- L'impuissance du droit face aux idées, justification pratique du principe d'exclusion.	130
Paragraphe second : L'inutilité du principe d'exclusion des idées.	132
A-La faible opportunité du principe : la confusion entre idée et banalité	132
B-Pour l'abandon du principe d'exclusion des idées	134
1- La vanité d'une approche juridique des idées.....	135
a)Idée et droit des biens : l'idée rebelle à toute catégorie	135
b)Idée et responsabilité civile : l'idée insaisissable.....	138
c)Idée et théorie générale du droit : l'idée dangereuse.....	139
2- Les palliatifs au principe	140
CONCLUSION DU TITRE II	142
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	145

DEUXIEME PARTIE : LES CARACTERES DE LA CREATION.....147

TITRE I : LES CARACTÈRES NÉCESSAIRES À L'ACCESSION AU MONDE JURIDIQUE.....149

CHAPITRE I : L'ATTRIBUTION DE LA QUALITÉ DE BIEN..... 150

SECTION I : LA NATURE DE BIEN DE LA CRÉATION INTELLECTUELLE..... 150

Paragraphe premier : L'existence d'un bien intellectuel..... 151

A-La notion de bien

1- Définition de la notion de bien..... 151

2- Le bien est une chose utile

a)La notion d'utilité..... 155

b)Application de la notion d'utilité en droit des biens

3- Un bien est une chose susceptible d'appropriation.

a)La notion d'objet de droit..... 164

b)La notion d'appropriation

B-La création, un bien incorporel

1- La notion de bien incorporel

2- La nature ambivalente de la création intellectuelle..... 172

Paragraphe deuxième : La création intellectuelle est un corps certain..... 178

SECTION II : La dérive vers une analyse purement économique : l'investissement contre la création181

Paragraphe premier : La valeur élément secondaire de la définition de la création..... 181

1- La valeur, conséquence de la qualité de bien..... 182

2- La valeur, élément absent des critères de la création..... 185

3- La prise en considération de la valeur comme élément de protection du créateur..... 188

a)Biens et valeur en droit commun

b)Création intellectuelle et valeur : Le créateur protégé.

Paragraphe deuxième : Le danger de la dénaturation de la protection des créations intellectuelles : la

protection de l'investissement..... 194

1- Le mélange des genres

2- Un constat amplifié par la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle aux producteurs de

supports des créations

3- Un constat à relativiser concernant le droit des producteurs de bases de données

CONCLUSION DU CHAPITRE	203
CHAPITRE II : LA CRÉATION, UNE CHOSE REPRODUCTIBLE.....	205
SECTION I : La reproductibilité de la création	206
A-Le droit de reproduction.....	207
1- Un droit d'exploitation.....	207
2- Un droit sanctionné	210
B-La reproductibilité ou l'ubiquité de la création	213
SECTION II : Les difficultés nées de la reproductibilité	214
Paragraphe premier : La controverse née de la jurisprudence relative à l'image des choses.....	215
A-Exposé de la jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation.....	216
B-La controverse doctrinale autour de l'image des choses.....	219
1- L'approche civiliste de l'image des choses.....	219
2- L'approche « intellectualiste » de l'image des choses.....	221
Paragraphe deuxième : L'articulation logique des propriétés et la création préservée : contre l'arrêt du 7 mai 2004.....	223
A-La réalisation d'une création et la reproductibilité des choses.....	224
1- Discussion sur la nature immatérielle de l'image et sur sa propriété.....	224
a)L'appréhension de l'image par le droit : autonomie ou consubstantialité ?.....	224
b)L'appréhension de l'image par le droit : chose ou bien ?	228
2- L'arrêt Gondrée respectueux de la liberté de créer	229
B-La création et la reproductibilité des choses	232
1- L'incohérence de l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 mai 2004	232
a)« Le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ».....	232
b)« Il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ».....	235
2- Réflexion sur les propriétés intellectuelles	237
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	238
CONCLUSION DU TITRE I.....	241
TITRE II : LES SPÉCIFICITÉS DE LA CRÉATION.....	242
CHAPITRE I : LA CRÉATION, FRUIT DE LA VOLONTÉ	243
SECTION I : l'exigence d'une intervention humaine maîtrisée	243
Paragraphe premier : Un créateur ne saurait être qu'une personne physique.	244
1- Une exigence évidente en matière de droit d'auteur.....	244
2- Une exigence sous-jacente en propriété industrielle.....	246
a)En matière de droit des dessins et modèles	246
b)En matière de droit des brevets	249
Paragraphe second : Le rejet des interventions créatrices non maîtrisées.....	252
1- Le rejet des interventions aléatoires et des simples découvertes	252
a)Propriété littéraire et artistique.....	253
b)Droit des brevets	257
2- L'exigence de conscience du résultat.....	261
SECTION II : La protection de la volonté à travers la protection de la création	265
Paragraphe premier : La volonté, condition de la qualité de créateur	265
1- La notion d'individu	265
2- La volonté comme définition du sujet agissant.....	266
3- La reconnaissance juridique du rôle social du créateur	270
Paragraphe second : Créateur par sa propre volonté : l'autodétermination de la qualité de créateur...273	

a)Propriété littéraire et artistique.....	273
b)Dessins et modèles.....	275
c)Créations utilitaires.....	276
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	277
CHAPITRE II : LA LIBERTÉ DANS LA RÉALISATION, CRITÈRE DE TOUTE CRÉATION.....	279
SECTION I : Le rejet du mérite comme critère de la création.....	279
A-La notion de mérite.....	280
1- Une exigence de haute créativité.....	280
2- Les tentations du mérite.....	281
a)La tentation du mérite en matière de propriété littéraire et artistique.....	281
b)La tentation du mérite en matière de droit des brevets.....	283
B- Un critère à proscrire.....	285
1- La prohibition en matière de droit d’auteur.....	286
2- La prohibition en matière de droit des brevets.....	288
SECTION II : La liberté : critère et condition de la création.....	289
Paragraphe premier : La mise en évidence du critère.....	290
A-Mise en évidence de l’exigence de liberté à travers les conditions de fond des différents types de créations.....	290
1- Liberté et Originalité.....	291
a)Liberté et Originalité en droit d’auteur.....	291
b)Liberté et Originalité en droit des artistes - interprètes.....	297
2- Liberté et activité inventive.....	298
3- Liberté et caractère propre.....	301
B-Approche synthétique : La liberté comme critère de la création.....	302
1- La liberté comme critère temporel : L’exigence de nouveauté de la création.....	302
a)La nouveauté première : La création en l’absence d’antériorité.....	302
b)La nouveauté dérivée : La création inspirée de créations antérieures.....	307
2- La liberté comme critère catégoriel de la création.....	311
Paragraphe deuxième : La liberté, condition de la création.....	312
A-La liberté, condition spécifique de la création.....	312
1- Création et activités méthodiquement créatrices.....	312
2- La liberté du créateur dans le cadre d’une relation de subordination.....	314
B-La liberté, condition objective.....	317
CONCLUSION DU TITRE II.....	319
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	320
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	322
LISTE DES OUVRAGES CITÉS PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS.....	328
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	329
INDEX.....	333
BIBLIOGRAPHIE.....	339
DÉCISIONS CITÉES.....	369
TABLE DES MATIÈRES.....	379