



Ce document a été publié le 13/04/2012 par Jeanne Bonacina-Lhommet sur le site <http://www.e-juristes.org>.

Il est publié sous licence Créative Commons CC BY-SA 2.0
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/>

MEMOIRE

SOUS LA DIRECTION DE MAITRE ANTOINE GITTON

**LE CRITERE D'ORIGINALITE EN DROIT D'AUTEUR :
CRITIQUE D'UNE MODIFICATION INDIRECTE DE
L'APPRECIATION SOCIOLOGIQUE DE L'ART**

master 2 pro
droit des NT | SI

Rédigé par Jeanne BONACINA LHOMMET dans le cadre du cours de propriété
intellectuelle dirigé par Maître Antoine Gitton

Février 2012

SOMMAIRE

PRÉFACE.....	p.3
PARTIE I : TENTER DE DEFINIR L'ORIGINALITE EN DROIT D'AUTEUR.....	p.6
Chapitre premier : Définition négative de l'originalité.....	p.7
Chapitre second : Définition positive de l'originalité.....	p.11
PARTIE II : LES NOUVELLES TECHNOLOGIES VECTEURS DE L'AFFAIBLISSEMENT DU CRITERE TRADITIONNEL DE L'ORIGINALITE.....	p.17
Chapitre premier : Le critère de l'originalité traditionnel face aux reproductions mécaniques.....	p.18
Chapitre second : Le logiciel comme œuvre de l'esprit : l'objectivisation du critère d'originalité.....	p.20
PARTIE III : L'EVOLUTION SOCIOLOGIQUE DE L'ACCEPTION DE L'ART : VERS L'INOPERATIONNALITE DU CRITERE TRADITIONNEL DE L'ORIGINALITE.....	p.22
ANNEXE.....	p.26
BIBLIOGRAPHIE.....	p.27

PRÉFACE

Extrait de l'article de CHARTIER, Roger, « Le droit d'auteur est-il une parenthèse de l'histoire? » *Le Monde*, 18 décembre 2005

« *Le raisonnement de Fichte [NDLR : philosophe allemand du XIXème siècle], en Allemagne, est remarquable. Il dit qu'un livre a une double nature : matérielle — l'objet — et spirituelle. L'objet appartient à celui qui l'a acheté. Mais le contenu spirituel ? Il y a les idées qui appartiennent à tout le monde, mais il y a aussi la forme, cette manière d'énoncer des idées, d'exprimer des sentiments propres à l'auteur. Ce dernier élément est, selon lui, le seul qui puisse justifier la propriété littéraire. »*

La position de Fichte à propos d'un cas précis, la littérature, datant du dix-neuvième siècle (!) illustre parfaitement les conditions d'application du droit d'auteur selon la législation française actuelle.

De manière simplifiée, le droit d'auteur fait référence au régime juridique protecteur accordé par le législateur français aux auteurs. Le dictionnaire *Larousse* donne la définition suivante du terme « auteur » : « *personne qui est à l'origine de quelque chose de **nouveau**, qui en est le créateur, qui l'a conçu, réalisé* ».

Le droit d'auteur méconnaît cependant l'idée de nouveauté dans son acceptation première. En effet, le Code de la propriété intellectuelle (CPI) en son article L.112-1 indique que le régime du droit d'auteur s'applique à « *toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». L'article L.112-2 dresse une liste non exhaustive d'œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur, sous condition d'originalité, ce critère ayant été dégagé par la jurisprudence depuis l'article L.112-4 du même Code.

Mais quelle est l'idée sous-jacente de la notion d'originalité de l'œuvre de l'esprit? S'agit-il d'une idée de parfaite nouveauté, de « jamais vu »?

En partant du postulat que toute œuvre ne serait qu'une « reprise » d'une autre œuvre antérieure (que cette dernière ait été divulguée ou non, ayant bénéficié de reconnaissance ou non) - ou plus globalement encore du postulat que tout auteur puise son inspiration dans ce que nous pourrions appeler le domaine public des idées, comment peut-on réaliser une œuvre « originale » éligible à la protection du droit d'auteur?

Le critère d'originalité fait référence, selon la jurisprudence, à l'expression de la personnalité de l'auteur. Dès lors que l'œuvre reflète la personnalité de son auteur, elle est éligible à la protection par le droit d'auteur car originale. Mais comment les juges peuvent-ils apprécier le reflet de cette personnalité en faisant abstraction du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination de l'œuvre? Il s'agit de se demander si cette obligation d'abstraction ne conduirait pas à une présomption d'originalité de l'œuvre avec une protection quasi automatique de celle-ci par le droit d'auteur.

Il apparaît clairement que le critère de l'originalité suscite de nombreuses questions.

De plus, il convient de noter que l'évolution des technologies de production des

œuvres met à mal ce critère. De surcroît, depuis la loi n°94-361 du 10 mai 1994, les logiciels sont éligibles à la protection par le droit d'auteur en tant qu'œuvres de l'esprit ce qui conduit à se questionner sur l'acception du droit d'auteur qui n'était normalement instauré que dans l'optique de protéger les œuvres du domaine littéraire et artistique...

Ensuite, l'évolution sociologique relative à l'acception de l'Art porte un coup à ce que nous pouvons nous permettre d'appeler la protection honorifique du droit d'auteur.

Alors que Lakanal dans son rapport de janvier 1793 sur la loi du 19 juillet 1793 n'envisageait qu'une approche esthétisante de l'œuvre justifiant sa protection avec la notion de « *productions du génie* », désormais, toute œuvre, pourvu qu'elle soit originale, bénéficie de la protection du droit d'auteur.

La notion de droit d'auteur, telle qu'appréhendée de façon contemporaine, est apparue en 1838 dans le *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts* rédigé par Augustin-Charles Renouard. Il apparaît bien que le droit d'auteur ne visait originellement à se cantonner qu'au domaine littéraire et artistique.

Toutes ces observations conduisent à se demander si la notion d'originalité, comme critère d'éligibilité à la protection par le droit d'auteur, est encore opportune aujourd'hui face à toutes ces évolutions technologiques et sociologiques qui impactent sur la production des œuvres de l'esprit. Si ces changements du monde moderne affaiblissent trop fortement le critère de protection par le droit d'auteur qu'est celui de l'originalité, ne conviendrait-il pas d'apporter parallèlement une adaptation à notre législation en modifiant ce critère ?

Plus précisément, il faut se demander si le critère d'originalité est encore opérant vis-à-vis de notre acception moderne de l'Art, qui ne semble désormais (et malheureusement) plus uniquement restreinte au domaine de la littérature et des arts plastiques.

Il conviendra dans une première partie de tenter de définir la notion d'originalité.

Ensuite, dans une deuxième partie, il faudra étudier l'affaiblissement du critère de l'originalité face aux évolutions technologiques.

Enfin, dans une troisième et dernière partie qui fera office de conclusion, il conviendra d'appréhender la remise en cause du critère d'originalité traditionnel face aux évolutions sociologiques françaises relatives à l'Art.

PARTIE I

TENTER DE DEFINIR L'ORIGINALITE EN DROIT D'AUTEUR

L'originalité en droit d'auteur peut être envisagée selon deux angles. Il est plus facile de donner une définition négative de l'originalité (Chapitre premier) avant de tenter de donner une définition positive, tâche se révélant être bien plus complexe (Chapitre second) et qui n'a jamais été relevée par le législateur.

CHAPITRE PREMIER

DEFINITION NEGATIVE DE L'ORIGINALITE

Qu'est ce que n'est pas l'originalité d'une œuvre de l'esprit ? Le critère d'originalité en droit d'auteur ne doit pas être compris comme étant relatif à la nouveauté d'une œuvre (paragraphe I), et il doit être apprécié indépendamment du « *genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination* » de l'œuvre de l'esprit, conformément à l'article L112-1 du CPI (paragraphe II).

I. L'originalité différente de la nouveauté

De nombreuses branches de la propriété intellectuelle font référence à la notion de nouveauté. Ainsi, en matière de droit des brevets, l'article L.611-10 du CPI impose que les inventions soient « *nouvelles* », l'article L.611-11 du CPI précisant qu'une « *invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique* »

Ensuite, en droit des dessins et modèles, l'article L.511-2 du CPI indique que « *seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre* ». L'article L.511-3 précise que la condition de nouveauté du dessin est respectée si, à la date de dépôt de la demande, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Il y a une référence à l'état antérieur de l'art.

L'originalité en droit d'auteur ne fait pas référence à la notion de nouveauté, privilégiant donc une appréciation de l'originalité indépendamment de l'état antérieur de l'art.

Il faut souligner que cette différence est opportune. En effet, certains auteurs se demandent si, en matière d'Art, « tout n'aurait pas déjà été vu ou fait » - il s'agit ici d'un grand débat qui anime les critiques d'Art et les artistes eux-mêmes.

Il est vrai que, comme en matière d'Histoire, l'Art est inscrit dans une chronologie que nous pouvons qualifier de cyclique. Certaines tendances artistiques, certains « courants » font à certaines époques plus ou moins l'objet d'inspiration pour les artistes.

Cette idée d'inspiration est aussi très importante. En effet, tout artiste est nécessairement influencé par son éducation, ses sensibilités, sa culture artistique propre qui l'influencent dans la réalisation de son œuvre. Certains auteurs vont même jusqu'à penser que toutes leurs créations ne seraient qu'une « copie » (à leur façon) d'une œuvre

qui a nécessairement existé auparavant, que cette œuvre ait été divulguée ou non, et qu'elle ait ou non bénéficié de reconnaissance par le public.

Dans une telle optique, intégrer le critère de nouveauté comme condition d'application du droit d'auteur à une œuvre (ou plus simplement assimiler nouveauté et originalité) reviendrait à supprimer purement et simplement la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur !

C'est ainsi que la Cour de cassation en sa 1^{ère} chambre civile le 11 février 1997 a considéré que « *la notion d'antériorité étant inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique, doit être cassé l'arrêt qui énonce que pour être protégeable, le « modèle » de bouton litigieux doit être nouveau* ».

Contrairement à la notion de nouveauté qui fait référence à l'état antérieur de l'art et qui est un critère objectif, la notion d'originalité est subjective, et c'est dans cette mesure que son appréciation est très complexe. Elle doit prendre en compte les particularités de l'auteur de l'œuvre de l'esprit, la subjectivité de ce dernier, et c'est pourquoi il convient de se demander si le critère d'originalité est réellement dépendant du genre, de la forme d'expression, de la destination de l'œuvre de l'esprit, et plus particulièrement de son mérite.

II. L'originalité indépendante « du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination » de l'oeuvre de l'esprit

L'article L.112-1 du CPI indique que les œuvres de l'esprit sont éligibles à la protection du droit d'auteur « *quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* »

Dès lors par exemple, un texte, sous condition d'originalité, doit être protégé de la même façon qu'il s'agisse d'un poème, d'une romance ou encore de ce qui pourrait être qualifié de « chef d'œuvre littéraire » par une presse unanime : c'est l'indépendance du genre. Ce même texte, qu'il soit lu, écrit, chanté, a le droit à la même protection par le droit d'auteur : il faut faire abstraction de la forme d'expression. La destination de ce texte, qu'il soit réservé à un petit public ou mis à disposition de tous, ne devra pas être prise en compte.

Ainsi par exemple, concernant la destination de l'œuvre, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré par un arrêt du 18 mars 1970 que des papiers peints pouvaient faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, dès lors que ces derniers

présentaient un caractère original.

En revanche, la question du mérite suscite plus d'interrogations. En effet, l'originalité doit refléter la personnalité de l'auteur, mais sans entrer dans une définition positive de l'originalité, il apparaît bien que le mérite est intimement lié au travail fourni par l'auteur, à sa démarche créatrice, tout comme l'originalité.

Il est clair que mérite et originalité (en tant que reflet de la personnalité de l'auteur) sont des notions différentes, ainsi, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mars 1979 rappelle qu'il « *n'est pas possible aux juges du fond de prendre prétexte du principe d'indifférence du mérite pour refuser de se livrer à la recherche nécessaire de l'originalité* »

Néanmoins, certaines décisions prennent en compte indirectement le mérite d'une œuvre afin de déterminer son éligibilité à la protection par le droit d'auteur, et dès lors le mérite apparaît comme une composante de l'originalité.

Ainsi, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation n'a pas censuré la décision des juges du fond « *qui ont admis la protection d'un modèle de sac au motif que l'œuvre traduisait par la combinaison de ces éléments caractéristiques **un effort personnel de création et de recherche esthétique qui caractérisent son originalité*** »

Il semblerait que cette abstraction du mérite imposée par l'article L112-1 du CPI ne vise, de façon théorique, qu'à empêcher les juges d'apporter un regard personnel, subjectif, sur le mérite ou sur les gratifications qu'il conviendrait de donner à une œuvre.

Mais les juges peuvent-ils être réellement impartiaux, objectifs? Il apparaît bien que la personnalité du juge, même s'il est supposé être totalement objectif, est fondamentale et ne peut pas être totalement paralysée au cours d'une instance.

Notamment en matière de propriété littéraire et artistique certains juges, en fonction de leurs sensibilités artistiques respectives, de leur éducation, ne pourront pas faire totalement abstraction de leur subjectivité propre. Dès lors, même s'ils ne pourront pas juger directement en fonction du mérite d'une œuvre, ils prendront en compte ce mérite en l'intégrant avec intelligence au sein de la notion d'originalité et dès lors leur décision ne risquera pas la cassation.

La notion d'originalité est donc une notion qui semble complexe, puisqu'elle n'intègre pas, en principe, l'idée de mérite de l'auteur. L'originalité semble donc être d'une

certaine manière le couvert d'une forme hypocrisie puisque finalement, les juges seront nécessairement et inconsciemment tentés de **juger**, et le terme est choisi sciemment, les œuvres en considérant le talent, la démarche créatrice de l'artiste, en cachant des critères de référence tel que le mérite, en principe supposés être écartés de toute prise en compte, sous la notion d'« originalité »...

CHAPITRE SECOND

DEFINITION POSITIVE DE L'ORIGINALITE

Il conviendra tout d'abord d'appréhender la notion d'originalité dans son acception traditionnelle comme reflétant la personnalité de l'auteur (paragraphe I) avant d'étudier l'originalité face à la limitation de la liberté de l'auteur dans la réalisation de son œuvre (paragraphe II) qui pourrait remettre en cause le critère de l'originalité et donc la protection de l'œuvre par le droit d'auteur.

I. L'acception traditionnelle de la notion d'originalité en tant que reflet de la personnalité de l'auteur

La notion d'originalité est une notion quasi omniprésente puisqu'elle est présente dans la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 dans son article 2.3 qui fait du critère d'originalité le critère d'appropriation des œuvres et de protection de celles-ci par un régime de droit d'auteur.

L'originalité est donc presque le critère universel en droit d'auteur puisque la grande majorité des États du monde sont parties à la Convention de Berne.

Néanmoins, aucune définition légale ou conventionnelle n'a été apportée à cette notion d'originalité, et son acception a été donnée essentiellement par un travail jurisprudentiel et doctrinal.

Ainsi, dans les années 1950, H. Desbois indiquait que « *l'originalité dans la forme constitue la pierre de touche des droits d'auteur* » et que « *les idées sont libres de parcours* ». Ces deux expressions impliquent bien que ce n'est pas l'idée qui est appropriée, les idées font partie de ce que nous pouvons appeler le patrimoine public des idées, elles n'appartiennent à personne, mais c'est cette façon de formaliser l'idée qui reflète la personnalité de l'auteur et qui est protégeable par le droit d'auteur.

L'originalité est donc une notion subjective, intimement liée à la personnalité de l'auteur. La jurisprudence utilisera les expressions « *empreinte personnelle* » ou encore « *travail purement personnel* » de manière traditionnelle (Civ.27 mai 1942)

Un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation du 13 novembre 1973 utilise l'expression « *d'empreinte du talent créateur personnel* » ce qui reflète bien l'étroite relation entre le mérite et l'originalité.

Dès lors, il est plus facile de comprendre qu'une même image, un même paysage par

exemple peut être peint par différents auteurs dans des couleurs similaires, et leurs œuvres respectives pourront être éligibles à la protection par le droit d'auteur dans la mesure où leur façon respective de formaliser leur idée, leur perception des choses leur sera propre, personnelle, et le critère d'originalité sera respecté.

Le critère d'originalité est donc centré autour de la personnalité de l'auteur de l'œuvre de l'esprit. Or cette subjectivité est laissée à l'appréciation des juges ce qui peut conduire à des fluctuations jurisprudentielles autour de la notion d'originalité.

Ainsi, dans un arrêt du 13 juin 2006, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a refusé la protection d'un parfum par le droit d'auteur en considérant que « *la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir faire, ne constitue pas au sens des textes précités la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur* » En outre, elle considère que l'élaboration d'un parfum ne laisse pas à son créateur une liberté créatrice suffisante permettant de caractériser sa personnalité.

En revanche, les juges du fond continuent à accorder la protection par le droit d'auteur aux parfums en considérant que ces derniers résultent d'un travail de création et de recherche artistique réalisés par les spécialistes appelés « nez ». Ainsi, un jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 24 septembre 1999 considère que « *la création de nouveaux parfums est le résultat d'une véritable recherche artistique, souvent longue, par des créateurs spécialisés, qu'il s'agit donc **indéniablement d'une œuvre de l'esprit*** »

La position de la doctrine sur le cas particulier des parfums est plutôt conforme à la solution donnée par la Cour de cassation. Ainsi, M. Gautier indique dans *Propriété littéraire et artistique* que la protection des parfums « *relève plutôt du droit des brevets* », dans le même sens, Frédéric Pollaud-Dulian considère que « *la formule d'un parfum relève de la technique industrielle dans le secteur des cosmétiques [...] leur protection relève du droit des brevets et/ou de l'action en concurrence déloyale et non du droit d'auteur* ».

En revanche, N. Binctin dans *Droit de la propriété intellectuelle* considère que « *l'approche retenue par la Cour de cassation [NDLR : en 2006] est contraire au régime du droit d'auteur qui ne s'intéresse pas à la méthode de production, mais à l'originalité du résultat final* »

L'exemple des parfums montre à quel point la notion d'originalité est fluctuante car étant un critère subjectif, son appréciation est elle-même subordonnée à la subjectivité des juges.

II. L'originalité de l'oeuvre de l'esprit remise en cause par la limitation de la marge de liberté accordée à l'auteur

Il conviendra tout d'abord de s'interroger sur l'octroi de la protection d'une oeuvre par le droit d'auteur dans le cadre d'une commande qui aurait été faite à un auteur par un tiers (A) puisque la marge créatrice de cet auteur se trouve encadrée par des spécifications et des impératifs qui lui sont extérieurs, ce qui peut remettre en cause l'originalité en tant que reflet de la personnalité de ce dernier.

Enfin, il faudra se demander d'une manière globale si l'homme, et plus spécifiquement l'auteur est réellement libre (B). Il s'agira de prendre en considération des courants de pensée philosophiques afin de tenter de déterminer si le droit d'auteur peut être remis en cause dès lors que certains philosophes remettent en cause la liberté des hommes elle-même.

A. La notion traditionnelle de l'originalité face aux impératifs posés par un tiers

Afin de caractériser l'originalité d'une oeuvre de l'esprit, il faut que l'auteur ait fait preuve d'une certaine liberté dans la formalisation de son oeuvre.

Ainsi donc, il faut se demander si une commande faite à un artiste avec des spécifications précises laisse une marge d'appréciation et de création suffisante à l'auteur pour que ce dernier puisse bénéficier de la protection par le droit d'auteur à l'égard de son oeuvre.

L'article L111-1 du CPI en son alinéa 2 apporte une esquisse de réponse à cette question puisqu'il dispose que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa...* ». Dès lors, la conclusion d'un contrat de commande n'emporte pas présomption d'absence d'originalité de l'oeuvre de l'esprit.

La jurisprudence a ainsi considéré que « *ne saura prétendre à la qualité d'auteur la personne qui a commandé la fabrication et l'exécution d'une trousse pour écolier en matière plastique indiquant que la matière plastique doit être transparente avec impression de petits pois* » (Tribunal de Paris, 9 mai 1985), cette décision indiquant bien que la réalisation, la formalisation d'une idée bien que conditionnée par des spécifications dictées par un tiers, ne prive pas nécessairement l'oeuvre de l'empreinte de la personnalité de son auteur. Dès lors, l'auteur reste titulaire des droits d'auteur afférents à cette oeuvre de l'esprit ayant fait l'objet d'un contrat de commande.

Dans son principe, la jurisprudence accepte que l'auteur puisse limiter sa liberté créatrice conventionnellement sans préjudice vis-à-vis de son droit moral qui n'existe pas *a priori*, mais ne prend forme qu'une fois l'œuvre elle-même formalisée.

Ainsi, un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation du 7 avril 1987 rappelle que « *le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci et l'auteur peut, sans préjudice des dispositions de l'article 32 de la loi du 11 mars 1957, au préalable, **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*** »

Mais il faut se demander si l'empreinte de la personnalité de l'auteur peut se refléter dans une œuvre ayant fait l'objet d'une commande pour laquelle le commanditaire aurait conventionnellement imposé un degré de précision ne laissant aucune marge de liberté créatrice à l'auteur, qui ne sera, alors qu'un simple exécutant.

Il s'agira pour les juges d'apprécier la situation *in concreto*, en fonction du degré de liberté laissée au commandité.

Ainsi, afin d'illustrer nos propos, il convient d'évoquer l'affaire Victor Vasarely qui concevait ses œuvres, mais laissait la conception manuelle aux soins d'un exécutant.

La situation ici est la même que dans le cadre d'un contrat de commande : celui qui réalise la conception matérielle de l'œuvre est-il un simple exécutant ou est-il un co-auteur / auteur (car ayant pu exprimer sa personnalité lors de la réalisation matérielle) bénéficiant de ce fait de la protection juridique du droit d'auteur pour l'œuvre en question ?

Pour l'affaire Vasarely, seule la qualification d'exécutant a été retenue et seul Vasarely bénéficiait du statut d'auteur. Dès lors, nous pouvons penser que dans le cadre d'un contrat de commande dans lequel le commanditaire aurait indiqué conventionnellement des spécifications nombreuses et ne laissant qu'une infime part de liberté créatrice à l'exécutant, l'originalité ne saurait être caractérisée et donc l'exécutant ne pourrait se prévaloir de la protection par le droit d'auteur pour l'œuvre ainsi réalisée.

B. L'auteur libre – l'auteur conditionné par la vie

Si l'homme n'est pas libre, s'il est « formaté » dès sa naissance ou par son éducation, dès lors, sa liberté dans la conception de son œuvre est inexistante car sa démarche créatrice est uniquement conditionnée par son histoire, sa vie.

Ainsi, pour Spinoza, l'idée que tout homme serait libre est une illusion. Ainsi, dans *Ethique II*, le philosophe écrit : *"Les hommes, donc, se trompent en ce qu'ils pensent être libres ; et cette opinion consiste uniquement pour eux à être conscients de leurs actions et*

ignorants des causes par lesquelles ils sont déterminés. L'idée de leur liberté, c'est donc qu'ils ne connaissent aucune cause à leurs actions. Car ils disent que les actions humaines dépendent de la volonté, mais ce sont des mots qui ne correspondent à aucune idée. Ce qu'est, en effet, la volonté, et comment elle meut le corps, tous l'ignorent ; et ceux qui se vantent de la savoir et se représentent un siège et une demeure de l'âme excitent d'ordinaire le rire et le dégoût."

Chez Spinoza il n'y a donc aucun libre arbitre pour l'homme. Si cette pensée philosophique était appliquée au droit d'auteur, l'auteur ne serait jamais animé d'une liberté créatrice, son œuvre serait déterminée par des éléments qui lui sont extrinsèques, sa personnalité ne pourrait jamais se refléter dans son œuvre et dès lors, aucune œuvre ne serait éligible à la protection du droit d'auteur.

Ensuite, il faut citer la critique « popperienne » du déterminisme contenu dans *L'Univers irrésolu, plaidoyer pour l'indéterminisme*, rédigé par Popper en 1982.

L'extrait suivant est certes long, mais il explique de manière claire les différents débats philosophiques animant les partisans du déterminisme et ceux de l'indéterminisme dans leur relation vis-à-vis de la création artistique :

« Le point de vue opposé - celui de Laplace - mène à la prédestination. Il conduit à l'idée que, il y a des milliards d'années, les particules élémentaires du Monde 1 contenaient la poésie d'Homère, la philosophie de Platon et les symphonies de Beethoven, comme une graine contient la plante ; il mène à l'idée que l'histoire humaine est prédestinée et, avec elle, toutes les manifestations de la créativité humaine. Et la version de la théorie quantique est tout aussi mauvaise. Elle fait de la créativité humaine une question de simple hasard. Il y a sans doute un élément de hasard.

Cependant, la théorie selon laquelle la création d'œuvres d'art ou de musique peut, en dernière analyse, être expliquée en termes de chimie ou de physique me paraît absurde. Dans la mesure où la création musicale peut être expliquée, elle doit l'être, au moins en partie, en faisant intervenir l'influence d'autres musiques (qui stimulent aussi la créativité des musiciens) et, ce qui est plus important, en faisant intervenir la structure, les lois et les contraintes internes qui jouent un rôle si important dans la musique et dans tous les autres phénomènes du Monde 3 - lois et contraintes dont l'assimilation et parfois le refus sont d'une très grande importance pour la créativité des musiciens.

Ainsi, notre liberté, et surtout notre liberté de créer est soumise clairement aux restrictions des trois Mondes. Si Beethoven, par quelque infortune, avait été sourd de naissance, il ne serait pas devenu compositeur. En tant que compositeur, il soumit librement sa liberté d'inventer aux restrictions structurales du Monde 3. Le Monde 3,

autonome, fut celui où il fit ses découvertes les plus grandes et les plus authentiques, libre qu'il était de choisir son chemin, comme un explorateur dans l'Himalaya, mais étant aussi limité à la fois par le chemin choisi jusque-là et par les suggestions et les restrictions internes du nouveau monde ouvert qu'il était en train de découvrir »

Nous n'aurions pas pu mieux résumer le débat qui anime partisans du déterminisme et de l'indéterminisme que ne le fait Popper. Il est certain que tout artiste, tout auteur est conditionné par son éducation, ses sensibilités qui constituent sa subjectivité propre. Mais c'est bien cette subjectivité caractéristique à chaque auteur qui permet une approche artistique personnelle caractérisant l'originalité de l'œuvre de l'esprit créée.

En revanche, si le critère d'originalité semble approprié pour le domaine littéraire et artistique, ce que nous nous permettrons d'appeler « l'Art pur », la notion traditionnelle de l'originalité semble être mise à mal face aux évolutions technologiques et à l'évolution sociologique relative à la notion de l'Art.

PARTIE II

LES NOUVELLES TECHNOLOGIES VECTRICES DE L'AFFAIBLISSEMENT DU CRITERE TRADITIONNEL DE L'ORIGINALITE

L'essor des nouvelles technologies vient mettre à mal le critère d'originalité dans son acception traditionnelle notamment avec l'émergence du numérique et des reproductions mécaniques (Chapitre I). Ensuite, ce critère est affaibli par l'introduction des logiciels au sein de la liste des œuvres de l'esprit de l'article L112-2 du CPI (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER

LE CRITERE DE L'ORIGINALITE TRADITIONNEL FACE AUX REPRODUCTIONS MECANQUES

La photographie, qui est soumise à un mode de production mécanique, a fait l'objet de nombreuses controverses au cours de ces dernières décennies et sa protection par le droit d'auteur était alors remise en cause. En effet, il était estimé que l'aspect mécanique inhérent à la photographie privait l'auteur de sa liberté créatrice et dès lors le critère d'originalité ne pouvait être respecté.

L'évolution du régime de protection des photographies met bien en avant le caractère hypocrite de la législation française et l'influence trop regrettable de l'économie sur tous les domaines publics, particulièrement celui de l'Art et de la culture qui intéresse notre étude.

Lorsque la photographie s'est développée au 19ème siècle, s'est posée la question de sa protection par droit d'auteur. Il était permis d'hésiter entre plusieurs approches.

Une partie de la jurisprudence et de la doctrine a considéré qu'il ne pouvait y avoir protection par le droit d'auteur car la prise de vue est mécanique et parce que le travail a lieu avant la prise de vue avec le choix du cadrage, donc la réalisation formelle de la photographie n'impliquait pas la personnalité de son auteur.

La deuxième tendance invoquait que toutes les photographies étaient des œuvres. Une autre tendance voulait qu'au cas par cas on détermine si la photo avait un caractère artistique et si elle exprimait la personnalité de son 'auteur. Le caractère mécanique gênait la doctrine et la jurisprudence.

Par la loi du 11 mars 1957, le législateur a aussi été gêné par le caractère mécanique du procédé qui peut faire douter de la possibilité pour l'auteur d'exprimer sa personnalité. Mais ces photographies pouvaient avoir un intérêt économique ou documentaire. Le législateur a donc considéré qu'on pouvait distinguer les photos qui justifiaient une protection parce qu'elles ont un intérêt documentaire ou un caractère artistique.

Ainsi, il a été considéré que les photos d'identité des assassins des hauts de seine n'avaient aucun intérêt artistiquement mais que d'un point de vue documentaire elles en avaient un.

Dès lors, l'article 3 de la loi du 11 mars 1957 indiquait que la photo était protégée si elle présentait soit un caractère artistique soit un caractère documentaire. Cette approche

paraissait assez rationnelle, adaptée à l'objet de la protection mais elle avait des inconvénients. Tout d'abord, on protégeait presque toutes les photos (car elles avaient presque toujours un intérêt documentaire), mais surtout cette approche faisait exception à deux principes fondamentaux : l'indifférence du mérite et l'indifférence de la destination. En effet, lorsqu'une œuvre était protégée en fonction de son caractère artistique, cela supposait une appréciation artistique. Quand le caractère documentaire était visé, toute référence à la personnalité de l'auteur était supprimée et seule une référence à la destination de l'œuvre était prise en compte. Le résultat était donc une protection largement étendue des photos.

Avec la réforme de 1985 et la loi *Lang*, les photos sont désormais soumises au critère original du droit commun de l'originalité dans la forme et sont inscrites à l'article L112-2, 10° au titre des œuvres de l'esprit. Toutes les photos ne sont donc plus protégées, elles le seront sous condition d'originalité. Certains clichés sont purement mécaniques, et pour qu'ils soient protégés par le droit d'auteur, ils doivent exprimer la personnalité de l'auteur.

La personnalité peut donc s'exprimer dans la composition, dans la réalisation mais aussi au delà, dans la partie tirage par exemple.

Cet alignement des photographies sur les autres œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur fait à son tour l'objet de critiques, une partie de la doctrine considère que le critère de l'originalité ne serait pas adapté à la photographie qui devrait faire l'objet d'une protection spéciale.

Cet exemple de la photographie qui illustre les difficultés du critère de l'originalité traditionnel face aux évolutions technologiques peut pourtant nous paraître peu révélateur face à l'introduction du logiciel au sein de la liste des œuvres de l'esprit dressée par le CPI. En effet, la pratique de la photographie s'est de plus en plus rapprochée du milieu des arts plastiques, et sa protection par le droit d'auteur, sous condition d'originalité, nous paraît moins choquante que la protection par le droit d'auteur du logiciel, qui relève d'une conception purement technique.

CHAPITRE SECOND

LE LOGICIEL COMME OEUVRE DE L'ESPRIT : L'OBJECTIVISATION DU CRITERE D'ORIGINALITÉ

L'arrêt *Babolat contre Pachot* rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 mars 1986 est venu bouleverser totalement la notion d'originalité dans son acception traditionnelle. La question qui se posait aux magistrats était celle de savoir si un logiciel, plus spécifiquement son code source, présentait un caractère original, et de ce fait était éligible à la protection par le droit d'auteur.

L'influence du lobbying industriel est ici remarquable. Parce que le droit d'auteur était déjà bien instauré au niveau international, grâce à la convention de Berne notamment, et présentait de nombreux avantages économiques (pas de formalités, un régime juridique très protecteur) l'écriture d'une ligne de code a été rapidement considérée comme assimilable à une forme d'écriture littéraire.

Mais comment était-il possible de concilier le critère du droit d'auteur, critère subjectif de l'originalité tel qu'étudié précédemment, avec les considérations presque purement techniques relatives à l'élaboration d'un logiciel ?

L'arrêt *Pachot* procède à une modification de l'essence même du critère de l'originalité en objectivant ce dernier : « *hors le domaine des belles lettres ou de l'art pur, s'agissant d'œuvres à caractère utilitaire, l'originalité s'entend parfois de manière plus objective comme l'existence d'un apport intellectuel propre à son auteur* »

L'arrêt *Pachot* marque donc le passage d'un critère subjectif qui était opérant pour « l'Art pur » à un critère objectif : pour les outils utilitaires tels que le logiciel, il conviendra de prendre en compte « *l'apport intellectuel* » de l'auteur et non pas « *l'apport personnel* ».

Cette décision nous semble regrettable. Pour des raisons économiques et de pressions industrielles, la Cour de cassation se plie aux lobbyings en modifiant habilement la notion d'originalité.

Il y a ici une réelle dénaturation du critère traditionnel de l'originalité, mais par ricochet, c'est toute l'acception du droit d'auteur et de la notion d'Art qui s'en trouve entachée.

La loi n°94-361 du 10 mai 1994 a intégré à l'article L.112-2 en son 13° les logiciels en tant qu'œuvres de l'esprit. Il semblerait donc que pour les œuvres utilitaires telles que le logiciel, le critère objectif de « *l'apport intellectuel* » justifie la protection par le droit d'auteur, tandis que les œuvres littéraires et artistiques restent soumises au critère d'originalité dans son acception traditionnelle.

Cependant, un arrêt de la CJCE en date du 16 juillet 2009, *Infopaq International*, vient estomper cette différenciation d'acceptation de la notion d'originalité entre œuvres utilitaires et œuvres littéraires et artistiques et ne semble prendre en compte uniquement plus que la notion objective de l'originalité en tant que « *l'expression intellectuelle propre à l'auteur* »

Or, l'objectivisation du terme *original* semble conduire à une protection de toutes les œuvres de l'esprit de manière quasi automatique puisque la notion d'apport intellectuel prête peu à interprétation et est très large dans son acceptation.

Cependant, il faut admettre que l'évolution sociologique relative à l'acceptation des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur semble être en adéquation avec les modifications portées à la liste des œuvres de l'esprit du CPI, à laquelle à été ajouté notamment le logiciel.

Il s'agira ici de se référer essentiellement au sondage réservé aux professionnels de l'informatique qui a été réalisé (*cf infra* pour les codes d'accès), certains résultats sont très révélateurs de l'évolution des mentalités face aux nouvelles technologies en relation avec le droit d'auteur.

PARTIE III

L'EVOLUTION SOCIOLOGIQUE DE L'ACCEPTION DE L'ART : VERS L'INOPERATIONNALITÉ DU CRITERE TRADITIONNEL DE L'ORIGINALITÉ

Cette dernière partie, qui fera office de conclusion, présentera les résultats tirés de deux sondages réalisés de notre propre initiative, l'un auprès de non professionnels du droit, intitulé « *Droit d'auteur – approche sociologique* » et l'autre auprès des professionnels de l'informatique : « *Droit d'auteur et logiciel* ».

Vous trouverez en annexe les liens permettant d'accéder aux deux questionnaires tels que présentés aux personnes ayant accepté de participer aux sondages, ainsi que les codes d'accès vous permettant d'étudier tous les résultats et commentaires si cela vous intéresse.

Bien que le taux de participants ne soit pas suffisamment élevé pour constituer des statistiques probantes, certaines idées ou remarques font acte de l'évolution des mentalités dans notre société.

Tout d'abord, par rapport au chapitre second de la deuxième partie relative à l'affaiblissement du critère d'originalité par l'introduction du logiciel en tant qu'œuvre de l'esprit, il convient de relever que, contrairement à l'assimilation opérée par notre droit entre l'écriture d'une ligne de code et l'écriture littéraire, la majorité des professionnels de l'informatique interrogés ne considère pas que leur travail d'écriture de lignes de code soit assimilable à l'écriture littéraire. Une remarque a été soulevée sur ce point et est très intéressante : « *une ligne de code permet d'effectuer une opération mathématique. Or il existe plusieurs façons, plus ou moins "performantes" de réaliser cette opération. C'est dans ce cadre qu'on parle de "programmation informatique artistique", car on peut imaginer plusieurs façons de résoudre un même problème.* »

Certains professionnels de l'informatique avancent cependant l'idée que l'écriture d'une ligne de code peut être originale et créatrice dans le sens où elle peut revêtir l'apparence de l'écriture d'une recette de cuisine par exemple, cette illustration nous ayant été indiquée par un doctorant à l'Université Technologique de Compiègne : https://en.wikipedia.org/wiki/Chef_%28programming_language%29

Ensuite, lors du sondage réalisé auprès de non juristes visant à appréhender

l'évolution de l'acceptation du droit d'auteur et corrélativement celle de l'Art, il est apparu que quasiment la majorité des personnes ayant participé au sondage considère qu'une œuvre réalisée par des procédés techniques est éligible au droit d'auteur au même titre que l'œuvre réalisée manuellement : le débat sur la réalisation mécanique de la photographie semble donc quelque peu désuet...

Afin d'étayer cette idée, il est intéressant de citer quelques remarques faites par les participants au sondage :

« Il faut s'adapter au temps ! Avant les hommes peignaient avec leurs doigts puis avec des pinceaux maintenant avec des souris d'ordinateur »

« Seul le support change mais ce qui importe est la démarche de l'artiste. »

« Le fait que les technologies nuisent gravement à la création artistique manuelle est indéniable. »

A travers l'analyse de ces sondages, une évolution des mentalités semble de prime abord se dégager. Tout d'abord parce que finalement, l'amalgame qui a été réalisé par la jurisprudence entre « apport personnel » et « apport intellectuel » n'a fait que rendre encore plus flou le champ d'application du droit d'auteur.

L'une des personnes sondées a répondu concernant l'acceptation du logiciel en tant qu'œuvre de l'esprit :

« Je ne vois pas un logiciel du point de vue d'un travail de création, d'une œuvre de l'esprit car dans mon esprit le droit d'auteur se rattache à la propriété littéraire et artistique. Je le conçois plutôt comme une innovation protégée par un brevet, et donc à rattacher à la propriété industrielle. » Cette remarque souligne un point crucial de notre étude. Le droit d'auteur est traditionnellement mis en place pour protéger les œuvres de l'esprit issues de la création littéraire et artistique. Le critère de l'originalité en tant qu'expression de la personnalité de l'auteur, de sa subjectivité s'accorde bien avec les domaines littéraires et artistiques, puisque ces domaines sont, par essence, eux-mêmes subjectifs.

Malheureusement, afin de satisfaire les lobbyings économiques, les juges ont été tentés d'intégrer des objets relevant des domaines de l'industrie, des technologies (tel que le logiciel) au sein des œuvres de l'esprit éligibles à la protection du droit d'auteur, qui comme nous l'avons indiqué précédemment, est très protecteur en France.

Le critère subjectif traditionnel de l'originalité ne s'appliquant pas à ces domaines technologiques, il a fallu modifier, objectiver la notion d'originalité au détriment de son sens premier. Cette démarche est regrettable. Tout d'abord parce qu'on ne peut pas appliquer un critère objectif (« l'empreinte intellectuelle de l'auteur ») à un domaine

caractérisé par sa subjectivité qu'est l'Art. Cela revient à modifier l'essence même de l'Art puisqu'on lui assimile des « œuvres de l'esprit » éligibles au droit d'auteur, qui n'en sont pourtant pas selon l'acception traditionnelle de ces œuvres de l'esprit...

Comment prouver qu'une création artistique peut refléter un effort intellectuel ? Lorsqu'un peintre réalise un tableau, il ne peut expliquer *intellectuellement* pourquoi il a choisi d'utiliser du bleu ou du rouge. Picasso aurait-il pu expliquer pourquoi certains de ses personnages représentés sur ses toiles ont deux nez ? Intellectuellement, par une démarche raisonnée et censée, Picasso savait bien qu'une personne n'a, en principe, qu'un seul nez. Ce sont ses sensibilités, sa subjectivité du monde et des choses, son ressenti personnel, ses émotions propres qui l'ont poussé à peindre ses toiles tel qu'il l'a fait.

Au fur et à mesure de la rédaction de ce mémoire et des recherches qui ont été faites, il apparaît bien que le critère traditionnel de l'originalité a été profondément écorché par les modifications légales et jurisprudentielles apportées au droit d'auteur.

Je ne nie pas le travail intellectuel qui est fait par les informaticiens dans l'élaboration de leur logiciel, mais il n'exprime pas leur sensibilité, leur vision du monde : ils communiquent avec une machine, et non pas avec un être humain pouvant ressentir des émotions. Évidemment, indirectement, l'interface issue du logiciel permettra de communiquer avec l'utilisateur du logiciel. Mais a-t-on déjà vu des musées exposant des logiciels ?

Il me semble que ces évolutions de terminologie sont regrettables car à force d'affaiblir la notion d'originalité pour l'adapter aux évolutions technologiques, on affaiblit la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur, qui désormais protège, et je pèse encore ici mes mots, tout et n'importe quoi.

Le législateur aurait plutôt dû prendre en compte ces modifications et évolutions technologiques et créer des régimes juridiques spéciaux sans porter atteinte au régime du droit d'auteur. Certes, cela aurait-il pris plus de temps. Il aurait fallu résister aux pressions économiques et industrielles. Mais cette résistance aurait permis de conserver une protection à caractère honorifique de l'Art, sans dénaturer la dimension culturelle essentielle reconnue traditionnellement à la France et protégée par le droit d'auteur.

Pour conclure sur une note totalement subjective (puisque nous sommes au cœur de la subjectivité et de l'objectivité) j'indiquerais qu'est bien regrettable le temps des hommes politiques qui mettaient un point d'honneur à la protection de notre patrimoine culturel français (Pompidou notamment)

La culture, l'Art ne devraient pas être subordonnés au diktat de l'économie. Mais

bien malheureusement, il apparaît que même pour ce qui était autrefois le blason national français qui rayonnait de par son patrimoine culturel national, l'économie et les lobbyings industriels ont pris le dessus, jusqu'à parvenir à modifier notre acception de l'Art dans son essence même.

ANNEXE

1. Sondage « Droit d'auteur – Approche sociologique »

Sondage :

<http://www.surveymonkey.com/s/FKP8NBD>

2. Sondage réservé aux professionnels de l'informatique « Droit d'auteur et logiciel »

Sondage :

<http://www.surveymonkey.com/s/MRN3GMR>

BIBLIOGRAPHIE

–www.legifrance.fr

Code de la propriété intellectuelle

Code de la consommation

–CHARTIER, Roger. « Le droit d'auteur est-il une parenthèse de l'histoire? » *Le Monde*, 18 décembre 2005

–BINCTIN, Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle*; LGDJ, 2010

–SPINOZA, *Ethique II*, Scolie de la proposition 35

–POPPER, Karl, *L'Univers irrésolu. Plaidoyer pour l'indéterminisme*, Hermann, 1982

–GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 6ème édition, PUF, 2007