



HAL
open science

L'originalité, unique condition à la protection du droit d'auteur : vérification par l'application aux créations audiovisuelles

Théo Sougy

► **To cite this version:**

Théo Sougy. L'originalité, unique condition à la protection du droit d'auteur : vérification par l'application aux créations audiovisuelles. Droit. Université Jean Moulin - Lyon III, 2022. Français. NNT : 2022LYO30042 . tel-04144622

HAL Id: tel-04144622

<https://theses.hal.science/tel-04144622>

Submitted on 28 Jun 2023

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

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



N° d'ordre NNT : 2022LYO30042

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Membre de l'université de Lyon

École doctorale n° 492 - Droit

Discipline de doctorat : **Droit**

Soutenue publiquement le 25/11/2022, par

Théo SOUGY

L'originalité, unique condition à la protection du droit d'auteur Vérification par l'application aux créations audiovisuelles

Laboratoire de recherche : **Équipe de droit international européen et comparé**

Directeur de recherche :

TREPOZ Edouard, *Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Membres du jury :

SIIRIAINEN Fabrice, *Professeur à l'Université Côte d'Azur (Président du jury. Rapporteur)*

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Professeur à l'Université de Nantes (Rapporteur)*

KAHN Anne-Emmanuelle, *Maître de conférences HDR à l'Université Lumière Lyon 2*

VERCKEN Gilles, *Avocat, Paris*

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur Treppoz pour son encadrement et ses précieux conseils tout au long de cette thèse. Je tiens aussi à le remercier pour son cours de droit d'auteur que j'ai suivi en Master 2 avec passion et qui m'a donné l'envie de poursuivre mes études par ce doctorat.

J'adresse également tous mes remerciements aux membres du jury qui me font l'honneur d'assister à cette soutenance, en particulier à Madame Kahn pour m'avoir fait confiance en me proposant d'assurer les travaux dirigés de son cours de droit d'auteur.

Je tiens à témoigner toute ma reconnaissance à mes parents qui m'ont accompagné tout au long de mes études de droit et ont aiguillé nombre de mes questionnements ; à mon père notamment, dont l'aide m'aura été absolument indispensable au moment de relire et de confronter mon travail à ses raisonnements.

Je remercie chaleureusement Pierre pour ses nombreuses relectures de mails, mais aussi tous mes amis, de Lyon et d'ailleurs, qui ont toujours su trouver le bon mot pour effacer les nuages qui flottaient quelquefois dans mon esprit durant cette thèse finalement pas si solitaire.

Je tiens enfin à remercier Zoé pour son soutien indéfectible, son amour et pour avoir bien voulu accepter mes innombrables doutes et réflexions sur mon travail et mon avenir.

« [...] qu'est-ce qui différencie une œuvre protégée d'une simple idée ou information ? « La mise en forme », bien sûr, répondra-t-on ! Certes, mais alors qu'en est-il de certaines œuvres d'art conceptuel pour lesquelles la mise en forme peut se résumer... à une idée ou s'assimile à un genre ? »

Fabrice Siiriainen, « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction », *Propriété industrielle*, 2010.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	9
Introduction	13
Partie 1 : Le débat doctrinal sur les limites de la protection du droit d’auteur français.....	25
Chapitre 1 : L’opposition entre l’idée et la forme débattue par la doctrine	26
Chapitre 2 : Le contexte du débat : un concept d’originalité en crise	83
Conclusion de la partie	134
Partie 2 : La pertinence de la dichotomie idée-forme à l’aune d’un concept d’originalité renouvelé	135
Chapitre 1 : Le renouveau du concept d’originalité dans les jurisprudences françaises et européennes	135
Chapitre 2 : Les conséquences du renouveau du concept d’originalité.....	192
Conclusion de la partie	240
Partie 3 : La protection des créations audiovisuelles par le droit d’auteur.....	241
Chapitre 1 : L’originalité : une condition suffisante pour déterminer les contours de la protection des créations relatives à l’audiovisuel	242
Chapitre 2 : La condition d’originalité appliquée aux créations audiovisuelles.....	288
Conclusion de la partie	353
Conclusion.....	355
BIBLIOGRAPHIE	361
TABLE DES MATIÈRES	399

LISTE DES ABRÉVIATIONS

1^{ère} Civ. : Première chambre civile de la Cour de cassation

2^e Civ. : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

3^e Civ. : Troisième chambre civile de la Cour de cassation

ADPIC : Aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce

aff. : affaire

al. : alinéa

Ann. Prop. Ind. : Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire

AP : Assemblée plénière de la Cour de cassation

art. : article

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

C. const. : Conseil constitutionnel

c/ : contre

CA : cour d'appel

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

coll. : collection

Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

comm. : commentaire

Comm. com. électr. : Revue communication commerce électronique

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

D. : Recueil Dalloz

éd. : édition

fasc. : fascicule

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

Ibid. : *ibidem*

in : dans

infra : ci-dessous

IRPI : Institut de recherche en propriété intellectuelle

J.-Cl. : Jurisclasseur

JCP G : La Semaine Juridique, édition Générale

JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes

LGDJ : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence

LPA : Les Petites Affiches

obs. : observations

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

op. cit. : référence doctrinale précédemment citée

p. : page

Propr. industr. : Propriété industrielle

Propr. intell. : Propriétés Intellectuelles

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité

Rapp. : rapport

RIDA : Revue internationale de droit d'auteur

RLDI : Revue Lamy droit de l'immatériel

s. : suivant

t. : tome

TGI : Tribunal de grande instance

Trib. Civ. : Tribunal civil

Introduction

« *Le problème de la protection des œuvres cinématographiques ne s'est peut-être jamais posé d'une manière aussi intéressante qu'actuellement* »¹. Malgré l'existence depuis le début du XIXe de procédés techniques permettant la projection d'images fixes ou animées², le septième art dans son acception actuelle n'est véritablement apparu qu'à la fin de ce siècle, à l'instar des différentes problématiques liées à sa protection par le droit d'auteur et exposées au début du siècle dernier par Andrzej Ruszkowski, dans sa thèse consacrée à l'œuvre cinématographique.

D'abord réservé aux seules créations professionnelles, l'art audiovisuel s'est peu à peu démocratisé avec l'apparition de nouvelles pratiques artistiques. La multiplication des salles de cinéma d'abord, de la télévision ensuite, des caméras portables bon marché et autres smartphones toujours plus performants ont enfin révolutionné l'approche de l'art audiovisuel, comme l'imprimerie avait pu le faire en son temps pour la littérature. Tout le monde ou presque peut aujourd'hui être l'auteur d'une création audiovisuelle. Depuis l'émergence de l'internet mondial, tout le monde ou presque a accès à ces nombreuses créations. Aux côtés des quelques et rares réalisateurs du début du siècle dernier, on retrouve désormais les journalistes de terrain amateurs ou non filmant les événements publics, les parents et les enfants gardant un souvenir de leurs dernières vacances, les couples professionnels ou non enregistrant leurs ébats amoureux, les nouveaux professionnels d'internet commentant un fait d'actualité ou la sortie du dernier jeu vidéo... et cette liste est évidemment loin d'être exhaustive !

Un monde technique et intellectuel sépare ainsi l'art de la fin du XVIIIe des premières images tournées par les frères Lumière un siècle plus tard. Un monde juridique sépare ces dernières du droit positif, objet de cette thèse. La problématique soulevée par Andrzej Ruszkowski dans sa thèse datée du début du XXe siècle demeure toutefois toujours d'actualité : tous ces « réalisateurs » en herbe sont-ils envisagés par le droit comme étant des auteurs qui devraient dès lors pouvoir réclamer la protection de leurs œuvres ?

Loin d'avoir été résolue, cette problématique ne se cantonne par ailleurs pas aux seules créations audiovisuelles, mais imprègne absolument toute la matière et implique de s'intéresser

¹ A. Ruszkowski, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur (étude de droit français, de droit comparé et des conventions internationales)*, Thèse, Université de Lille, Faculté de droit, 1935, p. 1.

² Le Zootrope, inventé par William George Horner et Stampfer en 1834, le Folioscope de 1868, du français Pierre-Hubert Desvignes...

aux conditions nécessaires à la protection du droit d'auteur français, soit les concepts d'idée, de forme et d'originalité qu'elles induisent.

1. Les contours traditionnels de la protection du droit d'auteur français

Les concepts d'idée, de forme et d'originalité n'ont pas été véritablement envisagés par le législateur. Au lendemain des premières lois sur le droit d'auteur, il ne lui était en effet pas nécessaire de se pencher véritablement sur les contours de la protection du droit d'auteur qui ne concernait que les créations des « beaux-arts » et du « génie »³.

La situation évolua toutefois rapidement, au rythme effréné du « progrès » artistique. Alors que les premières lois sur le droit d'auteur n'envisageaient au départ que la situation des auteurs dramatiques, puis celle des auteurs littéraires, artistiques et musicaux, elles durent peu à peu intégrer les auteurs des arts nouveaux, notamment photographiques puis audiovisuels, lesquels garnirent dans le même mouvement les bancs de tribunaux déjà bien chargés⁴.

La multiplication des affaires en justice pour ces œuvres, qu'on surnommera quelquefois la « petite monnaie » du droit d'auteur, interrogea notamment Pierre-Joseph Proudhon, qui écrivait ainsi en 1840 cette formule restée célèbre⁵ : « *la propriété*⁶, *c'est le vol* »⁷. Et si l'on ne peut évidemment pas admettre qu'un auteur puisse « voler » la société en bénéficiant de droits et d'une propriété sur l'œuvre issue de son intelligence, il n'en reste pas moins que la multiplication des œuvres et l'augmentation des droits des auteurs influent nécessairement sur les capacités créatives de leurs pairs. Car ce qui a été fait ne peut plus être fait⁸ et l'auteur peut agir en justice contre celui qui « s'appropriera » son œuvre, le contrefacteur.

Que justifie finalement le fait qu'un auteur puisse posséder sur son œuvre de droits patrimoniaux et moraux, et ce même après son décès ? C'est le lien existant entre l'auteur et

³ « *Sauf des indications incidentes, les lois révolutionnaires n'avaient posé ni condition de protection, ni définition de l'œuvre de l'esprit* », L. Pfister, « Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Lexis360, septembre 2010.

⁴ La Cour de cassation sera par exemple confrontée fin 1814 à un acte de contrefaçon sur une compilation d'œuvres appartenant « *au public* » (*Cass.*, 2 décembre 1814) ; sur des journaux et des périodiques en 1830 (*Cass. Ch. Crim.*, du 29 oct. 1830) ; sur une œuvre répertoriant les différents députés français et précisant leur place dans l'hémicycle en 1831 (*Arrêt de la Cour Royale de Paris du 21 décembre 1831*).

⁵ Et reprise bien plus tard par l'économiste du journal *Le Monde* Daniel Cohen, qui titrait un de ses articles de la sorte : « *[l]a propriété intellectuelle, c'est le vol* ».

⁶ Il évoquait bien en l'espèce la propriété littéraire.

⁷ Reprise et critiquée par Lamartine dans une lettre adressée au président du congrès Belge du 15 août 1858 : « *[u]n sophiste a dit : La propriété c'est le vol. Vous lui répondrez en instituant la plus sainte des propriétés, celle de l'intelligence : Dieu l'a faite : l'homme doit la reconnaître* ».

⁸ Sauf exception aux droits de l'auteur.

son œuvre qui a été progressivement choisi en France et ailleurs, et qui leur a permis d'obtenir la protection du droit : l'œuvre est la chair de l'auteur, née de son esprit, de son intelligence, en somme de sa personnalité⁹. Partant, seule l'œuvre originale, marquée par la personnalité de son auteur, devrait pouvoir être protégée. Cette condition d'originalité, symbole de la conception romantique du droit d'auteur français, a notamment été inspirée par les écrits de nombreux écrivains¹⁰.

Afin de distinguer encore davantage « *la propriété littéraire d'un monopole* »¹¹, les juristes du XIXe¹² s'accordèrent en outre pour dégager « *une distinction essentielle du droit d'auteur, celle de la forme et des idées* »¹³. Le droit d'auteur ne devrait ainsi « *avoir pour objet que les "expressions" de l'auteur, autrement dit la forme, mais en aucun cas les idées* »¹⁴. Et si l'on peut en effet accorder une protection aux auteurs sur leurs œuvres issues mais sorties du domaine de la pensée, l'idée seule devrait rester sans maître et accessible à tous, afin de laisser aux auteurs en tout genre la liberté de la reprendre et de la modifier¹⁵. En somme, de leur laisser la possibilité de créer.

Les concepts d'idée, de forme et d'originalité devaient ainsi permettre de dessiner justement les contours des conditions à la protection du droit d'auteur. Ils seront ainsi largement diffusés par la doctrine française, notamment depuis les travaux d'Henri Desbois. Pourtant, ni l'idée ni la forme ni l'originalité n'auront été définis par le législateur.

2. Des concepts peu adaptés aux créations contemporaines, donc audiovisuelles

⁹ « *L'originalité, ce qui ferait œuvre, dépendrait de 'cet effort de création dans l'œuvre d'art, cet effort de sang et de larme dont il agonisait, pour créer de la chair, souffler de la vie'* », E. Zola, *L'œuvre*, Folio Classique p. 280, cité par E. Treppoz, « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017, p. 103.

¹⁰ Emmanuel Kant s'est par exemple penché sur la question du droit d'auteur, dans un texte rapporté par Augustin-Charles Renouard. Ce philosophe du XVIIIe distinguait notamment le support matériel de l'œuvre littéraire de son contenu, en assimilant ce dernier aux « paroles » de l'auteur : « *[t]out livre est un écrit de l'auteur, par lequel celui-ci parle au lecteur* », L'auteur achève son analyse en concluant que les livres « *n'ont d'existence que comme émanation d'une personne* », A.-C. Renouard, A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Tome premier, Paris, 1836, p. 26.

¹¹ L. Pfister, « Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur », *JurisClasser Propriété littéraire et artistique*, Lexis360, septembre 2010.

¹² « *Formulée par des théoriciens mais ignorée de la législation révolutionnaire, la distinction entre les idées communes à tous et inappropriable, et la forme propre à l'auteur est introduite et enracinée dans le droit positif par la jurisprudence au cours du XIXe siècle et permet de préserver la liberté d'expression et de création.* », *ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ « *"lorsqu'on revendique la propriété intellectuelle, on ne revendique que la forme" car "c'est cette forme dans son individualité qui fait que l'auteur est propriétaire et seul propriétaire de la forme dont il a su revêtir des idées qui appartiennent à tous"* (Marie, Corps législatif, séance du 1er juin 1866 : Ann. du Sénat et du Corps législatif, t. 7, p. 28) », cité par L. Pfister, *ibid.*

Malgré le silence du législateur, les juristes des XIX^e et XX^e siècles se sont donc accordés sur l'absence de protection des idées, au profit de la seule forme. Cette doctrine, bien que majoritaire, s'est toutefois rapidement confrontée à une difficulté sans doute insurmontable. Comment en effet délimiter la frontière entre la forme, éventuellement protégeable par le droit d'auteur, et l'idée, insusceptible de toute protection ? L'idée s'arrête-elle vraiment ? Une idée serait-elle incapable d'originalité ? Tout comme l'œuvre, ne serait-elle pourtant pas issue de l'intelligence ou du génie de son auteur ?

Que dire donc pour ces nombreux auteurs de l'audiovisuel qui arpentent les sociétés de production françaises et européennes armés de leurs bonnes « idées »¹⁶ ou « d'épisodes pilotes »¹⁷ déjà bien avancés ? Ces mêmes auteurs qui désertent dans le même temps les tribunaux, abandonnant l'idée de protéger leur création des nombreux contrefacteurs¹⁸.

L'originalité enfin, berceau du romantisme à la française, impose à la personnalité imperceptible de l'auteur de se refléter dans la création pour laquelle il revendique la protection. En découle une difficulté majeure pour les juristes, notamment de l'audiovisuel, confrontés à des créations souvent réalisées par de nombreux auteurs, *in fine* de nombreuses personnalités. Comment finalement caractériser l'empreinte de la personnalité de tous les auteurs d'une œuvre audiovisuelle ?

Si une création audiovisuelle, par exemple cinématographique, est *a priori* concernée par la protection du droit d'auteur, les divers éléments qui la composent le sont-ils également ? Qu'en est-il des dialogues des personnages ? Des personnages eux-mêmes ? Du document préparatoire¹⁹, parfois très court, qui la précède ? Le lien qui existe entre l'auteur et son œuvre, cette *originalité*, concerne-t-il l'œuvre dans sa globalité, conférant ainsi à un seul auteur la

¹⁶ Non protégées ?

¹⁷ Protégés ?

¹⁸ Comme l'indique Josée-Anne Bénazéraf, « *les contentieux se font de plus en plus rares parce que les titulaires de droits renoncent à agir et désertent le droit d'auteur* ». En effet, nombreux sont les auteurs à témoigner « *de leur désarroi face à l'exigence d'une telle preuve qu'ils savent d'autant moins comment satisfaire que l'originalité est une notion floue dont les critères, fluctuants de surcroît selon les juridictions, sont mal adaptés aux œuvres autres qu'utilitaires. Cela les conduit trop souvent à renoncer à agir et à tolérer la contrefaçon plutôt que de s'engager dans un procès complexe, coûteux et finalement aléatoire. Paradoxalement, le système devient ainsi plus dissuasif pour les auteurs et titulaires de droits que pour les contrefacteurs* ». J.-A. Bénazéraf, « Preuve de l'originalité : vers une réforme ? 3 Questions à Josée-Anne BÉNAZÉRAF, avocate associée au sein d'Artlaw et membre d'honneur du Conseil Supérieur de la Propriété Intellectuelle (CSPLA) », *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2021, Lexis360.

¹⁹ Le concept, la bible, le format, le synopsis, le scénario...

paternité de la création ? Ou s'attache-t-il au contraire à toutes les différentes parties de l'œuvre, démultipliant ainsi potentiellement le nombre d'auteurs et donc de droits ?

Ces enjeux à présent contemporains cristallisent en réalité les attentes de tout un secteur professionnel afférant notamment au domaine de l'audiovisuel, juridique ou non, sur l'épineuse question de la délimitation de la protection du droit d'auteur, *in fine* sur la dichotomie idée-forme. En tout état de cause, le législateur, le juge et la doctrine français ont laissé pantois le professionnel du cinéma sur toutes ces questions²⁰. C'est dans ce contexte que la doctrine de certains auteurs s'opposant à la dichotomie idée-forme se développera : puisque les conditions traditionnelles à la protection du droit d'auteur ne sont que trop peu adaptées aux créations contemporaines, il conviendrait de les faire évoluer en mettant notamment en avant la seule condition d'originalité, censée évincer l'idée et la forme. Mais cette solution peut-elle réussir à sa tâche alors que la condition d'originalité du XXe était en « *crise* »²¹ et insuffisamment définie²² ? Jusqu'à récemment d'ailleurs, il y aurait non pas une seule originalité mais bien au contraire « plusieurs », lesquelles nourrissent et constituent, pour certains auteurs, le « *vice fondamental* » de la matière²³.

En découle *in fine* une profonde insécurité juridique pour les créateurs et juristes en droit d'auteur. Un créateur multipliera les procès perdus d'avance pour défaut d'originalité. Un autre refusera au contraire de prendre le moindre risque dans des procès lui étant pourtant favorables. Le juriste quant à lui ne disposera bien souvent pas des connaissances suffisantes pour appréhender justement ce concept d'originalité²⁴.

²⁰ « *L'œuvre cinématographique se dégage de plus en plus comme une œuvre qui a ses propres caractéristiques et qui obéit à ses propres lois. Mais, malgré cette évolution, ni les législateurs, ni la jurisprudence, ni même la doctrine, n'ont pris soin de préciser d'une manière satisfaisante, en quoi consiste cette originalité et la nouveauté artistique du film. Ce manque de précisions entraîne des conséquences fâcheuses non seulement parce que certaines solutions pratiques, dont nous parlerons plus loin, ont été faussées, mais surtout parce que le progrès de la technique ayant donné la parole au cinéma, cette innovation a introduit un chaos véritable dans les solutions juridiques consacrées au « nouveau-né »* », A. Ruzkowski, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur (étude de droit français, de droit comparé et des conventions internationales)*, Thèse, Université de Lille, Faculté de droit, 1935, pp. 108-109.

²¹ A. Lucas, « Fasc. 1160 : objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur*, LexisNexis, septembre 2017.

²² « *Le défaut de définition [de la notion d'originalité] est indubitablement le résultat d'un choix législatif de laisser ce concept ouvert. La condition de protection est en effet par nature indispensable au régime juridique et le législateur ne peut que manifester une volonté politique en ne la définissant pas. Il souhaite poser une condition, sans vouloir la préciser a priori* », C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 116.

²³ P.-Y. Gautier avec le concours de N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021.

²⁴ « *Depuis que nous travaillons sur ce travail, nous avons été soumis à nombre de questions que se posaient les gens de notre entourage, chercheurs ou autres, qui avaient pu être confrontés à un problème précis. Ai-je le droit de mettre sur le web telle œuvre littéraire tombée dans le domaine public mais dont la traduction est récente ? Et*

Dans ces conditions, la crise des conditions à la protection du droit d'auteur français était absolument inévitable. Les conséquences de cette dernière imprègnent, aujourd'hui encore, toute la matière.

3. Les concepts d'idée, de forme et d'originalité à l'aune des jurisprudences européennes du XXI^e siècle

A l'appui des récentes jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne s'intéressant aux conditions de la protection du droit d'auteur, il semble désormais nécessaire de s'intéresser à nouveau à l'épineuse question de la délimitation de la protection des créations, en particulier de l'audiovisuel. Car caractériser l'idée, la forme et l'originalité d'une œuvre de l'esprit, c'est savoir ce qui est protégé par le droit afin de déterminer ce qui ne l'est pas.

S'agissant de cette condition d'originalité, le juge européen semble retenir une approche plus objective de la condition, puisqu'il fait mention des choix libres et créatifs de l'auteur, supposés refléter sa personnalité, afin d'accorder ou non la protection du droit d'auteur à la création qui découle desdits choix.

Et si l'on retrouve toujours en droit européen et international les concepts d'idée et de forme fortement inspirés du droit français, ceux-ci, peu adaptés aux créations contemporaines de « petite monnaie », semblent peu à peu faire place à la seule condition d'originalité, renouvelée par le juge de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Et finalement, la pertinence de la dichotomie idée-forme devrait aujourd'hui pouvoir être rediscutée à l'aune des dernières jurisprudences du juge de la CJUE.

Une question demeure toutefois : le recours à la seule condition d'originalité renouvelée par le juge européen est-il désormais une alternative pertinente à l'usage de la dichotomie idée-forme ?

4. Des nouvelles conditions à la protection du droit d'auteur adaptées aux créations audiovisuelles ?

*si je la retraduis moi-même et que certaines phrases correspondent à cette autre traduction ? Et ai-je le droit d'y mettre l'édition récente scannée d'une œuvre littéraire en français tombée dans le domaine public ? En tant que « spécialiste du droit d'auteur », nous ne savons pas répondre ! Ou plutôt nous n'avons pas de réponse assurée », T. Paris, « Chapitre 8 : Les régulations du droit d'auteur et le règlement des conflits », *Le droit d'auteur l'idéologie et le système*, 2002.*

C'est finalement la dernière problématique de notre étude. Certes les conditions à la protection du droit d'auteur ont été renouvelées par le juge de la CJUE. Mais cela ne dit en réalité rien à propos des conséquences de ce renouvellement sur la pratique juridique.

Si l'approche purement subjective de la condition d'originalité n'est pas adaptée aux créations de l'audiovisuel et à toutes celles de « petite monnaie », l'approche plus objective que semble avoir retenue la Cour de justice de l'Union européenne est-elle davantage adaptée ? Le critère des choix libres et créatifs l'est-il également ?

Cette problématique est d'autant plus importante à l'heure où la pratique audiovisuelle se concentre de plus en plus sur nos petits écrans, qui donnent à tous l'opportunité de réaliser des créations audiovisuelles et de les défendre, ce faisant, devant le juge. Cette étude se concentrera ainsi notamment sur les concepts audiovisuels, exclus de la protection du droit par la doctrine et la jurisprudence en ce qu'ils ne relèveraient que de l'idée. Nous verrons que si les concepts audiovisuels ne sont pas protégés par le droit, c'est bien plus pour leur manque d'originalité que pour leur appartenance au domaine des idées.

Dans un dernier temps, il sera enfin intéressant de prêter attention au sort réservé aux œuvres diffusées sur internet, mais également sur celui des créations audiovisuelles *a priori* sans auteur, comme les créations de l'intelligence artificielle. Est-ce que cette nouvelle condition d'originalité est adaptée à l'ensemble de ces nouvelles créations ?

5. Une analyse juridique de la condition d'originalité appliquée au droit de l'audiovisuel

Quelques précisions s'imposent quant à la délimitation, non pas cette fois de la protection du droit d'auteur, mais de l'objet de cette étude qui traite de la condition d'originalité renouvelée par le juge de la CJUE et appliquée au droit de l'audiovisuel.

Précisons-le immédiatement : ce travail n'a certainement pas vocation à retracer toutes les problématiques du droit de l'audiovisuel. Ainsi, rien ne sera dit sur la notion « d'œuvre » audiovisuelle, lorsqu'elle est relative aux barèmes de paiement de droits d'auteur qui ont mis en place un classement des œuvres originales. En 1980, selon le barème de paiement des droits de la SACD, l'œuvre pouvait par exemple être considérée comme étant absolument originale²⁵

²⁵D. Pasquier, *Les barèmes de l'originalité*, Réseaux 2008/2-3 (n° 148-149).

ou alors relativement originale²⁶. Elle était absolument originale lorsque l'auteur d'une œuvre audiovisuelle s'était basé sur un scénario imaginé intégralement par lui-même, elle l'était relativement s'il s'était inspiré d'événements historiques ou d'œuvres préexistantes. Les critères juridiques du concept d'originalité, clef de voûte de la protection du droit d'auteur, étant bien entendu étrangers aux considérations liées à la rémunération des auteurs, la notion d'originalité soutenue par la SACD dans cet exemple précis est ainsi bien plus économique que juridique.

Pareillement, les interrogations sur la question de savoir si une émission comme *Popstars* peut être ou non une œuvre audiovisuelle selon les critères appliqués par le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) ou sur la définition des émissions de flux ou de stock ne nous intéresse pas plus. En effet, nous le verrons, une création audiovisuelle de télé réalité²⁷ pourrait *a priori* parfaitement revêtir la qualité d'œuvre audiovisuelle²⁸ en répondant à l'exigence d'originalité et donc être protégée à ce titre par le droit d'auteur, le mérite intéressant peu la matière. Et ce, malgré les réticences de certains auteurs de l'audiovisuel qui s'en étonnent et rejettent catégoriquement une telle qualification²⁹ ! Ainsi, la définition de l'œuvre audiovisuelle issue du décret du 17 janvier 1990 portant sur les principes généraux relatifs à la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles n'est absolument pas pertinente dans notre affaire, puisqu'elle exclue par exemple de l'œuvre audiovisuelle les « œuvres cinématographiques de longue durée »³⁰. Or, de son côté, l'œuvre audiovisuelle au sens du

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Selon la définition de l'encyclopédie Larousse, la télé réalité serait une émission télévisée qui consiste à filmer la vie quotidienne de personnes sélectionnées pour y participer.

²⁸ Car rien dans les textes ou dans l'esprit de la loi exclu *a priori* les œuvres de seconde main... et heureusement !

²⁹ « Si le droit d'auteur se dissout dans le flux, on fait le lit du copyright. Ce qui distingue le droit d'auteur du copyright, c'est que le droit d'auteur est attaché à la personne de l'auteur alors que le copyright est attaché au produit. Pour qu'il y ait droit d'auteur, l'œuvre doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. Où se trouve la personnalité des réalisateurs interchangeables de programmes de flux, quelle que soit la qualité de leur travail technique ? » dans « L'œuvre est-elle soluble dans le flux ? » manifeste CARDO consultable sur le site : <http://documentaires.ouvaton.org/doc06/spip.php?article164> et cité par Dominique Pasquier dans D. Pasquier, *Les barèmes de l'originalité*, Réseaux 2008/2-3 (n° 148-149).

³⁰ Article 4 du Décret n°90-66 du 17 janvier 1990 pris pour l'application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision modifié par Décret n°2004-1481 du 23 décembre 2004 : « Constituent des œuvres audiovisuelles les émissions ne relevant pas d'un des genres suivants : œuvres cinématographiques de longue durée ; journaux et émissions d'information ; variétés ; jeux ; émissions autres que de fiction majoritairement réalisées en plateau ; retransmissions sportives ; messages publicitaires ; télé-achat ; autopromotion ; services de télétexte. »

Code de la propriété intellectuelle (CPI) ne distingue à aucun moment les œuvres qui seraient cinématographiques de celles qui ne le seraient pas³¹.

Fort logiquement, si cette étude se préoccupe du sort des auteurs et de leurs droits acquis par l'originalité de leur œuvre, celui des artistes-interprètes, protégés par les droits voisins³², ne sera pas plus évoqué, exception faite pour ceux qui seraient également auteurs³³. En effet, les conditions de la protection du droit pour les auteurs est différente de celles imposées aux artistes-interprètes qui doivent faire preuve dans leur interprétation d'un engagement artistique et personnel³⁴. Comme l'originalité, ce critère n'est là encore qu'un concept judiciaire et doctrinal, non prévu par le législateur. Si quelques interrogations existent également sur le lien qui pourrait exister entre l'originalité des auteurs et l'interprétation artistique et personnelle des artistes-interprètes, elles ne seront pas l'objet de cette étude.

*

Ce travail de recherche ne portera que sur le droit et aura notamment pour source la législation française, avec une réflexion sur les premières lois du droit d'auteur et sur la lettre du Code de la propriété intellectuelle.

Il conviendra également d'étudier la doctrine et la jurisprudence françaises du XXe siècle, tant les débats doctrinaux et judiciaires autour de la question de l'originalité imprègnent la matière et l'impactent. Et dès lors que l'originalité en droit positif n'est en réalité jamais traitée seule mais toujours associée à la forme, excluant ainsi l'idée de toute protection, il faudra ainsi envisager les concepts d'idée, de forme et d'originalité dans leur globalité, sans se limiter à l'étude du dernier. L'examen des quelques traités internationaux concernant les questions de droit d'auteur, notamment la Convention de Berne, le traité de l'OMPI ainsi que les accords ADPIC, se révélera ici intéressant : les concepts d'idée, de forme et d'originalité sont-ils définis par le droit international, permettant dès lors au juge français de les appréhender avec sérénité ?

³¹ L'article L112-2 du CPI qui donne une liste non exhaustive des œuvres pouvant être protégées, dont « *Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles* ».

³² La définition de l'artiste-interprète est donnée par l'article L212-1 du CPI qui dispose que « *l'artiste-interprète ou exécutant est 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* »

³³ Et évidemment pour tous ceux pour lesquels la question s'est posée...

³⁴ *Cass. Civ 2e, 14 décembre 2004, n. 03-30387.*

Cette recherche portera enfin sur les différentes directives européennes de droit d'auteur, et notamment celles de droit spécial qui, abordant une condition d'originalité inconnue de la législation de droit commun, influenceront toutes les jurisprudences du juge de la Cour de justice de l'Union européenne du début du XXI^e siècle, celles du juge français avec elles.

L'analyse traitera ainsi des jurisprudences directement relatives à l'originalité des œuvres, en particulier de l'audiovisuel, mais également à celles qui n'en feront pas mention d'un premier abord. En effet, les jurisprudences qui n'évoqueront que la seule contrefaçon ou, au contraire, l'absence de toute contrefaçon, seront également intéressantes à étudier, étant donné qu'il ne peut y avoir contrefaçon que d'une œuvre de l'esprit répondant à l'exigence d'originalité. Les jurisprudences rejetant ainsi toute contrefaçon nous éclaireront fatalement sur ce qui n'est pas original, à l'instar des jurisprudences s'intéressant à la récente notion de réminiscence de source commune. Les autres nous permettront au contraire d'envisager une approche positive de l'originalité.

En revanche, les jurisprudences qui refuseront toute contrefaçon pour exception au droit d'auteur ne seront pas pertinentes à traiter : un juge qui, pour décider non contrefaisante une création audiovisuelle, axerait son argumentation sur l'exception de courte citation ou de parodie sans dire un mot sur l'originalité de l'œuvre présumée contrefaite, n'apportera rien à notre analyse et sera donc à écarter. Les jurisprudences rejetant l'action en contrefaçon pour ne traiter que de la responsabilité civile seront traitées de la même manière, si elles ne disent bien évidemment mot sur le pourquoi du rejet de la contrefaçon. Il en ira pareillement pour les affaires relatives au droit à l'image des auteurs, l'étude se consacrant, là encore, uniquement sur les problématiques du droit d'auteur...

*

Notre objectif sera ainsi dans cette étude de vérifier si la seule condition d'originalité, à l'exclusion des concepts d'idée et de forme, est judiciairement suffisante pour déterminer la protection d'une œuvre par le droit d'auteur selon les règles françaises et européennes, avant d'analyser cette seule condition appliquée au droit de l'audiovisuel.

Pour ce faire, nous envisagerons tout d'abord l'approche doctrinale, législative et jurisprudentielle française des concepts d'idée, de forme et d'originalité, afin de chercher à comprendre les raisons de la crise des conditions de la protection du droit d'auteur. Nous

verrons ainsi que la condition d'originalité de la fin du XXe siècle, mise en avant par certains auteurs pour dépasser les difficultés de la dichotomie idée-forme, est elle-même une notion en crise. Partant, elle échouera à convaincre la doctrine majoritaire française de la préférer aux concepts d'idée et de forme, pourtant peu adaptés aux nouvelles créations de « petite monnaie » **(Partie 1)**.

Depuis le début du XXIe siècle, la doctrine majoritaire française doit faire face à une nouvelle approche européenne harmonisatrice du concept d'originalité. Celle-ci doit désormais permettre aux auteurs et autres professionnels du droit d'enfin démêler les méandres de la protection, et ce malgré les interrogations qui persistent toujours sur la dichotomie française opposant l'idée et la forme. En tout état de cause, les dernières décisions du juge de l'Union européenne pourraient permettre de résoudre la crise des conditions à la protection du droit d'auteur français étudiées précédemment **(Partie 2)**.

Il sera enfin intéressant de confronter nos précédents enseignements théoriques aux enjeux concrets des professionnels de l'audiovisuels, juridiques ou non, frappés de plein fouet par la crise des conditions à la protection du droit d'auteur. Nous chercherons en somme à appliquer cette originalité nouvellement explicitée aux créations audiovisuelles, considérées par la doctrine et la jurisprudence depuis plus d'un siècle³⁵, consacrées par le législateur dans la loi de 1992³⁶ et définies dans le Code de la propriété intellectuelle comme étant des œuvres « *consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non* »³⁷, afin de vérifier si les conditions à la protection du droit d'auteur nouvellement imposées par le juge de la CJUE sont adaptées aux créations relatives à l'audiovisuel **(Partie 3)**.

L'idée derrière ce travail est finalement de comprendre et d'explicitier les limites des critères traditionnels pour la protection du droit d'auteur afin d'apporter, *via* le renouveau du concept

³⁵ Pour approfondir la question, lire l'article « Les juristes des années 30 et la question des droits du réalisateur d'œuvres cinématographiques : une approche juridico-historique, à travers l'exemple de l'« affaire » de La croisière jaune (1931-1934) » d'I. Moine-Dupuis et I. Marinone dans *Les Cahiers de droit*, Volume 58, numéro 1-2, mars-juin 2017, qui expliquent ainsi que des questionnements avaient notamment cours dans les années 1930 sur la personne du réalisateur : est-il véritablement auteur ? En réalité, les juges du fond assimilaient souvent le réalisateur et le producteur, rendant ce dernier seul véritable auteur de l'œuvre audiovisuelle. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Paris, LexisNexis, 2015, no 229 : « *La jurisprudence a, dans les années 30, qualifié l'œuvre cinématographique d'œuvre collective en mettant en avant le rôle prépondérant du producteur.* »

³⁶ Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

³⁷ Article L112-2 du CPI.

d'originalité, des solutions concrètes aux auteurs, notamment de l'audiovisuel, et à leurs représentants en justice, faisant face à de plus en plus d'actes contrefaisants.

Partie 1 : Le débat doctrinal sur les limites de la protection du droit d'auteur français

Avant de rentrer dans le vif du débat portant sur les contours de la protection du droit d'auteur, il convient tout d'abord de s'intéresser à l'analyse de l'idée et de la forme seules. Nous verrons que ni l'idée ni la forme ne sont traitées par le législateur français. Comme trop souvent en droit d'auteur, c'est à la doctrine qu'on a donc laissé le soin de définir ces deux concepts, ce qui ne fut évidemment pas aisé.

Fatalement, ce sont les errements doctrinaux, *in fine* les incertitudes du droit national français, qui ont alimenté le débat de la fin du XXe sur la pertinence de la dichotomie idée-forme (Chapitre 1).

Trente années après ce débat, la dichotomie marque toujours de son empreinte la délimitation de la protection du droit d'auteur français. La raison en est finalement assez évidente. Si des auteurs comme Ivan Cherpillod³⁸ militaient à la fin du XXe siècle pour que la condition d'originalité remplace les notions imprécises que sont l'idée et la forme, cette même originalité était alors en « crise », ce qui justifiait, nous le verrons, le recours à des concepts comme l'idée et la forme pour l'accompagner.

En crise, car le concept d'originalité n'était tout d'abord pas certain, puisque les auteurs se questionnaient sur sa dimension objective ou subjective. Un auteur comme Olivier Laligant prévoyait même de le remplacer par le critère de la création³⁹.

Ces difficultés sont par ailleurs tout à fait logiques, le concept étant ensuite plutôt récent... si celui-ci a été conceptualisé très tôt par différents auteurs au cours des siècles, il n'a été véritablement abordé par le droit et définitivement consacré comme une condition à la protection qu'au cours du XXe siècle !

³⁸ I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985

³⁹ O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur: originalité ou création*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999

La crise française du concept d'originalité était donc inévitable, le rendant jusqu'au début du XXI^e siècle bien incapable de supplanter la dichotomie opposant l'idée et la forme (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'opposition entre l'idée et la forme débattue par la doctrine

L'utilisation des concepts que sont l'idée et la forme conduit à l'exclusion de toutes les idées du champ de protection du droit d'auteur lequel devant impérativement, selon la très grande majorité de la doctrine, s'attacher à la seule forme originale (Section 1).

Soutenue et démocratisée par le professeur Henri Desbois, cette dichotomie semble pouvoir se justifier en droit positif.

Elle ne satisfait pourtant pas toute la doctrine, d'autres auteurs rejetant ses errements et préférant se tourner vers la seule originalité afin de délimiter les contours de la protection du droit d'auteur (Section 2).

Section 1 : L'exclusion des idées du champ de protection du droit d'auteur français

L'affaire est entendue et répétée dans presque tous les ouvrages de droit d'auteur. En outre, elle ne souffre *a priori* et désormais d'aucune contestation : les idées sont exclues du champ de protection du droit d'auteur français, qui ne devrait s'intéresser qu'à la forme des œuvres originales.

Si la messe semble dite, s'interroger sur le fondement de cette règle reste néanmoins intéressant : que dit le droit français sur la dichotomie idée-forme ? (Paragraphe 1).

Il faudra finalement se pencher sur les conséquences directes de la dichotomie sur les décisions judiciaires, plus ou moins contemporaines. Car c'est en réalité peut-être le plus important : comment définir les concepts d'idée et de forme nés de cette règle ?

Il restera ainsi à analyser la façon dont les tribunaux se sont emparés des concepts d'idée et de forme, afin d'avoir un aperçu de l'état de l'art judiciaire contemporain sur la dichotomie (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les concepts d'idée et de forme en droit d'auteur français

La dichotomie idée-forme ne semble pas avoir été envisagée par le législateur au cours des derniers siècles, des premières lois sur le droit d'auteur jusqu'aux dernières et la codification de la matière à la fin du XXe siècle (Sous-paragraphe 1).

Elle existe pourtant en France depuis les origines de la matière, étant déjà étudiée et mise en avant au XIXe siècle par de nombreux auteurs, puis démocratisée au cours du XXe siècle, notamment *via* les travaux d'Henri Desbois (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : La dichotomie idée-forme absente de la législation française passée et présente

Des premières lois françaises sur le droit d'auteur aux plus récentes de la fin du XXe siècle : qu'a dit le législateur sur cette dichotomie impactant si fortement la matière ?

1. L'idée et la forme dans les premières lois sur le droit d'auteur

Plusieurs lois vont se succéder au cours des XVIIIe, XIXe et XXe siècle, lesquelles vont se compléter, se remplacer pour donner, peu à peu, sa couleur contemporaine au droit d'auteur. Nous traiterons ici des lois les plus importantes, celles qui concernent *in fine* les concepts d'idée et de forme en droit d'auteur.

a. La loi des 13-19 janvier 1791

La toute première loi officielle⁴⁰ sur le droit des auteurs sur leurs œuvres en France est datée des 13-19 janvier 1791. Elle est très parcellaire si on la compare avec nos règles contemporaines et ne consacre en réalité que le droit de représentation des auteurs dramatiques sur leurs œuvres.

Cette loi dispose dans son article 3 que : « *[l]es ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs [...]* »⁴¹. Si rien n'est dit ni sur l'idée ni sur la forme dans cette

⁴⁰ Nous ne parlerons donc pas ici des deux arrêts du Conseil du Roi du 30 août 1777, cités par Eugène Pouillet comme instaurant le premier véritable code de propriété intellectuelle, ces arrêts n'étant pas pertinents pour notre étude puisqu'ils ne reconnaissent qu'aux auteurs littéraires un privilège sur leur *travail* en consacrant parallèlement un droit pour les libraires. Ils ont par ailleurs été rapidement remplacés par les lois de 1791 et de 1793, issues de la Révolution française.

⁴¹ Article 3 du *Décret-Loi des 13-19 janvier 1791*.

loi, l'on comprend facilement à la lecture de cet article que ce qui est protégé par le droit, c'est l'ouvrage de l'auteur. En revanche, on se demande plus difficilement à quoi renvoie cette notion d'ouvrage en droit.

L'ouvrage peut être défini, pour le dictionnaire de la langue française d'Emile Littré⁴², comme étant une production littéraire. Il cite à ce propos Jean de La Fontaine, qui écrivait dans l'épilogue de sa sixième fable : « *[l]es longs ouvrages me font peur* »⁴³. La production est également définie par ce même ouvrage comme étant « *l'action de produire, de mettre en avant, de faire voir* »⁴⁴ ou, plus précisément encore, « *ce qui est produit par la nature, l'art ou l'esprit* »⁴⁵ citant cette fois-ci Paul Scarron qui s'exprimait en ces mots : « *[m]onseigneur, à propos de productions d'esprit, ma fable de Léandre et de Héro vous a-t-elle plu ?* »⁴⁶.

Dit en ces termes, l'ouvrage de la loi des 13-19 janvier 1791 renverrait donc à la production artistique d'un auteur dramatique mise sur papier, puisqu'elle serait littéraire. Ainsi, les quelques règles énoncées par cette loi ne porteraient que sur l'œuvre de l'esprit exprimée d'un auteur car extériorisée sur un support littéraire, qu'on pourrait assimiler à une forme. Finalement et *a contrario*, la loi ne protégerait pas les créations simplement imaginées par leur auteur, qui resteraient à l'état végétatif dans leur esprit et qu'on pourrait assimiler aux idées. Et, c'est déjà bien logique, la loi garantissant aux auteurs d'œuvres dramatiques une protection contre les représentations de leurs œuvres : or on ne représente rien qui n'ait pas déjà été présenté une première fois.

Cela étant, rien n'est dit par le législateur sur la délimitation entre ce qu'on serait tenté d'assimiler à l'idée et à la forme. Car si la loi de 1791 subordonnait la protection des œuvres des auteurs à l'existence d'un ouvrage et donc une production littéraire, ses quelques lignes ne permettent pas de comprendre avec précision ce qui appartient à la catégorie des idées, et ce qui appartient au contraire au monde des formes. La définition de l'ouvrage par le législateur restant vierge, on considèrera que ce terme permet en réalité d'identifier l'œuvre exprimée dans sa globalité.

⁴² E. Littré *Dictionnaire de la langue française*, Tome troisième, 1874, page 888.

⁴³ J. La Fontaine, *Les Fables de La Fontaine*, Epilogue, Livre VI, 1668.

⁴⁴ E. Littré *Dictionnaire de la langue française*, Tome troisième, 1874, page 1335.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

L'enseignement le plus important à tirer de l'étude de la toute première loi sur le droit d'auteur français est finalement le suivant : la pure imagination d'un auteur n'est pas protégée, tant qu'elle n'est pas exprimée sous une forme littéraire.

b. La loi des 19-24 juillet 1793

Promulguée deux ans seulement après la loi des 13-19 janvier 1791, la deuxième grande loi historique du droit d'auteur a notamment élargi le champ d'application de la première qui se limitait à la protection des auteurs d'œuvres, ou plutôt d'ouvrages, dramatiques.

Elle s'adresse ainsi dans son article 1^{er} aux auteurs « *d'écrits en tout genre, [aux] compositeurs de musique, [aux] peintres et dessinateurs [...]* »⁴⁷, qui peuvent ainsi tous bénéficier de la protection du droit d'auteur. A propos de la formule « *en tout genre* », Augustin-Charles Renouard indique que ces termes ont toujours été interprétés dans un sens large par la jurisprudence qui considère « *comme légitime objet de privilège tout écrit qui suppose l'intervention d'un travail quelconque de l'esprit* »⁴⁸.

Son article 7 précise quant à lui que les héritiers de ces auteurs peuvent également obtenir la propriété exclusive de l'« *ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts* »⁴⁹. S'il est toujours fait mention en l'espèce de l'ouvrage de littérature, et que l'on ne sait pas davantage à quoi cela fait précisément référence⁵⁰, le législateur fait à présent également mention des productions de l'esprit ou du génie, appartenant donc aux beaux-arts.

La production étant l'acte de « *faire voir* »⁵¹, la deuxième loi rejoint sur ce point la première : le droit d'auteur ne doit s'attacher qu'à ce qui est exprimé, à l'exclusion de tout le reste (forcément...). L'affaire ne pose aucune difficulté, y compris devant les tribunaux⁵².

Toutefois, en regroupant au sein d'une même phrase l'ouvrage de la première loi et les productions de l'esprit ou du génie (qui ne seraient donc pas nécessairement littéraires) de la

⁴⁷ Article 1^{er} du *Décret-Loi des 19-24 juillet 1791*.

⁴⁸ A.-C. Renouard, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁹ Article 7 du *Décret-Loi des 19-24 juillet 1791*.

⁵⁰ On se reportera donc à l'analyse préalablement réalisée, l'*ouvrage* renvoyant ainsi à l'œuvre de l'esprit *exprimée* sur un support littéraire.

⁵¹ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome troisième, 1874, page 1335

⁵² Voir à titre d'exemple : *Trib. Lyon, 15 fév. 1896*, Billet, Pataille, 98.55 : « *la loi du 19 juillet 1793 protège les écrits en tous genres, en prohibant leur reproduction au préjudice de ceux qui en sont les auteurs, mais elle ne protège pas la pensée pure et simple, c'est-à-dire celle qui ne s'est pas traduite dans un écrit* ».

deuxième, le législateur semble en réalité ouvrir davantage le champ de protection du droit d'auteur : si ce dernier intéresse toujours nécessairement ce qui est exprimé, pourrait-il également protéger l'expression des idées au sein des œuvres⁵³ ?

Car encore faut-il savoir à quoi renvoie précisément l'expression ! Est-ce ce qui apparaît directement et explicitement aux yeux du public ? Ou est-ce que l'expression peut avoir une portée plus large, et concerner tout aussi bien ce qui est présent dans l'ouvrage fini mais non décelable immédiatement, par exemple la trame d'un roman ? Qu'en est-il également de la première mélodie d'une composition musicale ? Relèvent-elles de ce qu'on pourrait assimiler à la forme, ou s'attachent-elles davantage à l'idée exprimée ? Le législateur ne le précise pas. Il prend également bien soin de ne pas expliciter ce qu'il entend par « *génie* »⁵⁴ ou par « *appartenant aux beaux-arts* »⁵⁵. La tentative de définition de ces deux termes ne nous intéressera toutefois que plus tard, lorsqu'il sera temps de s'occuper du concept d'originalité.

En tout état de cause, si l'ouvrage identifie bien l'œuvre dans sa globalité, le terme de production de l'esprit ou du génie semble être en vérité beaucoup plus subtil, sans que son utilisation ne nous permette d'affirmer la protection des idées exprimées par le droit d'auteur ou au contraire leur exclusion.

La question de la délimitation de ce qui relève ou non de la production de l'esprit ou du génie, *in fine* de l'idée et de la forme reste ainsi encore en suspens... ces deux concepts n'étant toujours pas clairement évoqués par le législateur qui s'intéressait bien davantage aux effets qu'aux conditions de la protection.

c. Les lois intermédiaires

Les nombreuses lois rendues par la suite par le législateur, bien que très importantes pour les auteurs et leurs ayants droits, ne nous apprennent rien de plus sur la délimitation du droit d'auteur, et notamment sur les concepts que sont l'idée et la forme.

⁵³ Ou *ouvrage* ou *production*...

⁵⁴ Article 7 du *Décret-Loi des 19-24 juillet 1791*.

⁵⁵ *Ibid.*

Ainsi, et de manière non exhaustive, la loi des 3 et 17 août 1844⁵⁶ accorde aux veuves et aux enfants des auteurs un droit de représentation exclusif d'une durée de vingt années, durée portée à trente ans par une loi de 1854⁵⁷ puis à cinquante par la loi des 14 et 19 juillet 1866⁵⁸.

Le Code pénal de 1810 explicite quant à lui le délit de contrefaçon, dans son article 425 : « [t]oute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon [...] ». Ainsi, on ne peut contrefaire que ce qui a été préalablement exprimé, peu important par la suite le degré de reprise de l'œuvre principale par la contrefaçon, la partie de l'œuvre protégée étant tout autant protégée que l'œuvre dans son entièreté. Là encore, aucune précision n'est faite par le législateur sur ce qu'il entend par la partie de l'œuvre protégée⁵⁹.

Il faudra ainsi attendre près d'un siècle, et une loi de 1902, pour que le législateur se penche enfin sur les contours de la protection par le droit d'auteur, qui étaient depuis longtemps déjà étudiés par la doctrine.

Outre le fait d'allonger la liste non exhaustive des auteurs protégés énoncée par la loi des 19-24 juillet 1793⁶⁰, la loi du 11 mars 1902 expose dans son article 2 que la protection doit être accordée aux auteurs « *quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* »⁶¹, ce qui a le mérite d'étendre encore davantage le champ d'application du droit d'auteur, mais ne nous en apprend pas plus sur l'idée ou sur la forme. D'autres lois sont d'ailleurs promulguées à la même période, mais toujours sans s'épancher sur l'épineuse question. Ainsi, si la loi du 9 avril 1910⁶² opère la distinction entre l'œuvre et son support, elle s'intéresse en réalité à l'œuvre protégée (une fois que le support de celle-ci ait été, par exemple, cédé) et non pas aux conditions de la protection et donc à l'idée et à la forme. Sans même parler de l'originalité !

⁵⁶ Article unique de la loi des 3-17 août 1844.

⁵⁷ Article unique de la loi des 8-15 avril 1854.

⁵⁸ Article premier de la loi des 14-19 juillet 1866.

⁵⁹ Ce que regrette par ailleurs Augustin-Charles Renouard, qui s'inquiète de ce que « *cette grave matière [le droit d'auteur] n'a point occupé encore dans notre législation la place du à son importance.* ». A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Tome premier, Paris, 1836, p. 1.

⁶⁰ L'article 1^{er} de la loi de 1902 rajoute ainsi les architectes et les statuaires à la liste des auteurs protégés par la loi de 1793.

⁶¹ Article 2 de la loi du 11 mars 1902.

⁶² Loi du 9 avril 1910.

La loi du 29 mai 1925⁶³ est plus intéressante, en ce qu'elle pose le principe selon lequel l'œuvre doit être protégée du seul fait de sa création. En revanche, la création n'est pas définie, et l'on devra se reporter une nouvelle fois à ce qui a déjà été dit : le droit d'auteur ne porte que sur les œuvres exprimées, l'expression étant seulement ce qui ne réside plus uniquement dans l'esprit de son auteur, l'idée purement et simplement intellectuelle ne pouvant dès lors pas être protégée. L'auteur n'a ainsi pas l'obligation d'explicitement son œuvre à une personne ou à un organisme particulier pour que celle-ci soit protégée, tant qu'elle quitte le monde de la pensée.

En tout état de cause, les premières lois sur le droit d'auteur ne nous permettent pas d'appréhender avec précision les concepts que sont l'idée et la forme, ceux-ci n'étant pas évoqués explicitement une seule fois, même si l'on peut deviner la présence en sous-texte de la forme. En réalité, il faudra patienter jusqu'en 1957 pour voir le législateur se pencher enfin sur cette question, laissée dans les seules mains de la doctrine depuis plus d'un siècle.

2. La dichotomie dans la loi de 1957

La loi du 11 mars 1902 exigeant la non prise en compte du mérite et de la destination de l'œuvre s'agissant de sa protection par le juge s'est vu compléter quelques cinquante années plus tard par la loi du 11 mars 1957, relative à la propriété littéraire et artistique.

L'article 2 de cette loi précise ainsi que « *les dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* »⁶⁴. Le genre, qui nous intéresse moins⁶⁵, semble posséder plusieurs terminologies⁶⁶. Il renverrait, selon certains auteurs, à « *une catégorie d'œuvre dans un même art* »⁶⁷. Selon d'autres, ce terme permettrait de distinguer des catégories d'« *arts différents* »⁶⁸. Quoiqu'il en soit, puisque le genre ne doit désormais plus être pris en compte par le juge depuis cette loi de 1902, que l'on s'attache à l'une ou l'autre des définitions du genre n'a que peu d'intérêt en pratique, et aucun s'agissant de notre étude.

⁶³ Loi du 29 mai 1925.

⁶⁴ Article 2 de la loi du 11 mars 1957.

⁶⁵ Et qui avait déjà été évoqué par la loi de 1793 et commenté par Augustin-Charles Renouard.

⁶⁶ C. Bernault, « V° Propriété littéraire et artistique - Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasser*, LexisNexis, 30 Mars 2017.

⁶⁷ R. Sarraute, *La défense du titre banal* : *Gaz. Pal.* 1971, 1, doct. p. 183, cité par C. Bernault, *ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

Depuis l'apparition officielle de la matière, c'est en revanche la première fois⁶⁹ que le législateur français se penche véritablement sur la question de la forme et de l'expression. L'emploi du terme « *expression* » n'a rien d'illogique : s'il n'était pas explicitement mentionné dans la lettre des premières lois sur le droit d'auteur, il l'était implicitement, la protection ne pouvant concerner que les œuvres exprimées, sorties de l'imaginaire de leur auteur.

L'usage de la notion de « *forme d'expression* » questionne en revanche davantage. Que signifie-t-elle précisément ? Introduit-elle dans la législation la dichotomie idée-forme ? C'est notamment ce qu'ont pu considérer certains auteurs comme Henri Desbois dans ses travaux sur cette dichotomie⁷⁰. Cependant, cet auteur a également défini la « *forme d'expression* » comme étant « *la manière dont les créations de l'esprit sont communiquées au public* »⁷¹, par exemple *via* une forme orale ou écrite. En réalité, et comme l'indique Ivan Cherpillod, l'indifférence de la « *forme d'expression* » permet uniquement d'affirmer que « *le support matériel de l'œuvre ou le procédé employé pour sa réalisation est sans incidence sur la protection* »⁷², du moment que cette expression existe. Le législateur ne semble ainsi pas avoir eu la volonté de préciser les délimitations de la protection par le droit d'auteur. Au contraire, il a même supprimé celles qui pouvaient être sous-entendues par les premières lois sur le droit d'auteur qui n'envisageaient la protection, d'abord que pour les ouvrages, ensuite pour les ouvrages ainsi que les productions de l'esprit ou du génie, sans préciser à aucun moment à quoi ces termes faisaient référence. De manière tout à fait explicite et officielle, le droit d'auteur peut désormais concerner toutes les créations exprimées, peu importe donc leur « *forme d'expression* ».

En tout état de cause, rien dans la lettre de la loi de 1957 ne permet d'affirmer que le législateur, en s'exprimant en ces termes, entendait subordonner la protection à l'existence d'une forme à l'exclusion des idées, ce qui a pourtant été affirmé par certains auteurs⁷³. Car si l'expression est obligatoire et qu'elle n'existe évidemment que *via* une forme (à présent quelconque), elle n'exclue pas par principe ce qu'on assimile aux idées du champ de protection du droit d'auteur.

⁶⁹ Cet exercice avait déjà été réalisé dans la Convention de Berne du 9 septembre 1886, qui indique en son article 2-1 que l'œuvre doit être protégée « *quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression* ».

⁷⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Troisième édition, Dalloz, 1978, p. 22.

⁷¹ *Ibid.*, p. 3.

⁷² I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985, p. 81.

⁷³ Voir notamment H. Desbois, *op. cit.* ; mais également P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, Les mémentos Dalloz, 2016, p. 15 et suivantes. Henri Desbois indiquait pourtant dans son ouvrage que « *[l]a loi du 11 mars 1957 n'exclut pas expressément les idées du domaine des droits d'auteur* », H. Desbois, *ibid.*, p. 22.

En effet, non seulement le législateur ne précise pas ce qu'il entend par la forme, mais il ne mentionne en outre pas une seule fois l'idée !

Affirmer le contraire irait à l'encontre de l'esprit de la loi qui entendait en réalité ouvrir davantage encore le champ d'application du droit, et non le restreindre pour certaines créations exprimées. Cet avis n'est pas suivi par la majorité de la doctrine, puisque lorsque les auteurs emploient aujourd'hui la dichotomie pour exclure les idées de la protection du droit d'auteur, ces idées ont en réalité presque toujours été exprimées⁷⁴. Pourtant, à partir du moment où elles répondraient à l'exigence de l'expression, rien ne devrait leur empêcher d'accéder à la protection à la lecture de cette seule loi.

Entre 1957 et 1992, rien n'évoluera positivement s'agissant de la clarification législative de la dichotomie idée-forme.

3. La codification de 1992 : la clarification législative attendue ?

Les lois de 1957 et de 1985, fondamentales dans la construction contemporaine du droit d'auteur, vont être codifiées par la loi du 1^{er} juillet 1992⁷⁵ qui instituera le Code de la propriété intellectuelle qui régit aujourd'hui toute la matière. Cette codification constitue-t-elle enfin la clarification législative sur les questions relatives aux concepts que sont l'idée et la forme ?

Dans un premier temps, force est de constater que le Code reprend l'esprit des premières et des dernières lois sur la matière. Ainsi, l'article L.112-1 relatif aux œuvres protégées rappelle seulement que les dispositions du code « *protègent les droits des auteurs sur toutes leurs œuvres de l'esprit, quels que soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* », ces termes n'étant pas davantage définis. Partant, rien ne permet là encore d'affirmer que le législateur ait entendu exclure les idées du champ de protection du droit d'auteur en l'opposant à la forme, quand bien même celui-ci ne s'attacherait qu'à la forme exprimée d'une œuvre de l'esprit. D'ailleurs, l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle ne fait pas non plus mention d'une condition de forme puisqu'il indique pour sa part que « *l'œuvre est réputée créée [...] du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* »⁷⁶. La forme importerait donc peu au droit d'auteur, qui ne s'attacherait qu'à la réalisation de la conception

⁷⁴ Il serait en effet assez insensé de voir une action en justice pour la reprise d'une « idée » qui n'aurait pas dépassé le stade de la pensée...

⁷⁵ Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

⁷⁶ Article L111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.* »

de l'auteur. Sans réalisation, ladite conception échapperait ainsi à la protection. La distinction entre ces deux concepts semble encore bien obscure, mais elle fait perdre du crédit à la dichotomie opposant traditionnellement l'idée et la forme.

Il apparaît en revanche que l'idée est pour la première fois citée par le législateur dans le code en son article L.122-6-1, qui dispose que « [l] personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel [...] ». On serait alors bien tenté d'y voir là la confirmation législative de l'absence de protection des idées, que l'on distinguerait donc de la forme. Plusieurs remarques peuvent toutefois être formulées à l'encontre de cette thèse.

Tout d'abord, le terme d'idée ne se retrouve dans l'entièreté du code qu'à cet article L122-6-1. Il serait ainsi ardu d'en tirer quelconque généralité, l'affaire ne concernant en l'espèce que les logiciels qui ont longtemps souffert d'un statut particulier en droit d'auteur⁷⁷.

En outre, cette disposition fait écho aux règles européennes rendues en la matière qui concernent également les œuvres logicielles. Nous les envisagerons dans la deuxième partie de notre étude mais il n'est absolument pas certain que les « idées » évoquées dans cet article aient été effectivement exprimées d'une quelconque manière par leur auteur.

Enfin, l'article fait partie, dans le Code, du Titre relatif au droit des auteurs. Quelques pages en amont, on peut retrouver le Chapitre qui concerne les œuvres protégées... pourquoi alors consacrer cette dichotomie idée-forme, qui a pour principal objectif la délimitation du champ d'application de la protection de l'ensemble des œuvres, dans une partie du Code qui ne s'intéresse qu'au cas particulier des œuvres logicielles ? D'autant plus que le législateur s'est un temps interrogé sur la pertinence de la dichotomie née de la doctrine opposant l'idée et la forme⁷⁸...

⁷⁷ En raison de son ambivalence, l'œuvre logicielle n'a été reconnue par le droit d'auteur que tardivement, d'abord par la loi du 3 juillet 1985 puis par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans trois arrêts rendus le 7 mars 1986, dont le très connu arrêt *Pachot*, *Cass. ass. plén.*, 7 mars 1986.

Certains auteurs n'hésitent par ailleurs pas à considérer que « le droit d'auteur sur le logiciel n'est pas le droit d'auteur de droit commun » ; A. Lucas, « Fasc. 1160 : objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur*, 1er septembre 2017

⁷⁸ En atteste une proposition de loi de 1992 pour la protection des créations réservées (Godfrain), *JO*, ASS. Nat., n°2858.

*

En tout état de cause, le législateur n'apporte en l'espèce aucune clarification à la dichotomie idée-forme. Les différentes lois sur le droit d'auteur qui se sont succédé au cours des siècles ne l'ont pas explicitement évoquée une seule fois, laissant la doctrine et les auteurs dans le flou le plus total.

Mais quoi qu'il en soit, et malgré le fait que la dichotomie idée-forme ne transparaisse pas clairement de la lettre ou de l'esprit des différentes lois sur le droit d'auteur, celle-ci a émergé en doctrine dès les origines du droit d'auteur, empêtrant la matière dans des concepts à l'utilisation bien malaisée.

Sous-paragraphes 2 : Une doctrine rejetant pourtant toutes les idées de la protection du droit d'auteur

Les idées sont exclues du droit d'auteur qui ne devrait s'attacher qu'à la seule forme originale. Conceptualisée presque indépendamment de la législation, cette règle a été étudiée dès le XIXe siècle par les premiers auteurs de la matière.

Démocratisée par la suite à l'ensemble de la doctrine par Henri Desbois, la dichotomie idée-forme qui en découle s'apparente en réalité à une véritable « règle d'or ».

1. Une règle énoncée dès le XIXe siècle

Avant la Révolution française et l'avènement du droit d'auteur puis des concepts d'idée, de forme et d'originalité, certains auteurs s'accordaient déjà sur l'existence d'un fond commun universel et non susceptible d'appropriation : celui des idées. Blaise Pascal, philosophe⁷⁹ du XVIIème siècle, s'exprimait par exemple de la sorte : « *[l]es auteurs, en parlant de leurs ouvrages, disent : Mon commentaire, mon livre, mon histoire ; ils sentent leurs bourgeois qui ont pignon sur rue et toujours un chez moi à la bouche. Ils feraient bien mieux de dire notre commentaire, notre livre, notre histoire, vu que, d'ordinaire, il y a plus en cela du bien d'autrui que du leur* »⁸⁰. L'auteur critique ainsi ses camarades littéraires qui revendiquent leur talent unique issu en réalité de « *ce fonds commun d'idées qui appartient de toute éternité à tout le*

⁷⁹ Entre autres...

⁸⁰ Pascal, *Œuvres*, t. 2, La Haye, 1779, p. 534.

monde, trésor inépuisable et qui s'accroît à mesure qu'on y puise »⁸¹, selon les mots d'Eugène Pouillet.

Il n'y aurait ainsi presque jamais exclusivement de « *mon* » mais quasiment toujours du « *notre* », la réponse à la question de savoir à quoi renverrait ce « *notre* » étant peu pertinente : le premier à avoir eu l'*Idée* étant décédé depuis longtemps et ses descendants étant légion, il serait bien malaisé d'envisager trouver la paternité d'une idée de ce fonds commun pour se l'approprier⁸².

Cette conceptualisation de l'idée issue d'« *un fonds commun [...] à la libre disposition de tous* »⁸³ a ainsi pris naturellement forme en doctrine et en droit positif, lorsqu'il fut temps de s'intéresser aux limites de la protection du droit d'auteur.

Ainsi, il semble pertinent d'étudier ici la doctrine des trois principaux juristes français de l'époque sur la question, Augustin-Charles Renouard, Daniel de Folleville et Eugène Pouillet.

a. Les premières références à la non-protection des idées d'Augustin-Charles Renouard

Juriste du début du XIXe siècle, Augustin-Charles Renouard n'évoque à aucun moment une opposition explicite entre l'idée, qui ne serait pas protégée, et la forme, qui le serait. Il apporte toutefois une importance toute particulière à la notion d'idée qui va accompagner la plupart de ses développements.

Ce juriste explique ainsi, que par son œuvre de l'esprit, l'auteur communique en réalité ses idées élaborées. En échange, l'auteur obtient influence, honneur, et touche quelquefois des deniers de ses idées communiquées. En retour, et au décès de l'auteur, le public « *les*⁸⁴ *détient par un fait indestructible, les possède par une donation irrévocable [...], par une aliénation,*

⁸¹ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 36.

⁸² Citons à ce sujet les propos de Charles Nodier, écrivain du XIXe siècle et auteur, en 1812, du premier ouvrage à traiter effectivement du droit d'auteur en France. Ces extraits sont tirés de la seconde édition de son travail, sortie en 1828 : « *[o]n ne saurait trop répéter que l'originalité d'idée serait maintenant un phénomène incompréhensible, parce que le nombre des idées est nécessairement circonscrit, et que tous les nombres circonscrits finissent par s'épuiser ; ce qui est inépuisable, c'est la forme et la combinaison des idées, parce que cette forme et cette combinaison sont illimitées [...]. C'est que, ainsi que nous l'avons dit, l'originalité est dans la forme ; qu'on n'invente plus d'idées, qu'on n'en a probablement jamais inventé, et que l'art de les combiner est tout le génie* », C. Nodier, *Questions de littérature légale, Du plagiat, de la supposition d'auteurs, des supercheries qui ont rapport aux livres*, Seconde édition, Paris, 1828, pp. 23-24.

⁸³ E. Pouillet., *op. cit.*, p. 36.

⁸⁴ Dans le texte, les idées.

[...] *le public a un droit formel à les conserver dans son domaine* »⁸⁵. Pour cet auteur, la vocation même des idées est donc de circuler avant de rejoindre le domaine qui est propre à tous, ce qui justifie *in fine* la limitation dans le temps du droit des auteurs sur leurs œuvres.

Plus intéressante encore sera l'analyse de la notion de pensée développée par l'auteur. Renouard se pose ainsi la question de l'étendue de la protection du droit d'une œuvre de l'esprit. Cette protection peut-elle s'étendre au contenu intellectuel d'une œuvre, ou doit-elle se limiter à l'œuvre purement matérielle ? Prenant l'exemple des vers du poète, le juriste précise : « [l]e papier qui en matérialisera l'émission, les cent mille exemplaires qui les reproduiront, seront susceptibles d'être la propriété d'un individu, ou de mille, ou de cent mille »⁸⁶. En revanche, « ce qui n'est pas appropriable, ce sont les vers eux-mêmes⁸⁷ ; c'est la faculté, pour chacun, de les identifier à son intelligence [...] »⁸⁸. Finalement, la pensée d'un auteur ne serait pas appropriable, celle-ci ne devant pas être confondue avec « ces portions de matière qui sont devenues des livres et dont personne ne vous enlèvera la propriété »⁸⁹. Par ailleurs, ces dernières n'accéderaient à la protection que si la pensée dont elles sont issues a été émise « sous une forme matérielle quelconque : la parole, la peinture, l'écriture »⁹⁰. Et une fois émise, la pensée « pénètre les intelligences auxquelles elle parvient »⁹¹, rendant son auteur incapable de se l'approprier. L'auteur conclut son argumentaire très clairement : « [d]onner et retenir la pensée est une impossibilité, un non-sens ; et nul n'est maître de diviser, par la puissance de sa volonté, ce qui, par nature, est indivisible. Il n'y a pas d'hypothèse de raisonnement qui puisse prévaloir contre une aussi évidente réalité »⁹².

La pensée devrait donc échapper à toute appropriation. Au contraire des idées ? Pas tout à fait. En effet, l'auteur semble assimiler par la suite ces deux notions : « nous avons démontré que la production des idées, que la faculté de les reproduire, n'est pas un objet de propriété. L'auteur, en émettant des pensées qui pourront marquer leur sceau sur la matière, a permis à l'industrie

⁸⁵ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Tome premier, Paris, 1836, p. 436-437.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 449.

⁸⁷ A notre avis, l'expression ne doit pas être entendue dans son sens littéral. Augustin-Charles Renouard ferait en réalité davantage référence à ce que le public peut *faire* ou *comprendre* des vers d'un auteur, pas des vers dans leur forme purement littérale. La seule *pensée* d'un auteur est ainsi non-appropriable. Au contraire, et par leur *forme matérielle*, les vers d'un poème peuvent l'être.

⁸⁸ A.-C. Renouard, *op. cit.*, p. 449.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 450.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 454.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

de fabriquer des livres et de créer ainsi des objets appropriables »⁹³. Il nous paraît pourtant que ces deux notions ne sont pas synonymes, quand bien même l'auteur ne présenterait pas explicitement leur distinction. En effet, la pensée selon Renouard semble s'apparenter à ce qu'un auteur peut dire à travers son œuvre. Bien qu'elle soit émise par un auteur, la pensée ne serait pas identifiable précisément dans l'œuvre. Elle ferait ainsi davantage appel aux sens et aux sentiments de l'auteur et du public. L'idée, au contraire, aurait vocation à se retrouver exprimée au sein d'une œuvre d'une forme matérielle quelconque : elle est « produite » quand la pensée n'est « qu'émise ».

En tout état de cause, et pour qu'elles puissent circuler au mieux, ce qui est leur objectif selon Renouard, les idées devraient demeurer libres et non-appropriables au contraire de la forme matérielle qu'un auteur pourra leur donner. Il y aurait donc là une démarcation nette entre l'idée non protégée et la forme protégée.

Il est dès lors plus étonnant de voir ces mêmes idées citées dans l'étude que fait notre auteur de la contrefaçon, qu'il définit comme étant « *le nom légal des violations du droit d'auteur* »⁹⁴. Renouard n'hésite ici pas à affirmer, à propos d'un abrégé d'une œuvre dont la publication n'aurait pas été autorisée par l'auteur du livre, que « *si le texte même de l'auteur est emprunté par l'abrégiateur, si son plan, ses idées, ses arguments, son récit, se trouvent exactement reproduits, ce sera une contrefaçon partielle identique* »⁹⁵. La reprise des idées d'un auteur pourrait donc permettre de caractériser la contrefaçon. Ce faisant, les idées exprimées ne seraient-elles pas également susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur ? Et dans ce cas, les idées non susceptibles d'appropriation évoquées plus haut ne seraient-elles pas celles qui n'ont finalement jamais été exprimées d'une quelconque manière ? Soit la seule pensée de l'auteur, laquelle était déjà évincée de la protection du droit d'auteur par la législation en vigueur à l'époque de notre auteur. Rien ne permet en conséquence d'opposer ici fermement l'idée exprimée de la forme.

Ainsi, l'étude du discours de cet auteur ne permettra pas de nous guider bien davantage sur le terrain de la dichotomie idée-forme et la ligne de démarcation des deux concepts.

⁹³ *Ibid.*, p. 460.

⁹⁴ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Tome deuxième, Paris, 1836, p. 10.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 30.

b. La certitude d'une non-protection des idées par Daniel de Folleville

Dans son traité sur la propriété littéraire et artistique de 1877, Daniel de Folleville explique à propos de l'objet du droit d'auteur, donc l'objet de la protection, que celui-ci « *ne peut pas évidemment être l'idée considérée en elle-même* »⁹⁶. Selon cet auteur, l'idée serait « *l'œuvre spontanée de toute intelligence humaine ; c'est une création souveraine et indépendante de la pensée de chaque citoyen* »⁹⁷. Elle serait en outre ouverte « *à chacun et à tous* »⁹⁸, et « *laiss[é] sous la sauvegarde de la moralité et de la conscience publiques* »⁹⁹.

Daniel de Folleville s'inscrit donc dans le courant doctrinal d'Augustin-Charles Renouard précédemment étudié, les idées étant, pour cet auteur, exclues de toute protection. Dans le sens inverse, la protection serait réservée à la « *forme donnée par l'auteur à sa conception* »¹⁰⁰. La dichotomie idée-forme est ainsi explicitement mise en avant par Daniel de Folleville pour qui « *nul ne peut se dire propriétaire privatif d'une idée* »¹⁰¹.

Il définit par ailleurs la forme, qui serait « *l'expression, le style, la composition, le plan dans un ouvrage littéraire, l'agencement des personnages dans un tableau ou dans un groupe de sculpture, la combinaison des notes dans un morceau de musique* »¹⁰².

Si l'idée non exprimée est évidemment non susceptible d'appropriation pour Daniel de Folleville, il semble que celui-ci ne limite pas l'absence de protection à la seule idée qui végète dans l'esprit de son auteur. Au contraire, celui-ci estime ainsi que l'idée exprimée ne doit pas non plus être protégée, le droit ne devant s'attacher qu'à la seule forme qui existerait ainsi notamment dans l'expression, le style ou encore la composition d'un auteur. L'idée de faire une autobiographie sur un célèbre homme politique échapperait donc à toute appropriation. *A contrario*, le plan ou l'expression de l'auteur dans son œuvre mériteraient protection.

L'absence totale de protection des idées est ainsi une certitude pour cet auteur. Et il n'y aurait d'ailleurs pas d'autres alternatives : « *[s]il en était autrement, il ne pourrait y avoir dans chaque nation, qu'un seul historien d'une même époque, qu'un seul peintre de batailles, qu'un*

⁹⁶ D. de Folleville, *De la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1877, p. 10.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

seul biographe de tel ou tel grand personnage connu. Il n'y a pas, il ne pourra jamais y avoir de droit d'occupation sur les idées »¹⁰³. Effectivement, vu sous cet angle, la dichotomie idée-forme semble bien indispensable. Elle serait en outre justifiée par ce que Daniel de Folleville appelle « *le Droit rival de la Société* »¹⁰⁴. La société aurait tout simplement le devoir de limiter l'étendue de la protection par le droit d'auteur qui devrait donc, « *pour cause d'utilité publique* »¹⁰⁵, empêcher toute appropriation des idées, exprimées ou non, et limiter la durée de protection du droit, ce afin de garantir la bonne circulation des idées de l'auteur.

La doctrine de notre auteur est certaine, elle en oublie pourtant d'être exhaustive. Ainsi, Daniel de Folleville ne précise pas particulièrement la bascule entre l'idée exprimée et la forme, seule à être protégée.

Peut-être conscient de ses zones d'ombre, l'auteur n'exclut pas toutes les critiques de cette doctrine qui rejette toutes les idées de la protection du droit d'auteur. Il cite à ce propos les observations d'un magistrat, M. Dramard, sur l'objet du droit d'auteur et plus précisément sur la dichotomie qui nous intéresse. « *L'éminent* »¹⁰⁶ juriste s'interroge ainsi sur la pertinence de l'absence de protection des idées nouvelles, inventées par l'homme : « *ne semble-t-il pas que celui qui invente une idée neuve, en est, en droit absolu, aussi légitime propriétaire que celui qui trouverait un lingot d'or isolé d'ans un sol sans maître ?* »¹⁰⁷. Ce juriste se demande également si, finalement, ce que l'on appelle en doctrine la forme et qui constitue la propriété, ne serait pas en réalité « *l'idée elle-même, dans la forme sous laquelle elle se produit* »¹⁰⁸. En d'autres termes, la protection porterait en fait sur l'idée exprimée dans une forme quelconque. Les idées exclues de la protection seraient ainsi celles non exprimées certes, mais encore celles qui ne seraient pas nouvelles, qui n'auraient pas été coordonnées, inventées¹⁰⁹ par un auteur et qui resteraient dans le fonds commun de l'humanité. Derrière la forme, on protégerait donc en réalité l'idée exprimée.

Venant d'un éminent magistrat, cette analyse mériterait qu'on s'y attarde quelque peu et, à défaut d'y souscrire, qu'on la critique *a minima*. Daniel de Folleville ne va pourtant pas se

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ D. de Folleville, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁷ Lettre de M. Dramard, citée par Daniel de Folleville, *ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

prêter à ce jeu et va purement et simplement retoquer ces « *objections [...] fort spécieuses* »¹¹⁰. Notre auteur¹¹¹ n'en démord pas : « *il importe à l'intérêt général de repousser tout monopole appliqué aux idées : le progrès est à ce prix* »¹¹².

L'importance de la dichotomie idée-forme est donc clairement affirmée et assumée par Daniel de Folleville dans son ouvrage. La définition des deux concepts par cet auteur reste pourtant imprécise, même si elle permet en apparence de les départager. Et s'il n'apporte aucun exemple jurisprudentiel à son analyse et n'étudie pas bien davantage les arguments qu'on lui oppose, Daniel de Folleville est absolument catégorique. Les idées, qu'elles soient exprimées ou non, ne doivent pas être protégées, le droit d'auteur ne devant s'attacher qu'à la seule forme.

c. La conceptualisation de l'idée et de la forme par Eugène Pouillet

Quelques années plus tard, Eugène Pouillet précise quant à lui que, puisque le droit d'auteur « *prend sa source dans la création* »¹¹³, il ne devrait porter que sur « *l'objet créé* »¹¹⁴. Et finalement, « *ce qui appartient à l'auteur, ce qu'il peut revendiquer, c'est la forme de sa pensée, c'est l'ouvrage qu'il a écrit, qu'il a peint, qu'il a sculpté, pour la manifester* »¹¹⁵.

L'auteur rejoint ainsi sur ce point l'analyse d'Augustin-Charles Renouard et de Daniel de Folleville, lesquels refusaient également toute protection pour ce qui n'était pas exprimé dans une forme. Pour Eugène Pouillet, « *ce que la loi protège c'est l'écrit, c'est-à-dire la forme dont l'auteur revêt sa pensée. La pensée elle-même échappe à toute appropriation. Elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre* »¹¹⁶.

Eugène Pouillet prolonge son analyse s'agissant de l'idée dans les œuvres artistiques. Il prend à ce propos l'exemple du peintre puisant dans la nature afin de réaliser un tableau qui lui serait propre. L'auteur est catégorique : « *[l]e 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 sa pensée* »¹¹⁷. L'artiste ne pourra donc pas s'approprier cet élément naturel. En effet, « *de quel*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Les objections du magistrat sur l'idée et la forme seront également critiquées par Eugène Pouillet dans son ouvrage de 1908, mais pas plus commentées. Cet auteur expose ainsi simplement que l'avis du magistrat est « *assurément hasardé* », point à la ligne. E. Pouillet, *op. cit.*, p. 36-37.

¹¹² D. de Folleville, *op. cit.*, p. 16.

¹¹³ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 45.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 71.

droit empêcherait-il un autre artiste de s'emparer du même sujet et de le traiter à son tour ? »¹¹⁸. Cet artiste sera en revanche propriétaire de la conception artistique qu'il aura faite, à partir de cet élément naturel (ou de sa pure imagination). Il en va finalement exactement de même s'agissant des œuvres littéraires¹¹⁹.

Selon Eugène Pouillet, le droit d'auteur ne s'attacherait donc qu'à l'expression donnée à la pensée. Le droit des auteurs n'irait ainsi pas au-delà « *de la forme particulière qu'ils ont employée et qui est la marque de leur personnalité*¹²⁰ »¹²¹. L'affaire semble entendue, comme elle l'était déjà sous Renouard et Folleville. Pas de protection pour les idées¹²² ! Peu importe ce que l'on entend par l'idée et la forme, d'ailleurs.

Car paradoxalement, ce même auteur explique, à propos de la protection des atlas et autres cartes qu'« *en cette matière, pourtant, toute idée nouvelle ne constitue pas nécessairement un droit privatif* »¹²³. Les idées devraient ainsi demeurer par principe sans protection, mais les idées nouvelles pourraient en principe mériter telle protection ?¹²⁴ En vérité, l'utilisation de l'adverbe « *nécessairement* » étonne. L'auteur semble admettre en l'état une possible protection pour certaines idées. La protection ne serait ainsi pas limitée à la seule forme ? Troublant¹²⁵ !

Outre les maladresses d'Eugène Pouillet, qui oppose un temps clairement l'idée et la forme avant de finalement accorder la protection aux premières, la principale difficulté qui découle naturellement de l'idée et de la forme telles qu'il les présente est que ces notions ne sont à aucun moment précisément définies.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 95.

¹¹⁹ Mais l'exemple jurisprudentiel proposé ne nous convainc pas : *Paris, 28 fév. 1890*, Burls, Pataille, 90.177 : « *Jugé, par exemple, que tous les sculpteurs peuvent faire des têtes de satyre ; mais un modèle de ce genre, constituant une conception personnelle et ayant une individualité propre, est protégé par la loi du 19 juillet 1793* » : l'idée de sculpter une tête de satyre n'est pas protégée, en revanche la conception personnelle d'un auteur ayant une individualité propre l'est... le passage entre l'idée non protégée et l'œuvre protégée semble avoir trait à la condition d'originalité, ce que nous vérifierons plus tard.

¹²⁰ La forme particulière défendue par Eugène Pouillet pouvant là encore se rapprocher de notre acception contemporaine du concept d'originalité...

¹²¹ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 46.

¹²² L'auteur cite à ce propos le magistrat Pataille qui, au cours d'une affaire, indiquait : « *une fois émise, l'idée appartient à tous* », *ibid.*, p. 37.

¹²³ *Ibid.*, p. 59.

¹²⁴ Car si les idées nouvelles ne constituent pas nécessairement un droit privatif, l'adverbe nécessairement implique que les idées nouvelles puissent *a contrario* bien constituer un droit privatif.

¹²⁵ Car si Eugène Pouillet rappelle tout au long de ses analyses que l'idée ne devrait pas être protégée, il cite également Albert Renault d'Ubexi, avocat général, qui s'exprimait en des termes qui valideraient la pensée de notre auteur : « *S'il s'agit d'une œuvre dont la conception appartient à l'artiste, c'est-à-dire dont le sujet est une création de son génie et qu'il a ensuite exécutée, il aura un droit complet, entier, sur l'idée [(exprimée, toujours)] et sur l'œuvre* » : E. Pouillet, *op. cit.*, p. 93.

Tout au plus peut-on affirmer que la pensée non extériorisée n'est pas protégée, ce qui est une nouvelle fois finalement assez logique et découle en réalité de la lettre même des lois de 1791 et 1793. Voilà en fin de compte la seule certitude que l'on peut avoir après étude des principaux travaux d'Eugène Pouillet du début du XXe siècle.

Cet auteur conclut pourtant que l'idée est par principe exclue de la protection du droit d'auteur, et ce quand bien même la délimitation de ce qui relève de l'idée ou de la forme serait impossible à appréhender avec justesse, en tout cas à son époque¹²⁶.

Il semble même, que pour Eugène Pouillet, ce qui permet à une idée d'intégrer le monde des formes et d'être en conséquence protégée par le droit d'auteur, c'est « *la marque de [la] personnalité [de l'auteur]* »¹²⁷ ou alors « *le caractère de nouveauté* »¹²⁸ de l'œuvre, ou encore « *le cachet d'individualité de l'auteur* »¹²⁹ ... soit plus précisément le concept qu'on appellera plus tard originalité, qui n'en était alors qu'à ces balbutiements¹³⁰.

L'idée non originale serait ainsi tout simplement exclue du droit d'auteur, ce qui rejoindrait alors la position de nos juges contemporains sur la question mais différerait drastiquement de la logique dichotomique idée-forme excluant purement et simplement toutes les idées du champ de protection du droit d'auteur.

Cette dichotomie sera pourtant validée plus tard par la plupart des auteurs du XXe siècle, puis popularisée et démocratisée en droit français par Henri Desbois.

*

Pour finir, il est intéressant de voir qu'à la lecture de ces trois auteurs, si chacune des analyses est pleine de certitudes, une seule évite quelques écueils et autres contradictions sur l'idée et la forme : l'étude de Daniel de Folleville. La raison est, selon nous, toute simple. En effet, il s'avère que l'ouvrage de Folleville est finalement très succinct et n'entre à aucun moment spécifiquement dans l'étude des concepts d'idée et de forme, se contentant d'une analyse de

¹²⁶ Voilà ce que pouvait d'ailleurs dire notre auteur s'agissant de la question du plagiat et de la contrefaçon, ou alors de l'idée et de la forme (selon Eugène Pouillet), quelques 70 années après un Augustin-Charles Renouard déjà embarrassé par le sujet : « *[q]u'est-ce que le plagiat et par quels caractères se distingue-t-il de la contrefaçon ? C'est ce que nul ne saurait dire ; il est impossible de fixer une limite précise à laquelle s'arrête la contrefaçon punissable, à laquelle commence le plagiat toléré* », E. Pouillet, *ibid.*, p. 535.

¹²⁷ E. Pouillet, *ibid.*, p. 46.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 36.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Ils dureront plus d'un siècle.

surface¹³¹, quand Augustin-Charles Renouard et Eugène Pouillet apportent nombre d'arguments et d'exemples jurisprudentiels à leur analyse, desquels résultent fatalement certaines hésitations.

Cela démontre en réalité toutes les difficultés de l'appréhension de l'idée et de la forme en droit d'auteur : si l'approche rapide de ces concepts et l'absence de protection des idées par le droit d'auteur semble être au premier abord évidente, cette évidence tend à s'effacer lorsque l'on en vient à se concentrer concrètement sur l'application de ces concepts au droit positif et leur appréhension par le juge¹³². Facile en apparence, la démarcation de la frontière entre l'idée exprimée et la forme semble en réalité bien mince.

En ira-t-il autrement après étude de la doctrine contemporaine ?

2. La protection de la seule forme, popularisée en doctrine dès le milieu du XXe siècle

Conceptualisée depuis les origines de la matière par de nombreux auteurs, la dichotomie idée-forme est restée au stade des balbutiements pendant plus d'un siècle. Ce brouillard doctrinal rendait bien difficile l'appréhension de ces concepts par le droit positif. Certains auteurs du XXe ont ainsi cherché à trouver une véritable justification, puis une définition précise à la dichotomie. Chose sera ainsi faite par Henri Desbois dont les travaux seront déterminants pour la délimitation concrète de l'idée et de la forme. Selon cette doctrine, seule la forme serait ainsi protégée par le droit d'auteur, à l'exclusion donc de toutes les idées.

Celle-ci continuera d'être usitée en droit français tout au long du XXe siècle, la très grande majorité de la doctrine lui étant favorable.

¹³¹ Ce qui est bien normal, l'ouvrage étant bien plus court que les deux autres et ne se concentrant pas précisément et exclusivement sur l'objet du droit d'auteur.

¹³² Ce dernier appliquera pourtant cette dichotomie tout au long du XIXe siècle : « *En matière d'"écrits", la distinction entre les idées et la forme est appliquée de manière constante au cours du XIXe siècle. Par exemple, appelé à se prononcer sur un plagiat, le tribunal de la Seine déclare que "la donnée générale d'un livre" ne peut faire l'objet d'aucune réserve, à l'inverse de "l'ordre" et de la "manière" dont l'auteur l'a investi (T. civ. Seine, 15 déc. 1869, confirmé par CA Paris, 20 févr. 1872 : D. 1872, 2, p. 173). En matière artistique, la règle s'infère d'une décision de la Cour de cassation de 1857 qui distingue le "type commun", à savoir le thème, de ce qui est "propre" à l'artiste (Cass. crim., 13 févr. 1857 : D. 1857, 1, p. 111). Dans le même sens, la cour de Paris juge que les "données (...) sont dans le domaine public" mais que leur exécution picturale est "susceptible d'appropriation privée lorsque le travail personnel de l'artiste les a nettement individualisées" (CA Paris, 13 févr. 1884 : Ann. propr. ind. 1885, p. 7). En matière musicale, de manière moins précise, la Cour de cassation déclare que "les principes de l'art musical appartiennent en général au domaine public" mais que leur combinaison dans le cadre d'une méthode d'enseignement est "susceptible d'une propriété privative" (Cass. crim., 11 juill. 1862 : D. 1863, 1, p. 204) », L. Pfister, *op. cit.**

a. L'analyse d'Henri Desbois

Juriste du siècle dernier, Henri Desbois est l'une des figures les plus marquantes et les plus importantes de la matière. L'éminent professeur est à l'origine de quelques fameuses formules dont la plus célèbre concerne directement notre affaire et est répétée par la totalité des auteurs lorsqu'ils en viennent à commenter la dichotomie idée-forme. Selon Henri Desbois¹³³, les idées « *sont par essence et par destination de libre parcours* »¹³⁴.

Si cet adage est devenu et resté célèbre, c'est avant tout par l'analyse que fait Henri Desbois de la dichotomie idée-forme. Voyons ce qu'il en est pour cet auteur, fervent partisan de l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur, comme l'étaient Renouard, de Folleville et Pouillet avant lui.

i. L'indifférence de l'expression de l'idée

Si l'on pouvait avoir un doute sur l'étendue du concept d'idée sous Augustin-Charles Renouard et Eugène Pouillet, il n'en était rien pour Daniel de Folleville pour qui les idées même exprimées devaient échapper à toute protection. Il en ira de même pour Henri Desbois : « *[q]uelle qu'en soit l'ingéniosité et même si elles sont marquées au coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peut être contrariée par les servitudes inhérentes au droit d'auteur* »¹³⁵.

Pour cet auteur, l'objet du droit d'auteur est donc la « *forme d'expression* »¹³⁶, à l'exclusion de « *l'idée exprimée* »¹³⁷. Pour appuyer son raisonnement, l'auteur cite les quelques et rares jurisprudences¹³⁸ des juges du fond indiquant le contraire au XXe siècle et qui seront cassées par la Cour de cassation.

¹³³ Reprenant en réalité la maxime de Johann Gottlieb Fitch, philosophe du XVIIIème siècle comme le précise Philippe Le Tourneau, dans « Folles idées sur les idées », *Communication Commerce électronique n°2*, février 2001.

¹³⁴ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Troisième édition, Dalloz, 1978, p. 22.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.* Le législateur irait par ailleurs dans ce sens, lorsqu'il affirme qu'une œuvre est protégée quel que soit sa « *forme d'expression* » : article L112-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ L'auteur cite notamment l'arrêt du Tribunal civil de Marseille du 11 avril 1957 qui a condamné pour contrefaçon un romancier qui avait exploité des hypothèses, donc des idées, exposées par un archéologue dans une revue scientifique : H. Desbois, *ibid.*

La dichotomie est ainsi évidente : si « *les idées, comme telles, échappent à l'appropriation* »¹³⁹, c'est donc « *au développement que l'idée a reçue, à la composition et à l'expression, que le monopole temporaire est attaché* »¹⁴⁰. C'est celle qui reste encore aujourd'hui validée par la majorité de la doctrine et appliquée par le juge.

ii. L'absence totale et absolue de protection pour les idées par le droit

Plus frappant encore, le droit ne devrait, pour Henri Desbois, accorder aucune protection pour les idées, du point de vue du droit d'auteur, nous l'avons vu, mais également s'agissant de la concurrence déloyale, donc de la responsabilité civile.

L'auteur cite à ce propos le Doyen Roubier qui écrivait « *il n'y a pas faute, même légère, dans la reproduction d'objets qui ne sont pas protégés, sinon on parviendrait à reconstituer un droit privatif sous une autre forme ; et s'il n'y a pas faute, il n'y a pas concurrence déloyale, quand bien même un préjudice serait causé* »¹⁴¹. En d'autres termes, puisque le législateur n'a pas entendu accorder la moindre protection aux idées dans la lettre de ses lois, ces mêmes idées ne devraient pas pouvoir bénéficier d'une autre protection par la concurrence déloyale. En effet, ce régime de responsabilité n'existe que lors de la réunion de trois éléments clés : une faute, un préjudice, et un lien de causalité. Ainsi, ce n'est pas l'idée en tant que telle que l'on protège dans les affaires relatives à la concurrence déloyale, mais la faute que l'on sanctionne. Mais puisque l'idée n'est pas protégée, le seul fait de se l'approprier n'est pas constitutif d'une faute. C'est uniquement dans le mode d'exploitation de l'idée ou dans les manœuvres pour l'obtenir, qu'une personne pourra être sanctionnée par le droit.

C'est d'ailleurs tout à fait clair pour notre auteur qui explique que « *l'action en concurrence déloyale ne permet pas de réintégrer dans l'orbite du monopole d'une œuvre du domaine public ni de permettre l'appropriation des éléments d'une œuvre, tels que les idées, qui sont de libre parcours* »¹⁴².

¹³⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. I, n°72, 1954, p. 313, cité par H. Desbois, *ibid.*, p. 25.

¹⁴² H. Desbois, *ibid.*

Finalement, qu'elle soit exprimée ou non, l'idée au sein d'une œuvre quelconque devrait échapper à toute protection, tant sur le terrain du droit d'auteur que sur celui de la responsabilité civile.

iii. La fine ligne de démarcation entre l'idée et la forme dans l'œuvre littéraire

Si les idées sont « *par essence et par destination de libre parcours* »¹⁴³, peu importe leur expression, et si le droit d'auteur ne peut s'attacher qu'à la « *forme concrète* »¹⁴⁴, encore faut-il arriver à départager clairement ces deux concepts ! Alors que la démarcation entre ce qui n'est pas exprimé et ce qui l'est est assez aisée à caractériser, celle entre l'idée exprimée et la forme est autrement plus compliquée.

Pour ce faire, Henri Desbois va prendre l'exemple de l'exercice de l'interview¹⁴⁵ au sein d'une création littéraire. L'auteur propose alors deux systèmes.

Le premier système est lorsqu'une personne interviewée va se contenter de livrer son opinion à l'intervieweur qui aura la tâche de l'exprimer à sa manière. Dans ce cas, l'interviewé ne pouvant contrôler que la fidélité du développement rédigé par les soins d'un rédacteur, il n'aura pas la qualité d'auteur : il ne fait qu'exprimer des idées qui seront mises en forme par le rédacteur, qui aura ainsi seul la qualité d'auteur.

Pour justifier ce premier système, Henri Desbois prend exemple d'un arrêt du Tribunal de grande instance de Paris¹⁴⁶ à propos d'un entretien entre un rédacteur du *Monde* et le général de Gaulle. Le juge expose ainsi dans cette jurisprudence que « *cet interview n'a pas Ch. de Gaulle pour auteur, qu'elle constitue une création littéraire de Passeron [le journaliste] dans la mesure où il a su, par l'empreinte d'une composition et d'un style personnels, imprimer à la pensée la forme originale qui la rend protégeable* »¹⁴⁷, il conclut par ailleurs en citant le général de Gaulle qui avait lui-même pu dire que « *[c]hacun entend à sa façon. Voilà comment vous m'avez entendu* »¹⁴⁸. C'est donc parce que le rédacteur a pu exprimer les idées du général de

¹⁴³ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Arrêt du Tribunal de grande instance de Paris du 6 juillet 1972, cité par H. Desbois, *ibid.*

¹⁴⁷ L'exemple est intéressant, mais le juge semble opposer ici l'idée, exprimée ou non, et la forme originale... nous évoquerons ce point par la suite.

¹⁴⁸ H. Desbois, *op cit.*, p. 26.

Gaulle dans une composition et un style qui lui seraient personnels, leur donnant finalement forme, qu'il est l'unique auteur de l'interview.

Le deuxième système est plus complexe et paradoxalement bien moins étayé. Henri Desbois explique ainsi que dans certaines interviews, « *le développement se présente sous la forme de dialogues, dans lesquels se réalise un échange d'idées que chacun des interlocuteurs revêt de la forme qui lui est personnelle* »¹⁴⁹. Telle interview serait alors, pour Henri Desbois, une œuvre de collaboration des deux auteurs que sont l'intervieweur et l'interviewé. L'affaire est moins claire et si le statut de l'œuvre collaborative la simplifie un temps, il ne nous apprend rien sur le sort des différentes contributions des auteurs.

L'interview dans sa globalité est une œuvre collaborative protégée par le droit d'auteur, certes. Les idées exprimées par les auteurs durant l'interview ne sont pas protégées par le droit d'auteur, d'accord. Mais où commence alors la forme ? Toutes les paroles manuscrites des auteurs sont personnelles et donc dotées d'une forme ? Certaines échapperaient à la protection et ne seraient ainsi que des idées exprimées ? Ou alors les idées exprimées, donc non protégées, ne seraient que celles qui sortiraient simplement de l'esprit d'une personne de manière naturelle, comme dans l'exemple de l'interview du général de Gaulle, et qui pourraient revêtir une multitude de formes selon l'auteur qui les exprime¹⁵⁰ ? Mais, en les exprimant d'une manière personnelle, le général de Gaulle n'imprime-t-il pas déjà ses idées d'une forme qui lui serait propre ?

En l'espèce, la ligne de démarcation entre l'idée exprimée et la forme personnelle qu'un auteur va pouvoir donner à ses idées ne paraît donc pas évidente. Les précisions qu'Henri Desbois offre par la suite à propos de ces deux concepts sont ainsi indispensables.

iv. La caractérisation de l'idée et de la forme dans l'œuvre littéraire selon Henri Desbois

Pour clarifier sa pensée, Desbois va admettre l'existence de trois étapes qui marquent l'élaboration des œuvres littéraires, à savoir « *l'idée, la composition, l'expression* »¹⁵¹. Il

¹⁴⁹ H. Desbois, *ibid.*, p. 27.

¹⁵⁰ « *Chacun entend à sa façon. Voilà comment vous m'avez entendu* » disait le général de Gaulle.

¹⁵¹ H. Desbois, *op. cit.*, p. 32.

affirme aussi que l'idée dans les œuvres de fiction recouvre deux notions qui sont « *non-antithétiques*¹⁵², *mais complémentaires l'une de l'autre* »¹⁵³.

La première serait « *l'idée abstraite* »¹⁵⁴, le « *thème d'ordre intellectuel* »¹⁵⁵. Il en irait ainsi du « *scandale suscité par l'abominable pratique d'introduire la chair humaine dans des produits alimentaires* »¹⁵⁶ ou encore de « *l'indulgence que le besoin d'aimer et d'être aimé inspire à un époux* »¹⁵⁷. L'auteur précise par ailleurs que l'idée abstraite ne mérite pas de protection, quand bien même elle serait originale¹⁵⁸.

La seconde serait, selon notre auteur, « *l'étape qui est parcourue, à partir de l'idée abstraite ou générale, avant d'en venir à l'aménagement de la composition* »¹⁵⁹. Elle est définie par l'auteur comme étant « *la donnée concrète en tant que fait divers* »¹⁶⁰. Dans l'affaire *Bloomfield & Cie* qui concernait un cinéaste ayant reproduit la péripétie principale d'une pièce, à savoir l'apparition d'une bague contenue dans un pâté lors d'un festin, la « *donnée concrète* »¹⁶¹ serait ainsi « *l'apparition, survenue au cours d'un festin, de la bague contenue dans un pâté* »¹⁶². Finalement, « *[i]l ne s'agirait pas d'autre chose que du coup de théâtre qui frappe l'attention des lecteurs ou des spectateurs* »¹⁶³, soit celle qui est dénuée de toute composition, puisque susceptible d'être formée d'une infinie de manières personnelles.

Peu importe que l'idée en présence soit concrète ou abstraite, les deux notions échappant à toute protection : c'est l'exemple du général de Gaulle, qui n'exprimerait que des idées, par la suite agencées et travaillées d'une manière personnelle par un rédacteur. Les idées du général peuvent bien être concrètes, mais c'est « *la composition [qui] donne prise aux droits*

¹⁵² Qui ne s'opposent pas.

¹⁵³ H. Desbois, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 50.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Affaire *Bloomfield & Cie*, jugée par le Tribunal civil de la Seine en 1912 et citée par H. Desbois, *ibid.* Cette péripétie sera pourtant jugée protégeable plus tard par un jugement de la Cour de Paris en 1915, validé par la Chambre des requêtes le 27 février 1918, qui vont ainsi donner *forme* à l'idée : « *Considérant que l'arrêt déclare, en fait, que Chevret, auteur du scénario, s'est manifestement inspiré de ladite pièce et en a reproduit la péripétie principale. Attendu que ces appréciations et constatations souveraines constituent les éléments légaux de la contrefaçon* », arrêt de la Chambre des requêtes, 27 février 1918.

¹⁵⁷ Affaire « Boubouroche » du Tribunal civil de la Seine du 7 juillet 1908, citée par H. Desbois, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

d'auteur »¹⁶⁴ et « *les lignes générales* »¹⁶⁵ du plan et de la rédaction qui sont propres à l'auteur de l'interview qui peuvent être protégées. Peu importe également que l'idée soit originale ou non, puisqu'elle est par principe exclue de toute protection.

Voilà la différence, pour Henri Desbois, entre l'idée exprimée et la forme protégée. Mais si l'idée abstraite est aisément identifiable, donc exclue de la protection en ce qu'elle n'est exprimée d'aucune manière particulière, végétant dans l'esprit de son auteur ou parlant seulement à l'intelligence de ses lecteurs, il semble en aller différemment pour l'idée concrète.

En effet, si l'idée abstraite et l'idée concrète se complètent selon Henri Desbois pour former le tout qu'on appelle l'idée, la première s'oppose conceptuellement à la seconde, n'étant qu'une abstraction, quand l'autre existe concrètement¹⁶⁶. Pourquoi alors l'idée concrète ne pourrait-elle pas intégrer le monde de ce qu'on appelle la forme ? Et si, malgré ce qu'il en disait, Henri Desbois reposait en réalité sa distinction entre l'idée concrète mais non protégée et la forme sur l'exigence d'originalité, à travers les notions de plan ou de composition ?

v. L'inexistence de l'idée dans les œuvres musicales et artistiques

L'analyse d'Henri Desbois sur les idées est également particulière lorsque l'on s'attarde sur les œuvres musicales ou artistiques.

Si, dans ses observations, il a admis l'existence de trois étapes qui marquent l'élaboration de toute œuvre littéraire, à savoir « *l'idée, la composition, l'expression* »¹⁶⁷, celles-ci n'existeraient pas dans le processus de création des œuvres musicales. Ainsi, alors qu'Henri Desbois assimile notamment l'idée en littérature au thème de l'œuvre littéraire¹⁶⁸ et la mélodie musicale au thème d'une composition musicale¹⁶⁹, les deux ne jouiraient pas du même statut, la mélodie pouvant

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Ivan Cherpillod expliquait à ce propos que « [s]ur un plan conceptuel en tout cas, l'idée abstraite s'oppose à la forme ; loin d'en faire partie elle en constitue l'antithèse ». I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985, p. 40.

¹⁶⁷ H. Desbois, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁸ La composition serait le fait d'organiser « *autour d'une idée maîtresse les péripéties de l'intrigue* » ou encore « *les arguments* » de l'auteur qui souhaite créer un ouvrage scientifique ; l'expression serait le développement final de l'œuvre. Seules l'expression et la composition pourraient être protégées : H. Desbois, *ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 137.

être protégée « *parce qu'elle consiste en un signe sensible, non intelligible, qui se suffit à lui-même [...]* »¹⁷⁰. Au contraire des idées littéraires ?

L'auteur distingue également l'idée littéraire et la mélodie au niveau de leur destination : selon lui, « *la mélodie n'est pas aussi utile au développement d'une communauté que l'idée* »¹⁷¹. Si l'affirmation est certainement vraie s'agissant des idées non exprimées ou des idées s'intéressant au domaine de la science et des nouvelles inventions, elle ne nous convainc pourtant pas dans celui des arts et de la littérature¹⁷². D'ailleurs, le législateur n'interdit-il pas de se pencher sur la destination des créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur ?

Il devrait en aller de même s'agissant de l'idée dans le domaine artistique pour Henri Desbois qui n'hésite pas à affirmer que « *[l]’image, dans l’ordre des Arts, exclut l’idée* »¹⁷³. La raison en serait toute simple. L'écrivain « *s'adresse à l'intelligence* »¹⁷⁴ de son lecteur par ses mots qui seront par la suite modifiés en images par le lecteur. Mais pour exprimer sa pensée, l'artiste doit au contraire « *procéder à une mutation, sous la forme d'une illustration* »¹⁷⁵ : « *l'artiste va tout de suite à la figuration* »¹⁷⁶ en traduisant en images ses idées. Quand l'écrivain s'adresse donc à l'intelligence du lecteur, l'artiste s'adresse directement aux sens du public¹⁷⁷, ce qui ne laisse donc pas de place pour l'idée.

De plus, selon Henri Desbois, la « *composition littéraire* »¹⁷⁸ n'est rien d'autre que « *l'enchaînement des idées* »¹⁷⁹ d'un écrivain. Elle fait donc cœur avec le texte achevé. Ainsi, si la composition peut être protégée, il conviendrait de la distinguer des idées littéraires qu'elle va harmoniser. L'esquisse d'une œuvre artistique devrait en revanche s'envisager

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 138.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Voilà à ce propos ce qu'en disait François Perret dans sa thèse : « *dans une optique politico sociale, l'exclusion des idées du régime du droit d'auteur paraît légitime pour ce qui relève du domaine scientifique ; l'argument politique devient plus discutable si l'on songe aux idées commerciales ; dans le domaine de l'art il tombe complètement à faux* ». F. Perret, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, th. Genève 1974, p. 143

¹⁷³ H. Desbois, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷⁹ *Ibid.*

indépendamment de l'œuvre achevée : elle ne véhiculerait ainsi pas des idées, mais serait par elle-même déjà une œuvre artistique pouvant être protégée indépendamment du résultat final¹⁸⁰.

Or, la distinction entre l'ébauche d'un plan d'une œuvre littéraire et l'esquisse d'une œuvre artistique ne nous paraît pas évidente. Les deux peuvent en effet exister indépendamment et constituer dès lors l'objet dont on réclame la protection du droit d'auteur, quand bien même l'œuvre en résultant serait finalement différente. Il importe donc peu pour caractériser la protection d'une esquisse artistique ou d'une ébauche littéraire qu'elles se retrouvent effectivement ou non dans l'œuvre achevée.

Et puisque le droit d'auteur interdit depuis longtemps toute prise en compte du genre des créations s'agissant des modalités de la protection, l'esquisse artistique et l'ébauche littéraire devraient s'envisager pareillement.

vi. La justification de cette dichotomie

Les idées, nous dit Henri Desbois, « *ont une force irrésistible de propagation, qui résisterait à toutes les contraintes* »¹⁸¹. Ce même auteur explique également que « *[l]a loi du 11 mars 1957 n'exclut pas expressément les idées du domaine des droits d'auteur* »¹⁸². La défense en doctrine de cette dichotomie ne reposerait ainsi pas sur la volonté du législateur, quoiqu'on puisse interpréter son silence comme allant dans ce sens¹⁸³.

En vérité, notre auteur part du postulat que l'absence de protection des idées aurait une origine bien plus naturelle, par leur finalité même. Ainsi, il faudrait rechercher dans l'ordre des choses pour justifier le fait que les idées ne puissent pas être protégées. En vérité, celles-ci auraient « *une force irrésistible de propagation* »¹⁸⁴. Irrésistible, même pour l'homme qui n'aurait ainsi pas la possibilité de les monopoliser, au contraire de la forme qui serait propre à chacun et mériterait dès lors protection.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ H. Desbois, *ibid.*, p. 27.

¹⁸² *Ibid.*, p. 22.

¹⁸³ Ce que fait d'ailleurs Henri Desbois lorsqu'il affirme que le silence du législateur sur la dichotomie ne masque pas son intention implicite conduisant à l'exclusion des idées du champ de protection du droit d'auteur. H. Desbois, *ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

L'objectif premier des idées serait ainsi d'être propagées parmi les œuvres et les esprits, ce qui irait forcément à l'encontre de toute propriété privée.

Si l'on envisage un droit qui permettrait telle monopolisation, sans contrainte particulière, les possibilités de création offertes aux auteurs seraient effectivement drastiquement réduites. L'on se retrouverait ainsi en peu de temps dans un monde où il n'existerait, selon les mots de Daniel de Folleville, « *qu'un seul historien d'une même époque, qu'un seul peintre de batailles, qu'un seul biographe de tel ou tel grand personnage connu* »¹⁸⁵. Si l'on considère cette perspective, l'absence de protection des idées, qu'elles soient exprimées ou non, prend donc tout son sens¹⁸⁶.

C'est finalement pour défendre l'intérêt général et la liberté de créer qu'Henri Desbois poursuit l'analyse que certains auteurs faisaient déjà avant lui sur cette règle d'or qu'est l'absence de protection des idées par le droit d'auteur. Toutefois, Henri Desbois propose une argumentation plus précise et complète que ses prédécesseurs, ce qui explique notamment qu'elle ait pu perdurer dans le temps, tout au long du XXe siècle et jusqu'au début du XXIe.

Celle-ci souffre cependant toujours de quelques imprécisions, s'agissant tout particulièrement de la caractérisation de ce qui relève ou non de l'idée exprimée, et donc de la protection du droit d'auteur.

b. Une analyse reprise par la majorité de la doctrine

Nous l'avons dit, l'ouvrage d'Henri Desbois a eu un impact considérable sur la doctrine contemporaine du droit d'auteur. Sa célèbre formule sur les idées qui devraient demeurer de libre parcours est d'ailleurs l'un des premiers enseignements qu'apprennent les étudiants en droit d'auteur.

Ainsi, Claire Neirac-Delebecque est pleine de certitudes quant à la non-protection des idées¹⁸⁷, expliquant notamment que même « *[l]'extrême précision de l'idée, son individualisation au sein d'un courant artistique, ne peuvent suffire à lui conférer une existence d'œuvre*

¹⁸⁵ D. de Folleville, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶ Mais c'est justement oublier les contraintes législatives ou judiciaires du droit d'auteur, qui ne porte que sur les créations exprimées et originales.

¹⁸⁷ C. Neirac-Delebecque, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse publiée par l'Atelier national de reproduction des thèses, 1999, p. 24.

protégeable »¹⁸⁸, rendant dès lors impossible la revendication d'un droit privatif « à l'encontre de l'indélicat »¹⁸⁹ qui aurait volé une idée.

André Lucas, Agnès Lucas-Schloetter et Carine Bernault exposent quant à eux que l'absence de protection des idées « coule de source, tant il est évident que tous les auteurs puisent à un fonds commun »¹⁹⁰. Ils expliquent par ailleurs que la remise en cause de ce principe « affecterait nécessairement la portée du droit exclusif dans la mesure où elle devrait s'accompagner d'une généralisation, des licences obligatoires »¹⁹¹.

Pierre Sirinelli explique enfin dans son ouvrage pédagogique adressé aux étudiants que « seules les formes que prennent les idées [...] sont protégées par le droit d'auteur »¹⁹².

*

Conceptualisée par les premiers auteurs de la matière, la dichotomie idée-forme a survécu au cours des siècles jusqu'à être popularisée et démocratisée par Henri Desbois à l'ensemble de la doctrine.

L'analyse de la pensée de cet auteur a permis de s'apercevoir que l'absence de protection des idées par le droit d'auteur ne reposait explicitement sur aucune règle législative. L'origine de la dichotomie serait ainsi plus naturelle, justifiée en doctrine par la volonté première des idées de se propager et la nécessaire protection de l'intérêt général.

En tout état de cause, l'absence de définition officielle de ces concepts, couplée à une doctrine imprécise sur la question, ne peut qu'entraîner des conséquences négatives sur le juge lorsqu'il aura à appréhender ces concepts. L'étude de la jurisprudence rendue sur la question nous confirmera malheureusement cet état de fait, amenant certains auteurs à se demander si, finalement, la définition de l'idée ne serait pas « à géométrie variable selon le genre des œuvres »¹⁹³.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 25

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition, LexisNexis, 2017, p., 40.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, Les mémentos Dalloz, 3^e édition, 2016, p. 17.

¹⁹³ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

Paragraphe 2 : Les concepts d'idée et de forme appréhendés par le juge français

En l'absence d'une législation claire et précise sur la dichotomie idée-forme, les errements de la doctrine française se sont fatalement retrouvés en jurisprudence. En effet, puisque la frontière entre l'idée et la forme semble particulièrement obscure, même pour ceux qui pensent le droit, comment pourrait-il en aller autrement pour ceux qui l'appliquent ? (Sous-paragraphe 1).

Ce flou doctrinal et jurisprudentiel a par ailleurs quelques fâcheuses conséquences. Pour les auteurs d'abord, premiers concernés mais derniers informés sur les particularités propres à l'idée et à la forme.

Pour les juges français ensuite, qui vont parfois recourir à d'autres critères pour caractériser les limites de la protection du droit d'auteur (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Une frontière floue entre l'idée et la forme

Appliquant une règle bien difficilement appréhendable, les juges vont, au fur et à mesure de leurs décisions, chercher à affiner les concepts que sont l'idée et la forme, afin de pouvoir garantir aux auteurs une meilleure sécurité juridique.

A défaut d'apporter cette clarté, la multiplication des affaires en justice et des procès en contrefaçon aura pour effet de renforcer le flou doctrinal et jurisprudentiel autour de cette dichotomie.

La distinction judiciaire de l'idée exprimée et la forme protégée n'est ainsi pas aisée. L'analyse des jurisprudences traitant de la dichotomie idée-forme en droit d'auteur nous le confirmera. En revanche, le juge imposera de manière systématique aux créations pour lesquelles on réclame la protection, une perceptibilité par les sens.

1. Les jurisprudences françaises refusant la protection aux idées pourtant exprimées

Nous l'avons vu, l'existence d'une propriété privée suppose, selon les termes employés, une *concrétisation*, une *incarnation*, une *extériorisation* ou, plus simplement, une *forme*. Pour le coup, l'affaire est entendue depuis les origines de la matière. Aucune doctrine ne milite pour la protection de la pensée qui végèterait dans l'esprit d'un auteur, aucune législation ne l'envisage, et il en va de même en jurisprudence. Si l'on définit ainsi l'idée en l'opposant à la forme en ce

qu'elle ne serait pas exprimée, son absence de protection est dès lors parfaitement logique et justifiée.

Mais à vrai dire, l'analyse de la jurisprudence sur ce point étonne puisqu'il apparaît qu'elle refuse la protection à des idées, certes, mais des idées pourtant exprimées, pour la simple et seule raison que ce sont des idées.

Les juges ont par exemple eu l'occasion de refuser la protection à, notamment : « *l'idée de représenter un mari trompé et abusé par la femme adultère* »¹⁹⁴, « *l'idée de présenter, dans une méthode de solfège, les notes de la gamme avec des lutins* »¹⁹⁵, « *l'idée de placer le héros dans un environnement qui lui est hostile* »¹⁹⁶, et plus récemment à « *un thème relatif à un enfant et à un ballon rouge* »¹⁹⁷.

Mais ces idées ne sont-elles pas exprimées ? L'idée de représenter un mari trompé et abusé par la femme adultère n'est-elle pas exprimée par un auteur dans une pièce de théâtre ou dans une création littéraire ? Ne serait-ce pas là qu'une des nombreuses péripéties que l'on peut retrouver notamment dans les œuvres de fiction ?

Pareillement, qu'est-ce qui justifie que la péripétie plaçant le héros dans un environnement hostile soit assimilée à ce qu'on conceptualise comme étant l'idée et non pas à la forme ? Une fois extériorisée d'une manière ou d'une autre, cette péripétie ne quitte-elle pas le monde de la pensée ? Pourquoi ne pourrait-elle donc pas postuler à la protection ?¹⁹⁸ Car s'il est vrai qu'une péripétie mettant en scène un personnage quelconque en proie à des envahisseurs quelconques se retrouve dans bon nombre d'œuvres – notamment littéraires, il n'en demeure pas moins que cette péripétie est bien exprimée au sein de chacune de ces œuvres. Leur absence de protection pourrait donc reposer sur un autre fondement.

En tout état de cause, si l'absence de protection de l'idée intérieure est une évidence, ces exemples (qui pourraient parfaitement être démultipliés) ne nous permettent pas d'identifier avec précision le passage de l'idée à la forme, puisqu'en l'espèce, l'idée non protégée a été

¹⁹⁴ CA Paris, 12 mai 1909 : DP 1910, 2, p. 81, note C. Claro.

¹⁹⁵ Cass. com., 29 nov. 1960 : Bull. civ. IV, n° 389 ; RTD com. 1961, p. 607, obs. H. Desbois.

¹⁹⁶ CA Douai, ch. réunies, 20 mai 1996 : LPA 1997, n° 90, p. 15, note C. Caron.

¹⁹⁷ Cass. com., 18 oct. 2016, n° 14-23.584 : JurisData n° 2016-022172 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 5, obs. M. Malaurie-Vignal.

¹⁹⁸ Postuler seulement, car s'il n'existe selon nous aucune opposition à ce qu'une idée soit monopolisée, cela ne veut évidemment et absolument pas dire que toutes les idées le seront. Encore doivent-elles répondre à l'exigence d'originalité... qui échappera en réalité à bon nombre d'idées !

exprimée dans une forme quelconque. Elle a donc quitté le monde de la pensée en se *concrétisant, s'incarnant, ou s'extériorisant*, et lui refuser la protection sur le seul fondement qu'elle appartiendrait encore et malgré tout à la catégorie des idées n'apparaît pas opportun, car parfaitement illisible.

2. Le véritable critère de la forme dans la jurisprudence française : la perceptibilité par les sens

Puisque ce qui relève de l'idée semble particulièrement compliqué à identifier, une approche par la négative pourrait s'envisager. Si l'on ne sait pas ce qu'est l'idée, peut-être pourrions-nous savoir ce que n'est pas la forme ?

La jurisprudence française s'est penchée sur la question en proposant un critère objectif, s'éloignant du concept relatif à l'idée. Serait ainsi insusceptible d'appropriation par le droit d'auteur tout ce qui ne serait pas perceptible par les sens. *A contrario*, la forme serait donc ce qui est tout simplement perceptible par les sens !

Cette approche jurisprudentielle et doctrinale semble bien plus pragmatique, étant par ailleurs justifiée par le législateur qui affirmait dès 1957 l'absence de prise en compte de la forme d'expression s'agissant de la protection du droit d'auteur. Ainsi, pour postuler à la protection, il conviendrait *et suffirait* d'être une création exprimée dans une forme¹⁹⁹ perceptible par les sens. Suivant ce principe, une œuvre musicale peut être protégée car elle est notamment perceptible par l'ouïe. L'œuvre littéraire ou audiovisuelle par la vue, à l'instar de l'œuvre artistique (entre autres). Et quand les sens mobilisés au sein d'une œuvre se cumulent, celle-ci peut prétendre encore davantage à la protection !

Une seule difficulté existe lorsqu'il s'agit des créations intéressant l'odorat ou le goût²⁰⁰, puisque l'objectif de l'auteur est la circulation de ses idées, donc la communication de son œuvre au public. Ainsi, c'est seulement parce que la fragrance d'un parfum ne s'exprime pas dans une forme « *qui permette [sa] communication* »²⁰¹ lui permettant également d'« être

¹⁹⁹ La mention de la forme par le législateur n'excluant donc pas par principe les idées exprimées du champ de protection du droit d'auteur, comme nous l'avons vu plus haut.

²⁰⁰ La cour d'appel de Paris jugeait pourtant en sens inverse que « *si l'article 3 de la loi de 1957 ne cite comme exemples d'œuvres de l'esprit que les œuvres perceptibles par la vue ou par l'ouïe, la présence de l'adverbe notamment ne permet pas d'exclure a priori celles qui pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens* », CA Paris, 3 juill. 1975 : Gaz. Pal. Rec. 1976, I, p. 43, note Calvo et Morelle.

²⁰¹ T. Lambert, « S'il vous plaît... dessine-moi une odeur... ou la fragrance insaisissable par la propriété intellectuelle », LexisNexis, CCE n°11, 2017, étude 17.

identifiable avec une précision suffisante »²⁰² qu'elle échappe aujourd'hui encore à la protection. En somme, l'odeur serait encore trop volatile pour être appropriée. S'agissant des œuvres concernées par les autres sens, telle difficulté n'apparaît pas.

Mais alors, les idées exprimées citées plus haut ne seraient pas perceptibles par les sens, ne pourraient pas être communiquées, identifiées précisément, et seraient donc insusceptible de réclamer la protection du droit d'auteur ? Dans un roman littéraire mettant en scène un personnage quelconque, l'idée d'une péripétie qui lui arriverait ne serait ainsi pas perceptible par la vue ? Ou par l'ouïe, si elle était lue à haute voix ? Ne pourrait-elle pas être communiquée à un éditeur, sous la forme, par exemple, d'un concept littéraire ? Pourquoi refuser l'opportunité de la protection à des idées répondant pourtant à l'exigence de perceptibilité par les sens ? Qu'est-ce qui distingue fondamentalement un personnage d'un roman protégé en tant qu'œuvre de l'esprit d'un autre qui sera considéré par le juge comme étant une idée ? A première vue, étant bien perceptibles par les sens, ils devraient pouvoir concourir pareillement à la protection, sans pour autant forcément l'obtenir tous deux...

Fort logiquement, si l'affaire est ardue s'agissant du droit commun du droit d'auteur, elle l'est tout autant pour la matière audiovisuelle. Nous le vérifierons dans notre troisième partie.

Sous-paragraphe 2 : Les conséquences de cette frontière indéfinie

Lorsque ce ne sont pas les auteurs, bien évidemment incapables de saisir les impossibles subtilités de la dichotomie, c'est le juge qui se charge de redessiner la frontière entre ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas.

Les maladresses de ce dernier ont relancé bien malgré lui le débat doctrinal sur la pertinence de la dichotomie idée-forme de la fin du XXe siècle.

1. Des conséquences pour les auteurs

Si les juristes sont bien incapables d'appréhender justement les concepts d'idée et de forme, les principales victimes de l'absence de précision sur ce qui est protégé et sur ce qui ne l'est pas, sur ce qui peut être réutilisé ou non dans l'œuvre d'autrui, sur le fait de savoir si l'inspiration

²⁰² *Ibid.*

reste à la frontière de la contrefaçon ou si elle la franchit, semblent finalement être les auteurs, frappés de plein fouet par l'absence de clarté de cette doctrine dichotomique.

L'affaire est d'autant plus grave en matière audiovisuelle où la doctrine a bien du mal à classer dans la catégorie de l'idée ou de la forme les documents préparatoires que sont le concept, le format ou encore la bible audiovisuelle, alors qu'ils sont justement à l'origine de la plupart des œuvres audiovisuelles. En outre, l'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose que, dans la situation où ces documents sont protégés par le droit, leurs auteurs deviennent co-auteurs de l'œuvre audiovisuelle qui va en découler. Il est donc indispensable pour ces créateurs de savoir s'ils peuvent revêtir ou non la qualité d'auteur !

Par ailleurs, comment envisager au sein d'une œuvre audiovisuelle, par exemple de fiction, les péripéties qui la composent ? Si l'ensemble de ces péripéties sera bien souvent protégé, qu'en sera-t-il d'une péripétie prise indépendamment ? Ne serait-ce qu'une idée, rendant chacun susceptible de la reprendre à sa façon ?

A notre sens, faire reposer la protection du droit d'auteur sur la seule forme au détriment de l'idée ne peut qu'avoir un impact négatif sur le droit d'auteur, voire sur l'un de ses objectifs primaires : la diffusion des idées. Et c'est finalement assez logique : puisque l'on répète aux auteurs à longueur d'articles que les idées sont *par principe* exclues de la protection sans pour autant présenter précisément et juridiquement leurs contours, ces mêmes auteurs peuvent parfaitement vouloir ne prendre aucun risque et ainsi garder leurs idées pour eux. Et ce, quand bien même elles seraient « *marquées du coin du génie* »²⁰³. Pourquoi s'embêter à proposer une idée audiovisuelle plus ou moins précise à un producteur à partir du moment où ce dernier a la possibilité *par principe* de l'adapter selon ses désirs, sans en demander la permission au créateur ?²⁰⁴ L'effet inverse existe aussi et peut conduire certains auteurs à réclamer une protection du droit d'auteur qui irait au-delà de la protection de leur seule œuvre, ce qui

²⁰³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Troisième édition, Dalloz, 1978, p. 22.

²⁰⁴ Pour Nadia Walvarens-Mardarescu, « [l']absence de protection des idées par le droit d'auteur conduit à des situations parfois injustes et non satisfaisantes. En effet, lorsqu'un tiers emprunte l'idée d'une œuvre d'art à un artiste, celui-ci ne peut invoquer le grief de contrefaçon. L'artiste se trouve alors totalement démuné dans la reconnaissance de ses droits, qu'ils soient d'ordre moral ou patrimonial. [...] Sachant que les idées sont de libre parcours, les créatifs qui sévissent notamment dans le secteur de la mode ou de la publicité s'inspirent sans commune mesure des œuvres des créateurs ». L'auteurice en conclut donc que l'absence de protection des idées par le droit d'auteur s'apparente en réalité à une « *invitation au pillage et au parasitisme* ». Ambiance. N. Walvarens-Mardarescu, *L'œuvre d'art en droit d'auteur, Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 373.

limiterait *de facto* d'autres possibilités créatives²⁰⁵. Et puisque la plupart des avocats non spécialisés n'auront aucune idée des obscures particularités des deux concepts litigieux, il y a fort à parier qu'ils ne seront d'aucune utilité pour les auteurs en quête d'un soutien juridique.

En découle fatalement davantage d'affaires portées en justice par des auteurs qui entendent, par exemple, faire protéger un thème général et concret exprimé dans une série télévisée ou alors une péripétie exprimée dans une œuvre littéraire, mais déboutés parce que le thème ou la péripétie ne seraient que des idées. Cette situation va amener le juge à se pencher sur ces concepts, en créant dès lors de nouvelles jurisprudences bien hasardeuses qui seront par la suite commentées par une doctrine toujours plus en difficulté.

2. Des conséquences judiciaires : l'arrêt *Paradis*

Si les juges du fond avaient déjà pu accepter de protéger par le droit d'auteur « *l'idée de mettre en relief la pureté des lignes du Pont-Neuf* »²⁰⁶, c'est lors d'une énième affaire relative à l'idée et à la forme que le juge de la Cour de cassation va rendre une décision largement commentée et discutée par la doctrine : le très célèbre arrêt *Paradis*²⁰⁷ qui traite notamment de l'épineuse question de l'acceptation de l'art conceptuel par le droit d'auteur.

L'affaire opposait l'artiste Jakob Gautel à une photographe qui avait, selon les dires de l'auteur, reproduit dans une photographie et sans autorisation, son œuvre *Paradis*, laquelle consiste en l'apposition du mot « paradis » écrit en lettres dorées au-dessus des toilettes délabrées d'un ancien dortoir d'hôpital.

La photographe se défend en opposant à Jakob Gautel l'absence de protection de sa création qui n'appartiendrait qu'à l'univers des idées. Ce faisant, elle pourrait librement reproduire la création sans l'autorisation de l'artiste. L'argument est fort judicieux : non seulement les idées sont exclues *par principe* de la protection par le droit d'auteur, mais l'art conceptuel consiste

²⁰⁵ Les concepts que sont l'idée et la forme constituent également « *autant d'obstacles aux possibilités de réutiliser les œuvres d'autrui de façon créative* », P. Léger, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice, Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, L.G.D.J., Thèses, Bibliothèque de droit privé, 06/2018, p. 99, cette dérive se retrouvant notamment dans la matière audiovisuelle.

²⁰⁶ Paris, 14^e ch. B, 13 mars 1986, *Sté Sygma, sté Gamma et Katherine Adamov c/ Javacheff Christo*.

²⁰⁷ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 novembre 2008, 06-19.021, Publié au bulletin*.

en outre à mettre sur un piédestal l'idée devant la forme : c'est la *Fontaine* de Marcel Duchamp²⁰⁸, c'est le *Paradis* de Jakob Gautel, c'est tout le mouvement *dada*²⁰⁹.

Suivant le raisonnement classique de la doctrine, la photographie ne devrait ainsi pas avoir de mal à éviter toute action en contrefaçon. C'était sans compter les juges de la Cour de cassation qui vont retenir une argumentation contraire.

a. La réalisation de l'idée, au détriment de la forme

Au grand dam de la photographie, la protection par le droit d'auteur de l'œuvre *Paradis* va être validée par la Cour de cassation parce qu'elle constitue « *la réalisation d'une idée portant la marque et l'empreinte personnelle de l'auteur* »²¹⁰. Si le concept d'idée est bien évoqué, les juges ne vont toutefois pas faire mention de l'exigence d'une forme : leur argumentation semble avoir évolué loin de la dichotomie idée-forme qui n'est textuellement pas envisagée dans cette décision.

Les juges de la Haute juridiction vont en effet venir opposer l'idée non exprimée de sa réalisation, en indiquant que l'œuvre *Paradis* est protégée car « *l'approche conceptuelle de l'artiste [...] s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale* »²¹¹. Dans cette décision, l'idée non exprimée, soit l'approche conceptuelle de l'artiste²¹², n'est donc pas envisagée différemment : elle est toujours exclue de la protection par le droit d'auteur, du moment qu'elle n'est pas « *exprimée dans une réalisation matérielle originale* »²¹³.

Il semble en revanche en aller autrement s'agissant de l'idée exprimée puisque le juge abandonne l'usage du concept de forme²¹⁴, lui préférant donc en l'espèce celui de

²⁰⁸ Pour Marcel Duchamp, cité par Edouard Treppoz, l'art consiste « à ramener l'idée de la considération esthétique à un choix mental, et non pas à la capacité ou à l'intelligence de la main contre quoi je m'élevais chez tant de peintres de ma génération ». M. Duchamp in, *Dada*, par S. Lemoine, Hazan, 1986, p. 10., cité par E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

²⁰⁹ Pour Dadaïsme.

²¹⁰ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

²¹¹ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 novembre 2008, 06-19.021, Publié au bulletin.*

²¹² Qui consiste en l'apposition d'un mot à un lieu, créant ainsi un décalage entre les deux, soit « *détourner le sens d'un mot par une inscription en décalage* », E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

²¹³ *Ibid.*, cette approche conceptuelle est réalisée puisqu'elle a dépassé le cadre purement intellectuel : l'idée n'est plus de détourner le sens d'un mot par une inscription en décalage, mais bien le fait d'apposer le mot « paradis » au-dessus de la porte de toilettes délabrées. La question n'est donc plus de savoir si réalisation est une forme susceptible d'être protégée ou une idée non protégée par principe, mais bien de savoir si elle est originale.

²¹⁴ Si la Cour de cassation emploie effectivement dans sa décision l'adverbe « *formellement* », certains auteurs n'y voient là qu'une référence indirecte à la forme, dénuée de tout caractère contraignant : « *Certes, dans l'arrêt*

« [l'expression] dans une réalisation matérielle »²¹⁵, comme le faisaient déjà avant lui les juges du fond statuant sur la même affaire²¹⁶.

Doit-on alors en conclure que l'idée exprimée est susceptible d'être protégée ? Pas encore, car si l'affaire est intéressante, le remplacement de la forme par la réalisation n'apporte explicitement aucune solution aux difficultés de la dichotomie idée-forme. L'emploi du concept de réalisation n'a même que peu d'intérêt si l'on ne précise toujours pas à quoi renvoie cette nouvelle notion qui ne fait finalement que confirmer l'évidence ou l'absence de protection des idées non exprimées. En l'état, la difficulté de la détermination des fuyants contours de la protection du droit d'auteur reste entière. En effet, qu'est-ce qui est *réalisé* dans l'œuvre *Paradis* ? La protection est-elle limitée à l'inscription du mot « paradis » au-dessus des toilettes d'un hôpital précis ? Peut-elle s'étendre à toute autre inscription du même ton que le mot « paradis » ? Inscrire le mot « paradis » dans une autre localisation est-il contrefaisant ? Ou s'arrête la liberté ? Ou commence la protection ? Comme a pu le dire un auteur, si l'on en reste là, « [l]a question reste entière »²¹⁷.

Quels enseignements tirer donc de cette jurisprudence s'agissant de la dichotomie idée-forme ? Pas grand-chose pour quelques auteurs, pour qui le juge n'a pas « *abordé de front* »²¹⁸ la question de l'art conceptuel, donc celle de la dichotomie. Pour d'autres, le juge n'a même fait qu'appliquer les règles traditionnelles d'accession à la protection du droit d'auteur, donc la dichotomie idée-forme²¹⁹.

*commenté, la Cour de cassation laisse néanmoins subsister une référence indirecte à la forme au travers de l'adverbe « formellement ». On notera toutefois que la charge contraignante du sens premier de forme s'estompe en passant du substantif à l'adverbe. Il est donc possible de penser que la condition de réalisation vient ici se substituer à celle de forme et ce malgré la présence de l'adverbe « formellement » ». E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Et d'autres encore avant eux, notamment la Cour de Paris dans un arrêt du 27 novembre 1967, qui n'hésitait pas à déjà affirmer que si l'idée est exclue de la protection par le droit d'auteur, sa « *réalisation concrète peut bénéficier de la loi* ».

²¹⁷ J. Cabay, « « Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux » La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur », *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, p. 67.

²¹⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *op. cit.*, p. 82 ou encore B. Edelman, dans son article « Un arrêt énigmatique », *Recueil Dalloz*, 2009 ; l'absence de prise de risque de la Cour de cassation sur la question de l'art conceptuel est d'apparence assez vraie, puisque la solution du juge aurait été la même s'il avait reposé son argumentation sur la dichotomie classique opposant l'*idée* et la *forme*... cette décision n'a donc en soit rien de très novateur, si l'on s'en tient à cette analyse. Il s'avère toutefois que la position de la Cour de cassation est clairement ambiguë. Car, en raisonnant à l'inverse, pourquoi la Cour ne s'est-elle pas fondée sur les critères classiques pour éviter tout débat ? Peut-être, justement, pour favoriser le débat doctrinal sur la dichotomie idée-forme... ce serait en tout cas une belle prise de risque.

²¹⁹ C'est notamment le cas de Christophe Caron, qui, s'agissant de l'arrêt de la cour d'appel, a pu dire que « [l]e choix d'un lieu pour y placer un urinoir ou y peindre le mot « *Paradis* » relève de l'idée, aussi géniale soit-elle,

Mais pour certains, la décision des juges de la Cour de cassation permet de proposer une alternative enfin crédible à la dichotomie idée-forme, qui permettrait de caractériser le passage entre ce qui n'est pas protégé et ce qui l'est : le recours au concept d'originalité.

b. Le concept d'originalité, une alternative pertinente à la dichotomie idée-forme ?

Dans son commentaire sur l'arrêt *Paradis*²²⁰, Edouard Treppoz exprime ses doutes quant à la pertinence du remplacement de la condition de la forme par celle de la réalisation, si l'on devait évidemment en rester là. Pour cet auteur, le terme *réalisation* caractérise le passage de « l'idée purement mentale »²²¹ – non susceptible d'appropriation – à une « entité perceptible au sens »²²², répondant favorablement aux exigences de la jurisprudence en la matière. Cette distinction n'aurait pas d'autre intérêt que d'exclure définitivement de la protection toutes les idées purement mentales, exclusion conceptualisée depuis les origines de la matière.

S'agissant en revanche de savoir si les idées réalisées, ou exprimées, donc perceptibles aux sens, peuvent être protégées par le droit d'auteur, il conviendrait de se tourner vers la condition d'originalité. Pour notre auteur, se fonder sur la condition d'originalité pour « tracer la frontière entre liberté et protection »²²³ serait « la seule manière de retrouver l'équilibre »²²⁴ de la protection. L'abandon par la Cour de cassation du concept de la forme dans l'arrêt *Paradis* irait ainsi en ce sens, en évitant les difficultés doctrinales, législatives et jurisprudentielles de la dichotomie idée-forme²²⁵.

Si l'approche conceptuelle d'un auteur n'est ainsi pas protégée par le droit d'auteur, c'est parce qu'elle ne serait pas originale. Si une idée exprimée est ainsi exclue de la protection, c'est parce qu'elle ne serait pas originale. Si l'idée purement mentale est *par principe* exclue de toute

mais pas de la réalisation d'une création de forme originale par le droit d'auteur » et, à propos de l'arrêt de la Cour suprême, que « la Cour de cassation ne [s'est attachée] qu'à la forme et rien qu'à la forme pour y dénicher une originalité, exprimant la personnalité de l'auteur », C. Caron, « Le droit d'auteur au paradis », *Communication Commerce électronique* n° 9, Septembre 2006 ; et du même auteur, « L'art conceptuel au paradis de la Cour suprême », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2009.

²²⁰ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Ce qui vaudra par ailleurs les salutations de Nadia Walvarens-Mardaescu, validant la position de la Cour de cassation. Pour cet auteur, la dichotomie idée-forme est en effet « inadaptée à la création artistique contemporaine » dans N. Walvarens-Mardaescu, « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *Revue internationale de droit d'auteur*, 2009, p. 11.

protection, c'est parce qu'elle n'aurait pas été exprimée dans une entité perceptible aux sens, peu importe qu'elle soit originale ou non.

Dans notre cas d'espèce, la protection de l'œuvre conceptuelle par le droit d'auteur pourrait ainsi s'étendre à « *l'idée d'inscrire le mot « Paradis » sur une porte sordide de toilettes* »²²⁶, en raison de l'expression de cette dernière et de son originalité²²⁷. Cette position doctrinale sera par ailleurs validée par certains auteurs dont Nadia Walvarens-Mardaescu²²⁸, qui estimera que « *l'idée ayant été exprimée dans une œuvre de forme originale, peut traduire aisément l'empreinte de la personnalité de l'artiste* »²²⁹, cette solution correspondant bien, pour cette autrice, à la « *conception personnaliste du droit d'auteur* »²³⁰ français. Cette autrice défend ainsi également la protection par le droit d'auteur des œuvres d'art conceptuelles, celles-ci n'étant pas « *dépourvues de forme, car l'idée [de l'œuvre] n'est pas restée au stade de la préconception, elle a été extériorisée et rendue accessible au spectateur* »²³¹ : en somme, « *[l]'œuvre conceptuelle est concrétisée par une idée exprimée* »²³².

D'autres rejettent toutefois totalement cette analyse doctrinale comme Karim More qui exprimera son point de vue dans un article au titre très évocateur²³³, dans lequel il appellera la doctrine et le juge à « *rehausser la qualité d'auteur à sa dignité originelle* »²³⁴, plutôt que d'étendre « *le champ de la protection par une conception souple de la distinction [...] entre le*

²²⁶ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

²²⁷ Critiqué sur ce point par Pauline Léger, qui s'inquiète du « *glissement [opéré] vers l'appropriation d'un concept* », P. Léger, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformative, contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, LGDJ, 2018, p. 83.

²²⁸ Et très fortement critiquée par un autre, qui évoque à propos de l'affaire *Paradis* « *l'ampleur des excès auxquels [telle décision] expose le droit d'auteur à la française* », ou s'agissant encore de l'affaire *Christo* le fait qu'à « *chaque Noël, [l'auteur a] une pensée de gratitude pour cet arrêt qui a fait de [lui] un auteur de paquets* ». Il est toutefois compliqué ici de ne pas y voir une prise en compte du mérite des œuvres, or le mérite... P. Gaudrat, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... observations sur civ. 1^{re} 13 novembre 2008 », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 2009, p. 85.

²²⁹ N. Walvarens-Mardaescu, « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *Revue internationale de droit d'auteur*, 2009, p. 17.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ N. Walvarens-Mardaescu, *L'œuvre d'art en droit d'auteur, Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005, p. 101.

²³² *Ibid.*

²³³ K. More, « Contre la protection des idées originales par le droit d'auteur », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2009, pp. 269-285.

²³⁴ *Ibid.*

fond et la forme »²³⁵, en « *se montrant plus exigeant quant à la mise en forme originale des idées* »²³⁶.

*

Cette position doctrinale fait en réalité écho à l'important débat doctrinal de la fin du XXe siècle sur la pertinence en droit positif de la dichotomie idée-forme. Car, nous l'avons vu, si la majorité de la doctrine a aujourd'hui validé la position d'Henri Desbois quant à l'exclusion de toutes les idées de la protection du droit d'auteur, il n'en a pas toujours été ainsi. Et c'est finalement assez logique, tant l'étude de la dichotomie nous a permis de comprendre que les concepts que sont l'idée et la forme reposent en réalité sur des bases fragiles. En l'absence d'une validation législative ou d'une doctrine claire et précise sur le sujet, la jurisprudence est en effet incapable de pouvoir bien se servir de ces concepts, leur apportant toujours plus d'incertitudes pour le plus grand malheur des auteurs.

Fort d'un argumentaire pertinent, Ivan Cherpillod fut notamment l'un des premiers²³⁷ fers de lance crédibles²³⁸ de cette doctrine rejetant la position d'Henri Desbois, lui préférant, bien avant l'arrêt *Paradis*, le recours à la seule condition d'originalité. L'idée est intéressante, mais elle ne pourra obtenir grâce aux yeux de la doctrine que si le concept d'originalité de la fin du XXe est capable d'éviter les erreurs de la dichotomie. En somme, que les auteurs préférant l'originalité à la dichotomie ne reproduisent pas les maladresses de ceux qu'ils critiquent.

Section 2 : L'accueil partagé de la dichotomie en doctrine : le débat de la fin du XXe siècle

Bien que conceptualisée depuis plusieurs siècles, la dichotomie idée-forme qui conduit à l'exclusion de toutes les idées du champ de protection du droit d'auteur ne satisfait pas l'entièreté de la doctrine. Bien avant la « validation »²³⁹ européenne²⁴⁰ et internationale²⁴¹ de l'absence de protection des idées, certains auteurs comme Ivan Cherpillod ont soulevé

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Le magistrat Raymond Lindon avait lui aussi milité pour une protection des idées par le droit d'auteur, mais son analyse s'était limitée à cette affirmation, sans préciser bien davantage les conditions de cette protection comme le précise Julien Cabay, dans son article « « Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux » La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur », *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013, p. 23.

²³⁸ Souvenons-nous de ce juge du XIXe siècle, s'interrogeant sur l'opportunité de la protection des idées par le droit d'auteur et très fortement raillé par Eugène Pouillet ou encore Daniel de Folleville pour ce seul argument ?

²³⁹ Nous verrons plus tard que cette « validation » est plus politique que juridique et ne répond plus vraiment aux nouvelles exigences posées par la CJUE dans ses dernières jurisprudences.

²⁴⁰ Notamment la directive logicielle de l'Union européenne, la directive 2009/24/CE.

²⁴¹ Notamment les accords ADPIC mais également le traité de l'OMPI.

l'ambiguïté de la dichotomie, lui préférant notamment la seule condition d'originalité (Paragraphe 1).

Quelques années plus tard, Pierre-Yves Gautier va reprendre le « flambeau » de l'originalité, prolongeant de fait la pensée d'Ivan Cherpillod. Cet auteur s'étonne aujourd'hui encore du traitement réservé par les tribunaux aux idées qui devraient selon lui être protégées du moment qu'elles sont originales et suffisamment précises.

Sans prendre position sur le bienfait ou non de l'usage de la condition de l'originalité pour évincer les concepts de l'idée et de la forme, d'autres auteurs comme Pauline Léger estiment quant à eux que l'emploi de cette dichotomie par la doctrine et par les juges ne serait finalement que politique, ce qui justifierait *in fine* sa persistance en droit positif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'absence de pertinence de la dichotomie idée-forme selon Ivan Cherpillod

Dans son ouvrage relatif à l'objet du droit d'auteur²⁴², Ivan Cherpillod va exposer ses doutes sur la pertinence des concepts que sont l'idée et la forme, en s'appuyant notamment sur une analyse de la doctrine et des jurisprudences validant la dichotomie.

Manifestement, son étude nous montrera que si la doctrine dichotomique est majoritaire, elle ne permet pas de justifier l'absence de protection *par principe* des idées par le droit d'auteur (Sous-paragraphe 1).

Pour éviter les errements du droit positif, Ivan Cherpillod va proposer de recourir à la seule condition d'originalité, quand bien même celle-ci serait encore bien imprécise (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : La potentialité de la protection de l'idée exprimée par le droit d'auteur

La préface de l'ouvrage d'Ivan Cherpillod, signée par l'ancien directeur de l'Office fédéral de la propriété intellectuelle Suisse Joseph Voyame, annonce déjà la couleur en se questionnant de

²⁴² I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985

la sorte : « [f]aut-il vraiment considérer que les idées sont soustraites de façon absolue au droit d'auteur ? »²⁴³. La réponse d'Ivan Cherpillod est nuancée.

1. L'absence de protection de l'idée non exprimée par le droit d'auteur

Pour Ivan Cherpillod, il ne fait absolument aucun doute que l'idée non exprimée doit nécessairement échapper à toute protection. Celui-ci précise qu'ainsi, « si l'on entend par « forme » toute manifestation exprimée et par « idée » une représentation purement imaginaire, il est évident que le droit d'auteur ne protégera que la forme »²⁴⁴, puisque l'idée n'aura pas été exprimée. Cette remarque ne souffre d'aucune difficulté, tant elle est à présent évidente : « l'expression est nécessaire pour qu'il y ait protection »²⁴⁵.

L'œuvre protégée par le droit d'auteur selon Ivan Cherpillod doit donc être une « représentation [qui] doit avoir revêtu une forme perceptible aux sens »²⁴⁶, puisque « [l]'œuvre doit être communicable et déterminable »²⁴⁷. Il n'existe donc aucune possibilité de protection pour l'œuvre qui ne serait pas perceptible aux sens²⁴⁸ : toute autre conclusion doit être rejetée pour notre auteur²⁴⁹. Ivan Cherpillod précise que « [c]'est grâce à la perception par les sens qu'il est possible de dessiner les contours du bien dont la protection est demandée »²⁵⁰, et que le « droit d'auteur s'attache uniquement aux composantes perceptibles au travers de la forme donnée »²⁵¹. Dès lors, il conviendrait de refuser toute protection aux sentiments et autres sensations qui peuvent naître dans l'esprit du public, mais également pour celles qui vont guider l'auteur dans son acte créatif, puisque celles-ci ne seraient pas perceptibles par les sens. Ainsi, le compositeur musical qui indique avoir créé sa symphonie en s'inspirant du thème de l'amour ne pourrait réclamer aucune protection de cette idée, non perceptible par les sens puisque non exprimée.

Ivan Cherpillod va expliciter sa pensée en prenant pour exemple le célèbre tableau de René Magritte, *Les vacances d'Hegel*.

²⁴³ *Ibid.*, p. 1.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 18.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ C'est également une « évidence » pour E. Ulmer et G. Kolle, *Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen*, GRUR Int. 1982, p. 489 à p. 492, cités par I. Cherpillod, *ibid.*, p. 21.

²⁴⁹ I. Cherpillod, *ibid.*, p. 29.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 138.

²⁵¹ *Ibid.*

A propos de celui-ci, le peintre expliquera que le parapluie représenté « *a deux fonctions opposées : à la fois ne pas vouloir d'eau (la repousser), et en vouloir (en contenir). Il [Hegel] aurait été charmé, je pense, ou amusé (comme en vacances), et j'appelle ce tableau : Les Vacances de Hegel* »²⁵². Ivan Cherpillod précise alors que « *l'idée de peindre un parapluie ouvert surmonté d'un verre d'eau n'est pas dépourvue de caractère représentatif : elle traduit une pensée dialectique par la réunion de deux éléments contradictoires en un objet de synthèse* »²⁵³. Toutefois, si « *le parapluie et le verre d'eau sont perceptibles au spectateur* »²⁵⁴, « *la signification donnée à ces objets (l'expression d'une pensée dialectique par la réunion de deux éléments contradictoires en un objet de synthèse, par exemple) échappe à la perception ; la traduction conceptuelle de l'image s'exprime au travers du sujet contemplant l'œuvre ; elle ressortit donc à une interprétation subjective qui s'écarte de la production concrète de l'artiste par la « projection » d'une analyse personnelle* »²⁵⁵. Cette idée échapperait donc à la protection du droit d'auteur, pour défaut d'expression perceptible²⁵⁶.

Partant de ce postulat, que doit-il advenir de l'idée exprimée ? Est-elle exclue de toute protection comme l'affirmaient entre autres Augustin-Charles Renouard puis Henri Desbois et comme l'affirment toujours la majorité de la doctrine opposant l'idée et la forme ?

2. L'idée exprimée, susceptible d'être protégée par le droit d'auteur

Pour Ivan Cherpillod, il doit en aller différemment s'agissant de l'idée exprimée. En effet, affirmer que le droit d'auteur ne s'attache qu'à la seule forme au détriment de l'idée non exprimée ne permet pas de « *tirer la conclusion que l'idée qui a franchi le seuil de l'expression*

²⁵² Lettre de René Magritte à Suzi Gablik, reproduite par Bernard Noël, *Magritte*, Paris 1976, p.15 et citée par I. Cherpillod, *ibid.*, p. 98.

²⁵³ I. Cherpillod, *ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 140.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Nous voyons ici que cette analyse se distingue de ce qu'a pu dire le juge de la Cour de cassation s'agissant de l'accession à la protection du droit d'auteur de l'approche conceptuelle de Jakob Gautel dans l'affaire *Paradis*. Car à notre avis, l'approche conceptuelle de l'auteur dans l'affaire *Paradis* ne se retrouve pas strictement objectivement dans l'œuvre exprimée, en plus de ne pas être originale. En l'espèce, l'idée réalisée dans l'affaire *Paradis* est celle d'« *apposer un mot dans un lieu particulier* ». Elle est perceptible objectivement par les sens. Mais, au contraire, l'idée « *d'apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun* » fait bien davantage appel aux sensations et à l'imagination du public ou de l'auteur et n'est perceptible par les sens que par une intellectualisation, forcément subjective, de l'œuvre. En revanche, « *l'idée d'inscrire le mot « Paradis » sur une porte sordide de toilettes* », qui n'est en réalité rien d'autre que la continuité de l'idée non originale « *d'apposer un mot dans un lieu particulier* », est bien perceptible objectivement par les sens dans l'œuvre exprimée en plus d'être originale : elle doit donc être protégée par le droit d'auteur.

n'est pas protégée non plus »²⁵⁷. Car l'idée exprimée est bien différente de l'idée purement mentale, en ce qu'elle a justement été exprimée : elle devient perceptible aux sens²⁵⁸.

L'auteur précise également que si l'expression de l'idée est une condition *sine qua non* à la protection, cela ne signifie pour autant pas que le droit d'auteur ne doit s'attacher qu'à la seule forme qui en découle²⁵⁹ mais peut tout aussi bien concerner « *[l]e plan, l'esquisse et le projet* »²⁶⁰ qui, bien qu'exprimés, ne se retrouvent pas tels quels dans l'œuvre achevée. Ces éléments devraient donc également être susceptibles d'être protégés.

3. La critique de l'approche de Desbois sur les idées exprimées

Nous l'avons vu, Henri Desbois subdivisait l'idée en matière littéraire en deux catégories, censées se compléter mais échappant toutes deux à la protection : l'idée abstraite et l'idée concrète. Notre auteur ne partage pas ce point de vue, s'agissant du moins des idées concrètes²⁶¹ qui possèdent pour leur part « *une nature formelle* »²⁶² et qui vont constituer « *des traits de l'œuvre qui servent la représentation au même titre que l'expression* »²⁶³. Finalement, l'œuvre est constituée « *d'une multiplicité de ces [idées concrètes] qui, prises dans leur ensemble, réalisent l'originalité de la production* »²⁶⁴. Leur refuser toute protection en les assimilant aux idées, c'est « *en réalité marquer leur défaut d'originalité lorsqu'on les considère séparément* »²⁶⁵. En droit positif, c'est donc parce qu'une idée concrète ne sera pas jugée originale qu'elle sera envisagée comme appartenant à la catégorie des idées non protégées. Au contraire, c'est parce qu'elle sera jugée originale que l'idée concrète basculera dans la catégorie de la forme protégée.

Ivan Cherpillod propose de s'appuyer sur le discours d'un auteur américain sur les créations littéraires pour clarifier ses propos²⁶⁶. Selon cet auteur, la loi protège la forme, « *y compris la structure fondamentale de l'œuvre, the pattern of work* »²⁶⁷, le *pattern* pouvant être défini

²⁵⁷ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 19.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 34.

²⁶¹ Ivan Cherpillod explique à propos de l'idée abstraite telle que définie par Desbois, que celle-ci s'oppose à la forme, et en « *constitue l'antithèse* ». Partant, elle n'est pas susceptible d'appropriation. I. Cherpillod, *ibid.*, p. 40.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ B. Nimmer, *On Copyright*, 1963.

²⁶⁷ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 54.

comme étant la « trame » d'une création littéraire²⁶⁸, c'est-à-dire « *la suite ou [le] film des événements relatés, et du développement qui résulte de l'action des personnages* »²⁶⁹. Et, toujours selon cet auteur, l'idée non protégée serait caractérisée à partir du moment où l'on s'écarte trop de l'expression de l'œuvre, « *à tel point que l'œuvre se ramène à une abstraction qui n'est plus le fruit du travail original de l'auteur* »²⁷⁰, en opposition donc au « *pattern* ». Pour justifier ses propos, l'auteur va se servir de la comparaison réalisée par Melville B. Nimmer entre deux œuvres littéraires, *Roméo et Juliette* et *West Side Story*, qui seraient toutes deux composées de la trame suivante :

« 1. *Le garçon et la fille, héros de la pièce, sont membres de groupes hostiles. 2.* *Ils se rencontrent lors d'une danse. 3.* *Ils s'avouent leur amour lors d'une nuit. 4.* *La fille est promise à une autre. 5.* *Ils veulent se marier. 6.* *Lors d'une rencontre des deux groupes hostiles, le cousin de la fille/son frère tue le meilleur ami du garçon, alors que cet ami tentait de s'interposer afin d'éviter que le sang ne coule. 7.* *Le garçon tue le cousin de la fille/son frère, en représailles. 8.* *Après cela, le garçon part en exil/se cache. 9.* *Un message lui est envoyé pour lui expliquer comment retrouver sa bien-aimée. 10.* *Ce message ne lui parvient pas. 11.* *Le garçon reçoit la nouvelle, erronée, que la fille est morte. 12.* *Désespéré, il se donne la mort.* »²⁷¹. L'idée de base de ces deux œuvres serait par ailleurs « *une histoire d'amour entre membres de deux familles marquées par leur hostilité réciproque* »²⁷².

Pour l'auteur, si l'idée de base ne peut pas être protégée car appartenant à la catégorie des idées²⁷³, il devrait en aller différemment du « *pattern* » précité. Mais existe-t-il réellement une différence de nature entre l'idée de base de ces deux œuvres et les différents éléments du « *pattern* », pris indépendamment de l'ensemble ? Pas pour Ivan Cherpillod en tout cas, qui explique que si le « *pattern* » peut être protégé par le droit d'auteur, « *c'est uniquement dans la réunion et dans la combinaison des points qui le composent* »²⁷⁴, et que « *ce qui distingue l'idée de la trame, en l'occurrence du moins, c'est l'insuffisance de la composition, autrement dit le manque d'originalité* »²⁷⁵. Il n'existerait ainsi aucune différence de nature entre l'idée de base

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.* C'est l'idée concrète de Desbois : bien qu'exprimée, elle ne serait pas susceptible d'être protégée puisque les auteurs peuvent lui donner *forme* d'une infinies de manières personnelles.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Comme l'envisage donc également Henri Desbois.

²⁷⁴ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁵ *Ibid.*

de ces deux œuvres et une quelconque péripétie envisagée seule : toutes deux manquent seulement d'originalité, et ne peuvent ainsi pas être protégées. Finalement, « *« l'idée de base » ne semble rien d'autre que le pattern résumé à un tel degré que l'originalité s'est entièrement estompée* »²⁷⁶.

En conséquence, l'idée concrète conceptualisée par Henri Desbois devrait être protégée à partir du moment où elle serait originale²⁷⁷. Et si l'idée exprimée peut toujours échapper à la protection, c'est uniquement pour son absence d'originalité et non pas pour son appartenance à la catégorie des idées²⁷⁸.

En guise de conclusion, Ivan Cherpillod précise que « *[q]uand bien même nombre d'éléments qualifiés d'idées ne dénotent pas une originalité suffisante*²⁷⁹, l'absence de protection des idées en général ne pourrait se fonder que sur une acception très restrictive des notions de création

²⁷⁶ *Ibid.* Cette solution n'était d'ailleurs pas inconnue du droit de l'audiovisuel où, s'agissant des emprunts de passages d'une œuvre littéraire au sein d'une œuvre audiovisuelle, un auteur s'exprimait de la sorte : « *[i]l est vrai qu'en fait le passage d'un genre artistique à un autre s'accompagnera fréquemment de modifications tellement substantielles que les deux œuvres n'auront en commun que l'idée générale qui les inspire : dans ce cas, l'auteur second n'aura repris à l'œuvre de base qu'un élément non protégé de celle-ci et pareille activité sera licite. Mais rien n'empêche que la conception originale protégée survive au passage d'un genre artistique à un autre* », J.-G. Renaud, cité par H. Desbois, *op. cit.*, p. 109.

²⁷⁷ Le juge ira d'ailleurs dans ce sens à propos de l'affaire « Bloomfield & Cie », pourtant donnée par Henri Desbois comme exemple pour justifier l'absence de protection des idées par le droit d'auteur. La péripétie litigieuse sera ainsi jugée protégeable par un jugement de la Cour de Paris en 1915, validé par la Chambre des requêtes le 27 février 1918 : « *Considérant que l'arrêt déclare, en fait, que Chevret, auteur du scénario, s'est manifestement inspiré de ladite pièce et en a reproduit la péripétie principale. Attendu que ces appréciations et constatations souveraines constituent les éléments légaux de la contrefaçon* », arrêt de la Chambre des requêtes, 27 février 1918.

²⁷⁸ Ainsi, et en matière fictionnelle, « *dès que la trame est résumée à un degré tel qu'on lui fait perdre sa structure, comme c'est le cas dans les « situations dramatiques » décrites par Georges Polti [qui avait affirmé que toute la littérature dramatique était construite à partir de trente-six situations fondamentales], son originalité éventuelle tombe avec cette opération.* ». I. Cherpillod., *op. cit.*, p. 65. C'est le cas des péripéties de *Roméo et Juliette*.

²⁷⁹ Ivan Cherpillod propose à ce propos une importante liste de décisions de justice rejetant toute protection à des idées... en réalité non originales : « *l'examen des cas déférés aux tribunaux laisse bien plutôt entendre que l'idée non protégée ne constitue le plus souvent rien d'autre qu'un thème général ou une intrigue banale (en France par exemple : DP 1910.1.296 (Cass.) (amant caché dans un placard qu'ouvre ensuite un rival qui se jette aux genoux de la femme infidèle après avoir chassé l'opportuniste) ; DA 1923, 94 (Cour de Paris) (deux femmes, en même temps et par le même homme, compromises aux yeux de leurs maris et exposées à leurs accès de jalousie) ; DA 1934, 78 (Trib. Comm. Seine) (intrusion d'un cambrioleur dans le domicile d'un homme sans ressources, lequel cambrioleur se voit obligé, pour éviter scandale et arrestation, d'acquiescer diverses dettes de celui qu'il voulait voler et lui avance même de l'argent) ; Vaulnois, Lettre de France, DA 1948, 6 ss, à p.9 rapporte un arrêt du Tribunal civil de la Seine du 5 XII 1947, qui considère comme idée non protégée celle d'une jeune fille hésitant entre trois prétendants, hésitations qui se traduisent par trois rêves s'appliquant successivement à chacun d'eux) ; RIDA 26 (1960) 107 (Trib. grde inst. Seine) (rencontre avec l'abominable homme des neiges) ; RIDA 73 (1972) 234 (Trib. grde inst. Paris) (une jeune femme quitte la province pour Paris, où elle exerce la profession de chauffeur de taxi, et trouve le bonheur sentimental après quelques aventures) ; RIDA 80 (1974) 101 (Trib. grde inst. Paris) (homme enceint) ; RIDA 114 (1982) 156 (Cass.) (couple dont les relations se détériorent) ; RIDA 111 (1982) 188 (Cour de Paris) (un homme encore jeune, comptable médiocre et sans avenir, trouve par hasard dans la rue une pochette remplie de bijoux apparemment de grande valeur et n'hésite pas à se les approprier ; sa logeuse les découvre en furetant dans sa chambre lorsque le journal local révèle qu'ils ont été dérobés à un homme assassiné, elle est convaincue que son locataire est l'auteur de ce crime) ; la Cour a qualifié ces péripéties de « résidu superficiel et sans originalité ». I. Cherpillod., *ibid.*, p. 99.*

et d'originalité, qui éliminerait systématiquement du droit d'auteur des œuvres que le législateur a voulu protéger »²⁸⁰. Le propre du juge n'est-il pourtant pas de faire respecter l'esprit de la loi et la volonté première du législateur ?

4. L'absence de pertinence de la dichotomie opposant l'idée et la forme

Puisque la protection de l'idée exprimée peut se mesurer à la seule condition d'originalité, tout l'intérêt de la distinction entre l'idée et la forme, qui vise justement à préciser les contours de ce qui est protégeable et ce qui ne l'est pas, tombe²⁸¹.

En effet, si les idées exprimées mais non protégées sont en réalité non originales, pourquoi ne pas se fonder uniquement sur la condition d'originalité ? Car en réalité, « si l'on admet que c'est le manque d'originalité qui exclut le thème de la protection, il suffit alors d'observer si l'élément sur lequel on entend se prévaloir d'un droit d'auteur est original ou pas ; tout raisonnement effectué à partir de la notion de « thème » [donc d'« idée »] est inutile, voire erroné »²⁸². En tout état de cause, c'est formuler « une tautologie »²⁸³, qui non content d'être peu pertinente en droit positif (puisque l'originalité suffit pour déterminer ce qui est protégeable parmi les créations exprimées), apporte son lot de difficultés que l'on connaît à présent.

Mais si le concept d'originalité est ainsi suffisant en droit positif pour « tracer la frontière entre liberté et protection »²⁸⁴, il reste encore à avoir la capacité de définir justement cette originalité.

Sous-paragraphe 2 : L'originalité, seule véritable condition à la protection du droit d'auteur

Alors que l'approche d'Ivan Cherpillod était jusqu'à présent pleine de certitudes quant à la critique de la dichotomie idée-forme, son analyse de l'originalité est autrement plus obscure. Il

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 93.

²⁸¹ D'ailleurs, Ivan Cherpillod démontre dans son ouvrage que la dichotomie idée-forme n'est absolument pas envisagée de manière uniforme sur tout le territoire de l'Union, et si l'ensemble des auteurs européens s'accordent pour empêcher toute appropriation aux idées non exprimées, le curseur permettant de passer de l'idée à la forme fluctue selon les doctrines. Ainsi, pour certains la trame d'un roman serait rattachée au « contenu » de l'œuvre et serait protégée en tant que telle, tandis que pour d'autres, la trame d'un roman représenterait déjà une création de forme, justifiant ainsi sa protection. Voir notamment l'analyse que cet auteur fait de l'approche allemandes sur la question de la dichotomie, à partir de la p. 84, I. Cherpillod, *ibid.*

²⁸² *Ibid.*, p. 66.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

semble en effet qu'à la fin du XXe siècle, la caractérisation en doctrine du concept clef du droit d'auteur soit elle aussi sujet à quelques difficultés.

Pour Ivan Cherpillod, il ne serait ainsi que « *guère possible de formuler le critère de l'originalité de manière très précise* »²⁸⁵, qui pourrait tout aussi bien être remplacé par d'autres notions similaires comme « *l'individualité* »²⁸⁶, la « *marque d'un caractère personnel* »²⁸⁷, le « *sceau de la personnalité de l'auteur* »²⁸⁸, une « *unicité statistique* »²⁸⁹ ou encore un « *degré supérieur de nouveauté* »²⁹⁰.

Quoiqu'il en soit, la véritable question à se poser pour notre auteur, s'agissant de la condition d'originalité, est de savoir si « *l'originalité doit être comprise par référence à la personnalité de l'auteur ou appréciée en fonction de l'œuvre elle-même* »²⁹¹. Autrement dit, savoir si l'originalité recherchée doit être envisagée de manière subjective ou au contraire objective. Il ne fait aucun doute pour Ivan Cherpillod que seule l'approche objective de l'originalité doit trouver à s'appliquer en droit positif²⁹², allant une nouvelle fois à rebours de la doctrine traditionnelle d'Henri Desbois, comme nous le verrons plus tard.

En tout état de cause, Ivan Cherpillod explique que « *[f]ormuler la notion d'originalité de manière précise constitue donc une tâche malaisée* »²⁹³. Il précise que celle-ci s'oppose tout au plus à « *la banalité ou aux productions qui relèvent de la pure routine* »²⁹⁴ et qu'un « *faible niveau d'originalité suffit* »²⁹⁵ pour accorder à l'œuvre la protection du droit d'auteur.

Finalement, et quand bien même formuler une définition claire et précise du concept d'originalité serait impossible à la fin du XXe siècle, notre auteur achève la dichotomie idée-forme en ces mots : « *[l]e droit d'auteur n'étant à notre sens pas seulement une protection de la forme, il en découle logiquement que l'originalité peut résider dans la création entière, dans*

²⁸⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 62.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*, p. 132.

²⁹³ *Ibid.*, p. 135.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

les idées aussi bien que dans les éléments formels »²⁹⁶, c'est-à-dire dans tout ce qui est objectivement identifiable par les sens au sein d'une création.

La position doctrinale d'Ivan Cherpillod alimentera au fil des années les critiques formulées par certains auteurs sur la pertinence de la dichotomie idée-forme et ce jusqu'au début du XXI^e siècle. Plus de deux siècles après l'apparition de la matière et la conceptualisation de la dichotomie, celle-ci ne satisfait donc toujours pas l'entière de la doctrine.

Paragraphe 2 : Une analyse reprise par une minorité de la doctrine

Comme celle d'Henri Desbois avant lui, l'analyse d'Ivan Cherpillod a fait des émules parmi ses pairs. Bien que l'opposition idée-forme a continué à être usitée en droit positif, son emploi a de plus en plus été discuté en doctrine par de nombreux auteurs. Cela a notamment été le cas s'agissant de jurisprudences s'intéressant à certaines créations litigieuses, mais également dans plusieurs approches doctrinales²⁹⁷.

L'une d'entre elles, dont la première mouture date de 1991²⁹⁸, est l'œuvre de Pierre-Yves Gautier²⁹⁹ qui évoque l'opportunité en droit positif de la protection des idées, du moment qu'elles sont originales. Forte de nombreux arguments jurisprudentiels, son analyse rejoint quelque peu celle d'Ivan Cherpillod, tout en conservant certaines spécificités, s'agissant notamment du critère de la précision qu'il développera dans son étude.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 136.

²⁹⁷ Citons à titre d'exemple l'article de Philippe Le Tourneau qui évoque « *l'artifice* », puis « *l'injustice* » de l'opposition idée-forme, qui serait même irrespectueuse vis-à-vis de la loi qui interdit de prendre en compte et le mérite et la destination des créations, en concluant que « *dès que l'idée ne réside plus seulement dans le cerveau de son auteur, elle mérite protection, sous certaines conditions* », P. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *Communication Commerce électronique* n°2, février 2001 ; mais également celui de Christophe Caron, qui indiquait en 2003 que la mise en œuvre « de ce beau principe » qu'est l'absence de protection des idées « *peut s'avérer plus que délicate* » et que, finalement, les idées exprimées peuvent être protégées du moment qu'elles sont originales : « *[c]ertes, le droit d'auteur va officiellement appréhender la forme. Mais il n'en demeure pas moins qu'il va aussi, officieusement et discrètement, protéger une idée que son créateur aura eu l'intelligence d'exprimer de façon précise.* ». Ce même auteur expliquait d'ailleurs en 2006 que « *le recours à la notion d'idée évite de discuter de l'existence, toujours fuyante, de l'originalité* », ce qui n'est finalement que « *l'illustration d'une certaine diplomatie juridique* ». Ou plutôt politique ? C. Caron, « Les idées sont résolument de libre parcours ! », *Communication Commerce électronique* n°9, septembre 2003 et du même auteur, « Les idées sont toujours orphelines de protection », *Communication Commerce électronique* n°2, février 2006.

²⁹⁸ Soit quelques années seulement après la parution de l'étude d'Ivan Cherpillod sortie en 1985.

²⁹⁹ P.-Y. Gautier avec le concours de N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021.

Le travail de Pierre-Yves Gautier repose finalement sur une question fondamentale : « [p]ourquoi traiter [l'idée banale et l'idée originale] de la même façon ? »³⁰⁰ (Sous-paragraphe 1).

Une autre, présentée par Pauline Léger, ne remet pas nécessairement en question la pertinence de la dichotomie idée-forme³⁰¹. L'autrice estime toutefois que la persistance de l'exclusion des idées par le droit positif aurait finalement une justification plus politique que juridique (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Les conditions de précision et d'originalité selon Pierre-Yves Gautier

L'ouvrage de Pierre-Yves Gautier n'est pas uniquement tourné vers l'étude des concepts d'idée et de forme. Toutefois, l'étude de ses arguments est utile pour saisir les errements encore d'actualité³⁰² de la dichotomie. Mais c'est bien la solution qu'il propose de leur apporter qui nous intéressera tout particulièrement.

1. Les conséquences de la doctrine traditionnelle rejetant toute protection pour les idées

L'absence de protection *par principe* des idées a quelques funestes conséquences pour les auteurs, nous en avons fait préalablement état. Pierre-Yves Gautier abonde en ce sens en prenant l'exemple de l'auteur d'une idée fameuse qui irait voir un producteur pour la lui soumettre. Si ce dernier s'appropriait l'idée, l'auteur n'aurait pas la possibilité d'agir en justice contre cette personne, en tout cas du point de vue du droit d'auteur.

En effet, « [l]e défendeur au procès lui répondra que les idées ne sont pas, « en soi », protégeables et doivent, pour ce faire, « être matérialisées » dans une « forme » concrète et que même s'il a écrit un synopsis, sa propre œuvre, à supposer qu'elle procède du même concept, s'en éloigne dans l'architecture »³⁰³. Concrètement, cela signifie que quand bien même le concept ou l'idée auraient été matérialisés d'une quelconque manière, la reprise de la seule « idée pure »³⁰⁴ ne pourrait pas être sanctionnée par le droit d'auteur.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 46.

³⁰¹ P. Léger, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformative, contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, LGDJ, 2018.

³⁰² La dernière version de l'œuvre de Pierre-Yves Gautier date de 2021.

³⁰³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 44.

³⁰⁴ *Ibid.*

Ainsi, l'idée ne peut pas être protégée en matière publicitaire, au contraire des « *maquettes, projets écrits, tournages préparatoires* »³⁰⁵. Il en irait de même en matière audiovisuelle, « *où les idées sont légion* »³⁰⁶, s'agissant des formats audiovisuels qui sont la « *suite naturelle* »³⁰⁷ des idées.

Il en irait pareillement pour toutes les idées préalablement citées dans notre étude : nous n'avons pas besoin d'en dire davantage à ce propos, l'affaire n'étant pas nouvelle.

2. Les confusions de la doctrine traditionnelle sur la dichotomie opposant l'idée et la forme

Pour Pierre-Yves Gautier, la doctrine dichotomique semble en réalité « *un peu curieu[se]* »³⁰⁸ et « *empreint[e] d'artifice* »³⁰⁹. Notre auteur explicite sa pensée : selon lui, la thèse de l'idée de « *libre parcours* »³¹⁰ démocratisée par Henri Desbois « *s'écroule* »³¹¹ lorsque l'on est en présence d'une idée « *originale* »³¹². En réalité, l'expression « *libre parcours* »³¹³ ne serait qu'un synonyme de la « *banalité* »³¹⁴, soit ce qui n'est pas original aux yeux du droit d'auteur.

Ainsi, Pierre-Yves Gautier regrette que la jurisprudence opère finalement une « *confusion entre le fond et la forme* »³¹⁵. Et en vérité, c'est « *parce que l'idée est banale qu'on ne la protège pas – serait-elle mise en forme, elle ne connaîtrait pas un meilleur sort : le manuscrit narrant pour la énième fois les péripéties du mari trompé ne permettra pas plus l'action sur le terrain du droit d'auteur* »³¹⁶. Au même titre que la forme banale, l'idée banale est donc insusceptible de protection pour défaut d'originalité. C'est au contraire lorsqu'elle est originale que l'idée devrait être protégée. Et finalement, l'étude de la seule originalité pourrait être suffisante pour délimiter les contours de la protection du droit d'auteur³¹⁷.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 45.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ Malaurie et Aynes, *Les biens*, 7^e édition, LGDJ, 2017, n°218, cités par P.-Y. Gautier, *ibid.*, p. 46.

³⁰⁹ P.-Y. Gautier, *ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*, p. 46.

³¹⁶ *Ibid.* p. 47, rejoignant donc sur ce point l'analyse que peuvent en faire certains auteurs dont Ivan Cherpillod puis Edouard Treppoz.

³¹⁷ *Ibid.*

3. La protection des idées originales suffisamment précises

S'il estime que l'originalité doit être l'unique critère ouvrant la protection des œuvres par le droit d'auteur, Pierre-Yves Gautier ne rejette pour autant pas l'exigence d'une « *forme concrétisant l'idée* »³¹⁸, citant à ce propos un autre auteur qui expliquait que la concrétisation était nécessaire « *pour que l'œuvre existe, que, sous une forme ou une autre la conception s'extériorise, qu'elle prenne corps hors l'esprit de son auteur, qu'elle existe en dehors de lui* »³¹⁹. Et, pour notre auteur, « *[l]a mise en forme de l'idée, ce n'est pas l'écriture du roman ou son plan détaillé, consigné dans un fichier, 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* »³²⁰, c'est « *la détermination des contours de ce qui n'est pas un vague thème, un sujet encore flou* »³²¹.

Ainsi, Pierre-Yves Gautier explique que « *la précision ou l'individualisation devrait être le vrai critère de détermination de la protection formelle par le droit d'auteur* » et « *il ne devrait y avoir qu'un seul critère de protection : l'originalité* »³²².

Mais à raisonner de la sorte, en évinçant la dichotomie idée-forme pour le critère de la précision ou de l'individualité, on se retrouve finalement avec les mêmes problématiques des contours de la protection. A quel moment une idée sera-t-elle suffisamment précise pour envisager la protection du droit d'auteur ? L'exemple donné par notre auteur ne nous satisfait d'ailleurs pas : celui-ci explique que l'idée d'une « *histoire d'un enseignant qui disparaît...* »³²³ ne sera pas suffisamment précise, au contraire de l'idée d'un « *professeur enlevé parce qu'il est soupçonné à l'occasion de disparitions mystérieuses des élèves de sa classe...* »³²⁴. Or, comment trouver la bascule permettant de distinguer ces deux idées ? Comment caractériser le critère de la précision ? Alors qu'il s'avère en réalité que la première idée est bien banale, quand l'autre semble davantage originale³²⁵...

³¹⁸ *Ibid.*, p. 47.

³¹⁹ G. Cornu, *Droit civil*, t. II, 13^e édition (Domat, 2007), n° 1688, cité par P.-Y. Gautier, *ibid.*

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*, mais en réalité c'est, comme nous avons déjà pu le démontrer, l'idée en fait déjà *originale*.

³²² *Ibid.*, p. 47.

³²³ *Ibid.*, p. 48.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Selon nous, l'exigence d'une « forme » est bien évidemment indispensable à toutes les créations qui envisagent la protection, puisque telle protection ne peut pas concerner les créations purement mentales. Or, cette « forme » devrait pouvoir se mesurer à la seule expression suffisamment identifiable par les sens, critère validé, nous l'avons vu, par les jurisprudences françaises et adoubé, nous le verrons, par le juge de l'Union européenne.

Quoiqu'il en soit, et « [d]ans ces conditions, les formats audiovisuels et autres « bibles » devraient être protégés »³²⁶. En ce qui concerne cette étude, c'est peut-être le plus important. Et ce, malgré cet entre-deux une nouvelle fois troublant lorsqu'il s'agit de « tracer la frontière entre liberté et protection »³²⁷.

Sous-paragraphe 2 : Une dichotomie résultant de choix de politique juridique selon Pauline Léger

Si Pauline Léger ne s'oppose pas de front à la dichotomie idée-forme, son analyse est intéressante en ce qu'elle s'interroge sur les fondements juridiques ou législatifs de l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur. Finalement, la persistance en droit positif de la dichotomie serait en réalité le fruit d'une politique juridique visant la promotion du concept d'originalité.

1. La promotion de l'originalité par la condition de la forme

Pour Pauline Léger, si l'utilisation des concepts que sont l'idée et la forme sont « assurément »³²⁸ inappropriés, le critère de la forme répondrait à certaines exigences qu'il conviendrait de conserver.

Tout d'abord, le critère de la forme poursuivrait « des fins probatoires »³²⁹, puisque « la reconnaissance d'une protection effective par les juridictions suppose la preuve de l'existence de l'objet »³³⁰, et que « cette preuve ne peut être apportée que si l'œuvre a été extériorisée, qu'elle est perçue par les sens »³³¹. Il nous semble toutefois nécessaire de rappeler que s'il est évidemment indispensable de pouvoir prouver l'existence d'une œuvre pour en revendiquer la protection devant le juge, la protection effective et judiciaire n'intéresse pas la protection théorique du droit d'auteur³³². Si l'exigence d'une création perceptible aux sens est ainsi une condition *sine qua non* à la protection par le droit d'auteur, c'est parce que sans elle l'œuvre n'existe tout simplement pas : le droit ne protège pas ce qui n'est pas exprimé. Une œuvre se

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

³²⁸ P. Léger, *op. cit.*, p. 88.

³²⁹ P. Léger, *ibid.*, mais également P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 48.

³³⁰ P. Léger, *ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² Même si, bien évidemment, en matière judiciaire l'une sera plus intéressante pour un auteur que l'autre...

doit donc d'être perceptible aux sens, indépendamment de toute question probatoire³³³. Elle peut en outre tout à fait l'être quand bien même cette perceptibilité serait impossible à prouver devant le juge dans le cas où, par exemple, un auteur n'aurait plus accès à son œuvre.

Ivan Cherpillod précise d'ailleurs que le critère de la forme n'est en réalité pas susceptible de remplir sa mission probatoire. En effet, « *la notion de forme se définit par opposition à celle d'idée ; si l'idée est insaisissable, on ne pourra dès lors tracer les contours de la forme* »³³⁴. Selon nous, la justification de l'exigence d'une forme devrait ainsi reposer sur un autre fondement.

Notre autrice explique par ailleurs que « *le recours à la forme permet d'exclure les éléments trop généraux, impersonnels ou banals de la sphère de l'exclusivité* »³³⁵. Mais en rappelant ce qui avait déjà été dit par certains auteurs sur la confusion du fond et de la forme opérée en jurisprudences, Pauline Léger explicite en réalité ce qui est, selon elle, la véritable fonction du critère de la forme.

La forme supposerait une « *modification du réel* »³³⁶, un « *acte positif de transformation* »³³⁷, qui traduirait en réalité « *la condition d'originalité qui est la condition positive d'accès à la protection* »³³⁸. Et en s'opposant aux idées insusceptibles de protection car trop banales, la forme jouerait en réalité un rôle dans la promotion de l'originalité.

Mais alors, puisque la forme permet d'exclure les éléments banals du champ de protection du droit d'auteur comme est censée le faire la condition d'originalité, pourquoi ne pas uniquement se fonder sur l'originalité pour caractériser les limites de la protection ?

³³³ D'ailleurs, l'article L111-2 du Code de la propriété intellectuelle nous le confirme en ce qu'il affirme que « *[l]'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Ainsi, « *[l]a pérennité de la création n'a jamais été une condition d'accès au droit d'auteur. Une œuvre peut être fragile, consommable (la forme originale d'un gâteau de mariage par exemple), fugitive (une mise en scène, un happening, un numéro de prestidigitation) ou éphémère (un bonhomme de neige, une statue de glace ou un château de sable)* », P. Sirinelli, « Protection des saveurs – solutions d'aujourd'hui et de demain. Du néant à de possibles réservations ? », *Dalloz IP/IT*, 2020.

³³⁴ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 82.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ P. Léger, *op. cit.*

³³⁷ *Ibid.*, citant P. Gaudrat pour qui « *la réalisation requiert un acte matériel de transformation. (...) C'est la transformation qui établit la mesure de la réalisation et détermine la contenance de l'œuvre* », P. Gaudrat, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... observations sur civ. 1^{re} 13 novembre 2008 », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 2009, pp. 125-129.

³³⁸ P. Léger, *ibid.*

2. Une dichotomie finalement plus politique que juridique

En réalité, si la dichotomie conduisant à l'exclusion de toutes les idées de la protection du droit d'auteur s'est maintenue en droit positif depuis l'apparition de la matière, c'est, selon Pauline Léger, davantage pour des questions politico-juridiques que pour des besoins juridiques purs et durs.

Car tout d'abord, si l'opposition idée-forme est « *tellement classique qu'elle paraît évidente* »³³⁹ pour la très grande majorité de la doctrine, le législateur s'est penché lui-même sur la question de sa pertinence, dans une proposition de loi³⁴⁰ restée sans suite qui envisageait la reconnaissance de la protection par le droit d'auteur indépendamment de la forme³⁴¹ de la création³⁴². L'exclusion *par principe* de toutes les idées du champ de protection du droit d'auteur ne résulterait ainsi pas « *de leur nature, mais de choix contingents* »³⁴³, de sorte que la frontière entre la forme et les idées est relative »³⁴⁴. De choix en vérité plus politiques que juridiques, puisque comme Christophe Caron³⁴⁵ a pu le dire, « *le recours à la notion d'idée évite de discuter de l'existence, toujours fuyante, de l'originalité* »³⁴⁶, ce qui n'est finalement que « *l'illustration d'une certaine diplomatie juridique* »³⁴⁷. L'originalité du XXe siècle, soit le concept clef du droit d'auteur, expliquerait *in fine* la persistance de la dichotomie en droit positif, malgré toutes les difficultés qu'on lui connaît et qui sont reconnues explicitement par la

³³⁹ P. Léger, *ibid.*, p. 99.

³⁴⁰ Citée par Pauline Léger, la proposition de loi pour la protection des créations réservées (Godfrain), *JO*, ASS. Nat. 30 juin 1992, n°2858, P. Léger, *ibid.*, p. 86.

³⁴¹ Mais selon nous, le législateur ne confirme pas ici l'absence de protection des idées exprimées par le droit d'auteur dans la législation en vigueur. Sans contredire la nécessité de l'existence d'une « forme » pour accéder à la protection du droit d'auteur, il semble que cette proposition de loi soit au contraire davantage envisagée pour revenir sur la dichotomie, née de la volonté de la doctrine plus que de celle du législateur.

³⁴² Critiquée sur ce point par Alain Strowel et Jean-Paul Triaille, qui rappellent l'exigence d'une « forme » s'agissant de la protection du droit d'auteur, à l'exclusion donc des « *idées, concepts, procédés intellectuels, etc.* », ce « *principe central du droit d'auteur assur[ant] l'indispensable équilibre entre les droits du public (ou des concurrents) et le droit de l'auteur* », A. Strowel et J.-P. Triaille, « De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, A propos de la proposition de loi Godfrain sur les « créations réservées » », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1993, p. 28.

³⁴³ Ou plutôt de l'absence de choix s'agissant du législateur français, se satisfaisant d'une législation imparfaite et particulièrement obscure, puisque celui-ci ne prend à aucun moment position en faveur de l'une ou de l'autre des doctrines.

³⁴⁴ P. Léger, *op. cit.*, p. 86.

³⁴⁵ Pourtant favorable à l'absence de protection des idées, comme il a pu l'expliciter dans ses analyses des différents arrêts relatifs à l'affaire *Paradis*.

³⁴⁶ C. Caron, « Les idées sont toujours orphelines de protection », *Communication Commerce électronique n°2*, février 2006.

³⁴⁷ *Ibid.*

quasi-totalité de la doctrine. Et c'est paradoxal, puisque c'est ce concept même qui est soutenu par la doctrine rejetant l'exclusion des idées pour, justement, évincer cette dichotomie !

Mais c'est là le principal écueil que les partisans de la protection des idées exprimées par le droit d'auteur n'ont pas réussi à éviter. En effet, si la solution proposée par la doctrine minoritaire pour convaincre la majorité ne convainc justement pas, il est en fait tout à fait logique de conserver la dichotomie traditionnelle finalement bien rassurante, quand bien même celle-ci serait imprécise, étant donné qu'elle est censée accompagner le concept d'originalité³⁴⁸.

Car, nous l'avons vu, si Ivan Cherpillod explicite précisément les erreurs de la doctrine majoritaire, son argumentation relative au concept d'originalité est bien moins évidente : celui-ci l'admet d'ailleurs lui-même, en reconnaissant qu'il n'est « *guère possible de formuler le critère de l'originalité de manière très précise* »³⁴⁹.

*

Si cette dichotomie opposant l'idée et la forme ne fait manifestement pas l'unanimité et reste aujourd'hui encore discutée par certains auteurs, il apparaît très clairement qu'elle est soutenue par une majorité de la doctrine. Peut-être parce que l'originalité, qui devait être la seule condition à l'appropriation selon les auteurs rejetant l'usage de la dichotomie, était alors un concept très incertain ? Tellement incertain que Philippe Le Tourneau, pourtant favorable à la protection des idées, s'est d'ailleurs détourné du concept d'originalité en expliquant que « *la notion d'originalité, seul critère théorique de la protection, a éclaté tous azimuts comme le bouquet final d'un feu d'artifice* »³⁵⁰. Au début du XXI^e siècle, il y avait en effet pour cet auteur « *originalité et originalité* »³⁵¹, ce que nous tâcherons de vérifier dans un second chapitre, en étudiant le concept d'originalité tel qu'il était envisagé à l'époque du débat doctrinal opposant les partisans de la dichotomie des quelques autres la rejetant.

³⁴⁸ Ou, c'est selon, le « *promouvoir* », P. Léger, *op. cit.*, p. 88.

³⁴⁹ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 62.

³⁵⁰ P. Le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *Communication Commerce électronique n°2*, février 2001.

³⁵¹ *Ibid.*

Chapitre 2 : Le contexte du débat : un concept d'originalité en crise

Si la dichotomie idée-forme fait face en droit positif à de nombreuses difficultés, la solution envisagée par certains auteurs du XXe siècle pour dépasser ces errements, à savoir le concept d'originalité, n'y échappe pas non plus.

L'originalité est en effet un concept récent et incertain qui n'était pas explicitement prévu par les premières lois sur le droit d'auteur, n'étant véritablement envisagé par le juge qu'à partir du début du XXe siècle. Devant le silence du législateur, la crise du concept d'originalité devenait ainsi inévitable (Section 1).

Dès lors, il n'a pas été étonnant de voir apparaître en jurisprudence une notion d'originalité « à géométrie variable »³⁵² elle-même finalement débattue en doctrine, rendant la condition incapable de supplanter la dichotomie française idée-forme, du moins à l'époque du débat doctrinal (Section 2).

Section 1 : Les raisons de la crise du concept d'originalité français

Contrairement à la dichotomie idée-forme, invisible dans les premières lois sur le droit d'auteur³⁵³ et pourtant imposée dès les origines de la matière, une condition à la protection était déjà envisagée officieusement dans la législation des premières années. Pourtant, celle-ci ne sera pendant bien longtemps ni explicitement consacrée, ni précisément définie, et ce jusqu'à la codification de la matière en 1992.

Ce silence du législateur étonne. Il est, en tout état de cause, l'une des principales raisons du caractère incertain de l'originalité, *in fine* de la crise du concept en droit positif (Paragraphe 1).

Puisque les premières législations sur le droit d'auteur s'intéressaient bien davantage aux conséquences positives de la protection du droit d'auteur qu'à ses conditions, l'originalité n'a été véritablement conceptualisée par la doctrine qu'au cours du XXe siècle, soit plus d'un siècle après l'apparition de la matière. L'analyse des derniers travaux d'Eugène Pouillet sera édifiante sur les difficultés des auteurs pour caractériser juridiquement cette condition à la protection,

³⁵² J. Jonquères, *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203 sous *Ass. plén., 7 mars 1986*.

³⁵³ Si l'on dépasse bien évidemment l'évidente distinction entre les *idées non exprimées* et la *forme*, seule susceptible d'être protégée. Celle-ci découle en effet de la lettre même des différentes lois qui ont façonné notre droit d'auteur contemporain.

s'agissant notamment des œuvres « nouvelles » comme la photographie, loin des sentiers tracés par les premières créations artistiques.

Le concept n'existant ainsi qu'en sous-texte en doctrine, il n'en est bien évidemment pas allé autrement sur le terrain judiciaire qui n'a véritablement accueilli la condition qu'au milieu du XXe siècle, soit en même temps que la plupart des penseurs du droit d'auteur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un concept d'originalité incertain

L'intérêt de la législation est bien généralement d'apporter un cadre salubre aux discussions doctrinales ou judiciaires.

S'agissant toutefois du concept d'originalité, il apparaît clairement que, si le législateur a envisagé dès la fin du XVIIIe siècle une exigence à la protection du droit d'auteur, il ne l'a pas explicitée une seule fois, rendant le concept tout à fait incertain pour les juristes et les auteurs (Sous-paragraphe 1).

Le silence du législateur sur le concept clef du droit d'auteur est étonnant et pose un certain nombre de questions. Il devrait toutefois pouvoir s'expliquer et se justifier d'une manière ou d'une autre : jusqu'à la fin du XXe siècle, était-il véritablement indispensable et nécessaire de définir précisément l'originalité (Sous-paragraphe 2) ?

Sous-paragraphe 1 : L'absence de définition législative du concept clef du droit d'auteur

L'originalité telle que nous la connaissons n'est véritablement envisagée par le législateur qu'en 1957, et seulement s'agissant des titres des œuvres de l'esprit. Il s'avère pourtant qu'une condition analogue au concept d'originalité était sous-jacente aux premières lois sur le droit d'auteur.

1. L'originalité dans les premières lois sur le droit d'auteur

Mis à part l'absence de protection de ce qui n'a pas été exprimé, les premières lois sur le droit d'auteur ne se sont pas intéressées aux concepts d'idée et de forme. En revanche, le législateur réservera la protection par le droit d'auteur aux seules créations de l'esprit. Si l'exigence d'originalité n'est ainsi pas explicitement mentionnée ou imposée, elle paraît présente en sous-texte dès les origines de la matière, le législateur ne faisant en réalité que poursuivre la conceptualisation du droit d'auteur opérée depuis plusieurs siècles par de nombreux écrivains.

a. La loi des 13-19 janvier 1791

Comme nous l'avons déjà précisé, la loi des 13-19 janvier 1791 ne porte que sur les « *ouvrages des auteurs* »³⁵⁴. N'étant pas défini par le législateur, le terme « *ouvrage* » peut donc renvoyer à tout « *ce qui est produit par la nature, l'art ou l'esprit* »³⁵⁵.

La protection du droit d'auteur ne pourrait ainsi porter que sur ce qui proviendrait de l'esprit d'un auteur, sans que l'on sache, encore une fois, à quoi cette formulation renvoie précisément. L'ouvrage littéraire était toutefois décrit en ces mots par Emmanuel Kant, rapportés par Augustin-Charles Renouard : « *[t]out livre est un écrit de l'auteur, par lequel celui-ci parle au lecteur* »³⁵⁶. L'ouvrage littéraire serait donc le support permettant à un auteur de communiquer indirectement avec le lecteur. En protégeant l'ouvrage, le législateur protégerait donc avant tout l'esprit de l'auteur. En découlerait naturellement l'exigence, posée en sous-texte par la loi des 13-19 janvier 1791, d'un droit d'auteur qui ne s'attacherait qu'aux ouvrages de l'esprit.

Mais comment caractériser l'esprit de l'auteur au sein de son œuvre ? La loi des 19 juillet-6 août 1791 ne nous apportera pas davantage de précisions.

b. La loi des 19-24 juillet 1793

En évoquant cette fois explicitement le fait que le droit d'auteur doit protéger la « *production de l'esprit ou du génie* »³⁵⁷, la loi des 19-24 juillet 1793 ne fait que confirmer la position du législateur donnée deux ans auparavant, à cela près que la lettre de la loi fait à présent mention du « *génie* » de l'auteur de l'ouvrage.

Le « *génie* » pouvait être défini au début du XIXe siècle comme étant le « *talent inné* »³⁵⁸ ou la « *disposition naturelle à certaines choses* »³⁵⁹, l'auteur de « *génie* » est donc, en somme, celui qui dispose de « *qualités brillantes* »³⁶⁰. L'utilisation de termes relatifs à l'auteur, à ses

³⁵⁴ Article 3 du décret-loi des 13-19 janvier 1791 : « *Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs* ».

³⁵⁵ E. Littré *Dictionnaire de la langue française*, Tome troisième, 1874, page 1335.

³⁵⁶ A.-C. Renouard, *op. cit.*, p. 254.

³⁵⁷ Article 7 de la loi des 19-24 juillet 1793 : « *Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années* ».

³⁵⁸ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome deuxième, 1874, page 1857.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

qualités³⁶¹ qui lui seraient innées³⁶², nous fait finalement furieusement penser à ce qu'on assimile déjà à « l'esprit » de l'auteur, c'est-à-dire sa personnalité, son originalité. D'ailleurs, l'usage de la conjonction « *ou* » laisse supposer que le « génie » ne semble pas être autre chose qu'une façon différente de parler de « l'esprit » de l'auteur³⁶³.

En revanche, l'article 7 de cette loi fait également mention des productions qui appartiendraient aux « *beaux-arts* »³⁶⁴ : le droit d'auteur ne s'attacherait donc qu'à « l'esprit » des auteurs dans leurs ouvrages, soit leur personnalité, qui ne pourrait s'exprimer que dans un ouvrage appartenant à l'univers des « beaux-arts ». La précision semble finalement assez logique, puisqu'à la fin du XVIIIe siècle le législateur ne pouvait évidemment pas anticiper l'arrivée de nouvelles créations susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur et ce sans répondre au dogme traditionnel des beaux-arts³⁶⁵, c'est-à-dire la « *petite monnaie* »³⁶⁶ du droit d'auteur.

En tout état de cause, le législateur des premières lois sur le droit d'auteur n'apporte aucune précision sur ce qu'il entend par « esprit » ou « génie ». L'on peut toutefois deviner en sous-texte une volonté de limiter quelque peu la protection aux « seules » créations qui seraient issues de l'esprit d'un auteur, puis extériorisées.

c. Les lois intermédiaires

Si la plupart des différentes lois sur le droit d'auteur qui vont suivre celles de 1791 et de 1793 ne vont pas nous en apprendre davantage s'agissant de la signification juridique des termes relatifs à « l'esprit » ou au « génie », celle de 1902 apporte une précision salutaire à la matière. En effet, les créations dont on réclame la protection ne doivent désormais plus être envisagées en fonction de leur valeur et peuvent être protégées « *quels que soient [leur] mérite et [leur] destination* »³⁶⁷.

Concrètement, cela signifie que les créations susceptibles d'être protégées ne doivent plus nécessairement appartenir aux beaux-arts, le droit d'auteur pouvant tout aussi bien protéger les

³⁶¹ Peu importe qu'elles soient brillantes ou non.

³⁶² Peu importe qu'il soit talentueux ou non.

³⁶³ Le dictionnaire du Littré assimile par ailleurs ceux qui parlent « *des choses de l'esprit* » aux « *beaux génies* », E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome premier, 1874, p. 318.

³⁶⁴ Article 7 de la loi des 19-24 juillet 1793.

³⁶⁵ A savoir : « *l'éloquence, la poésie, la peinture, la sculpture, l'architecture, la musique et la danse d'expression* » E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tome premier, 1874, p. 318.

³⁶⁶ Selon l'expression employée par A. et H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec 2006, 3e éd., p. 75, n° 83.

³⁶⁷ Article 2 de la loi du 11 mars 1902.

créations utilitaires ou toutes celles appartenant à la « petite monnaie » du droit d'auteur, alors en plein essor.

En supprimant l'une des conditions de la protection des premières lois sur le droit d'auteur qui imposaient donc aux créations d'appartenir aux beaux-arts, le législateur consacre en réalité ce qu'on appellera plus tard la théorie de l'unité de l'art, fondamentale pour la matière. Il apparaît en effet clairement pour les défenseurs de cette théorie que les « *arts plastiques* »³⁶⁸ sont équivalents aux « *arts graphiques* »³⁶⁹, en ce qu'ils sont « *des émanations de la pensée, des produits du génie humain* »³⁷⁰.

L'affaire est entendue : le droit d'auteur ne s'attache qu'aux œuvres exprimées qui émanent de la pensée d'un auteur, peu importe leur appartenance aux beaux-arts. Elle n'est en revanche toujours pas plus claire s'agissant de savoir à quoi renvoie l'utilisation en droit des termes comme la « *pensée* » ou le « *génie humain* ».

2. L'originalité dans la loi de 1957

La loi du 11 mars 1957 n'apporte guère plus de précision quant aux conditions à la protection du droit d'auteur. Elle sème au contraire le doute sur des concepts pourtant déjà assez obscurs.

En affirmant en ses articles premier et deuxième³⁷¹ que « *[l]'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre [...] d'un droit de propriété incorporelle* »³⁷² et que « *[l]es dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit* »³⁷³, le législateur ne fait ici que réaffirmer ce qui était déjà prévu par les premières lois sur le droit d'auteur, à savoir l'exigence d'une œuvre issue de « l'esprit » d'un auteur.

³⁶⁸ « Etudes générales de la Nouvelle loi française concernant la protection des œuvres artistiques », *Le droit d'auteur, organe mensuel du bureau international de l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 1902, p. 38.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ Et troisième, quatrième... etc.

³⁷² Article 1^{er} de la loi du 11 mars 1907 : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par la présente loi.* ».

³⁷³ Article 2 de la loi du 11 mars 1907 : « *Les dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* ».

Toutefois, l'article 5 de la loi, relatif à la protection du titre d'une œuvre de l'esprit, subordonne ladite protection au titre qui présenterait un « *caractère original* »³⁷⁴. A partir du moment où celui-ci remplirait ce critère, il serait protégé comme « *l'œuvre [de l'esprit] elle-même* »³⁷⁵. Plusieurs remarques peuvent alors être formulées.

Tout d'abord, si le titre d'une œuvre de l'esprit présente un « *caractère original* » et est protégé comme une œuvre de l'esprit, c'est qu'*a priori* l'œuvre de l'esprit revêt bien elle-même un « *caractère original* ». Il ne peut en effet pas y aller autrement, à moins d'imaginer une qualification « d'œuvre de l'esprit » qui serait différente selon que l'on ferait face au titre d'une œuvre ou à l'œuvre en tant que telle. Mais pourquoi alors ne pas préciser cette exigence directement et s'agissant des œuvres de l'esprit³⁷⁶ ?

Ensuite, ce « *caractère original* » n'est nullement défini par le législateur ! Il conviendrait donc de se tourner vers la définition traditionnelle de ce terme. Doit-on alors prendre en compte les dictionnaires qui évoquent ce qui est « original », et qui le définissent comme étant ce qui a été créé « *sans être formé sur aucun modèle* »³⁷⁷ ? Ou doit-on plutôt se pencher sur le terme « *originalité* », soit « *le caractère de ce qui est original* »³⁷⁸, et qui peut être défini par ce qui a été « *inventé, imaginé sans aucun souvenir qui précède* »³⁷⁹ mais également par le « *cachet* »³⁸⁰ qui permet de reconnaître aisément l'auteur dans son œuvre, *via* donc son « *originalité* »³⁸¹ ? Nous voyons bien qu'en l'espèce ce qu'entend le législateur par ce « caractère original » n'est absolument pas explicite et mériterait au moins quelques précisions. En effet, les conséquences juridiques ne sont bien évidemment pas les mêmes si l'on se repose sur la question de « l'absence d'antériorité » ou sur celle du « cachet de l'auteur présent dans son œuvre » pour caractériser ce « *caractère original* ».

³⁷⁴ Article 5 de la loi du 11 mars 1907 : « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. Nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles 21 et 22, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion* ».

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ Nous verrons par la suite que la précision du « caractère original » s'agissant des titres des œuvres de l'esprit répond en réalité très certainement à la vision très pragmatique du législateur sur le droit d'auteur.

³⁷⁷ *Petit dictionnaire de l'Académie française, ou Abrégé de la cinquième édition.*

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Dictionnaire de l'académie française, 1835, 6^{ème} édition, p. 315.*

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 243.

³⁸¹ *Ibid.*

D'ailleurs, la législation de 1957 fait aussi référence dans d'autres articles à « *l'œuvre originale* », sans que cette expression recouvre le même sens que celui du « *caractère original* » imposé s'agissant des titres des œuvres de l'esprit³⁸².

A notre avis, si le législateur évoque le « *caractère original* » s'agissant des titres des œuvres et ne le fait pas s'agissant des œuvres en elles-mêmes, c'est qu'il devait certainement partir du principe que la reconnaissance de la protection des œuvres de l'esprit par le juge ne devait *a priori* poser que peu de difficultés. Finalement, il était sans doute assez logique pour le législateur qu'une œuvre de l'esprit revêtisse ce « *caractère original* ». Le préciser dans le texte de loi n'aurait ainsi que peu d'intérêt. *A contrario*, telle précision était certainement plus importante s'agissant des titres qui nécessitent sans doute moins « *d'esprit* » pour être créés³⁸³. Il était ainsi plus difficile de présumer la protection d'un simple titre, d'où cette mise en lumière de la condition relative au « *caractère original* »³⁸⁴.

En tout état de cause, cette absence de clarté législative nous permet en réalité de comprendre les difficultés de la doctrine à appréhender ce « *caractère original* » ou cette « *originalité* », ce que nous allons vérifier par la suite.

3. L'originalité enfin codifiée

On aurait pu penser que le législateur, au courant des errements de la doctrine et des jurisprudences au moment de comprendre ce qui est entendu par « *caractère original* » ou

³⁸² Il en va ainsi aux articles 4, 14, 41^o2, 42, qui assimilent l'œuvre originale à l'œuvre première d'un auteur, qui n'aurait donc pas été adaptée ou copiée.

³⁸³ « *Consacrant la jurisprudence antérieure, le législateur a placé le titre sous l'égide de l'originalité par la grande loi du 11 mars 1957, désormais codifiée. Ainsi, tandis que la condition d'originalité est nécessaire, mais implicite pour la protection des œuvres elles-mêmes, l'article L. 112-4, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle s'y réfère expressément pour les titres. L'existence même de ce texte trahit la présence d'un problème : une telle protection du titre n'allait donc pas de soi. Le législateur s'est senti obligé de l'écrire noir sur blanc* », L. Marino, « Propriété littéraire et artistique – Fasc. 1158 : Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 1^{er} juin 2021.

³⁸⁴ L'analyse d'Henri Desbois s'agissant du caractère original imposé au titre confirme d'ailleurs la nôtre : « *[a]ux termes de l'article 5, §1, « le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même ». De toute évidence, cette proposition signifie qu'à la condition d'être original le titre est investi des droits d'auteur. Car, selon l'article 1^{er}, l'œuvre de l'esprit, comme telle, en jouit : elle porte l'empreinte de la personnalité de celui qui l'a créée ». De même, le titre donnera prise à la propriété littéraire, dès lors qu'il présentera un caractère personnel, original* ». L'œuvre de l'esprit est donc originale en tant que telle, contrairement à son titre qui réclame plus d'attention de la part du législateur.

« *œuvre de l'esprit* », allait réagir et enfin se pencher sur la définition du concept clef du droit d'auteur lors de la codification de la matière. Il n'en a presque rien été³⁸⁵.

Car si le législateur a repris l'expression du « *caractère original* » que doit revêtir le titre d'une œuvre de l'esprit pour être protégé par le droit d'auteur, il n'a toujours pas pris la peine de la définir³⁸⁶. Pire, il a également repris dans le code les différentes références au terme « original » qui disposent toutes, nous l'avons déjà vu, d'acceptions qui leur sont propres...

Ainsi, l'article L.122-8 du Code de la propriété intellectuelle, relatif au droit de suite, fait mention de l'« *œuvre originale* » pour désigner le support matériel de l'œuvre. Or, le « *caractère original* » litigieux concerne ce qui a trait à l'esprit et à l'auteur.

Pour leur part, les articles L.112-3³⁸⁷ et L.122-5³⁸⁸ évoquent certes l'« *œuvre originale* », mais le terme « original » est utilisé ici dans son sens courant. En l'espèce, l'œuvre est donc considérée comme « originale » lorsqu'elle n'est pas « dérivée » ou « copiée », ce qui intéresse une nouvelle fois peu le critère de l'originalité qui porte sur la protection du droit d'auteur.

La codification de la matière ne nous apportera ainsi pas davantage de précisions s'agissant de la définition du concept clef du droit d'auteur, l'originalité. Il faudra donc une nouvelle fois s'aventurer du côté de l'esprit de la loi qui envisage cette fois explicitement la protection des œuvres de « *l'esprit* »³⁸⁹, portant la « *conception de l'auteur* »³⁹⁰, c'est-à-dire de celles qui ont

³⁸⁵ Le « [...] législateur s'est à peu près totalement désintéressé de cette notion fondamentale », à savoir l'originalité. A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 23, 9 Juin 1993, doct. 3681.

³⁸⁶ Article L112-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. Nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion.* »

³⁸⁷ Article L112-3 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale.* ».

³⁸⁸ Article L122-5 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation 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 et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique.* ».

³⁸⁹ Article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.* »

³⁹⁰ Article L111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.* ».

un « *caractère original* »³⁹¹, pour admettre l'existence implicite d'une telle condition dans la législation.

*

Les différentes lois qui se sont succédé sur le droit d'auteur envisagent donc une protection réservée aux œuvres de « *l'esprit* » qui disposent d'un « *caractère original* ». Malgré l'absence de validation officielle et explicite de l'originalité, l'utilisation de ce concept est aujourd'hui devenue évidente en droit positif, peu importe sa quasi-inexistence dans les textes législatifs³⁹².

L'existence en droit positif français de la condition d'originalité s'explique également au regard des législations européennes et internationales ; le concept d'originalité est en effet également utilisé à l'étranger depuis le début du XXe siècle, notamment dans les pays de *common law*, qui envisagent toutefois une originalité différente de la nôtre.

Mais pourquoi alors ne pas l'avoir défini précisément dans le Code ?

Sous-paragraphe 2 : Les raisons du silence du législateur

Si le silence du législateur sur la caractérisation du concept d'originalité est aujourd'hui fortement préjudiciable à la matière, il s'avère que celui-ci peut en réalité s'expliquer de manière très pragmatique.

1. La nature d'un concept incompatible avec toute tentative de définition claire et précise

L'absence de définition législative du concept clef du droit d'auteur s'expliquerait tout d'abord par la nature même de la condition d'originalité, une notion qui imposerait « *souplesse et adaptation* »³⁹³. L'originalité serait ainsi une « *notion-cadre* »³⁹⁴, au contenu « *volontairement*

³⁹¹ Article L112-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *Le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même.* »

³⁹² Certains souhaiteraient toutefois faire aujourd'hui valider législativement cette évidence. Josée-Anne Bénazéraf propose ainsi de modifier l'article L112-1 du Code de la propriété intellectuelle en y faisant mentionner expressément la condition d'originalité. J.-A. Bénazéraf, « Preuve de l'originalité : vers une réforme ? 3 Questions à Josée-Anne BÉNAZÉRAF, avocate associée au sein d'Artlaw et membre d'honneur du Conseil Supérieur de la Propriété Intellectuelle (CSPLA) », *Communication Commerce électronique n° 6*, Juin 2021, Lexis360.

³⁹³ A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *La Semaine Juridique Edition Générale n° 23*, 9 Juin 1993, doct. 3681.

³⁹⁴ *Ibid.*, mais également C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 176.

indéterminé »³⁹⁵ par le législateur qui laisserait en conséquence le soin au juge et à la doctrine d'en apprécier les contours. Ces derniers pourraient alors varier « *au gré des époques, des circonstances ou des lieux* »³⁹⁶, mais sans pouvoir conduire à une restriction de l'étendue du droit d'auteur³⁹⁷.

Partant, le concept d'originalité aurait vocation à s'adapter selon les situations, rendant dès lors toute tentative de définition législative absolument impossible voire contre-productive. On devine en conséquence aisément le contrecoup de cette absence de clarté au sein même de la lettre du Code, la terrible insécurité juridique qui pèse sur les juristes et les auteurs amenés à faire valoir leurs droits devant le juge.

2. Une définition finalement inutile en pratique

Il apparaît toutefois que, jusqu'au milieu du XXe siècle, le concept d'originalité n'était pas envisagé clairement par le juge dans ses décisions. Il a également fallu attendre le XXIe siècle pour voir en justice de plus en plus d'affaires relatives au concept d'originalité.

En effet, comme l'indiquent André Lucas et Pierre Sirinelli dans un article paru peu après la codification de la matière en 1992, « *la contestation d'originalité [devant les juridictions compétentes] reste assez rare par comparaison au rôle fondamental de la notion* »³⁹⁸. Si ces auteurs affirment pourtant justement que la « *contestation [de l'originalité] devrait tenir du réflexe* »³⁹⁹ pour les présumés contrefacteurs⁴⁰⁰, il n'en serait en réalité rien : « *un rapide examen des décisions publiées ou recensées par les bases de données juridiques ne montre pas*

³⁹⁵ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Selon Céline Castets-Renard, le « *législateur [...] exprime le choix politique d'un droit d'auteur étendu au maximum et pousse même le juge à remettre en cause ses tentatives de restriction de la notion d'originalité* », C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 182.

³⁹⁸ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Puisque la contrefaçon ne peut porter que sur un objet protégé par le droit d'auteur... c'est-à-dire une création *exprimée* et *originale*. La protection du droit d'auteur s'efface donc en l'absence de toute originalité.

qu'il s'agit là d'une voie recherchée systématiquement par les plaideurs »⁴⁰¹, en tout cas jusqu'au milieu du XXe siècle⁴⁰².

Ces mêmes auteurs expliquent en outre qu'en pratique, l'originalité d'une œuvre est bien souvent « spontanément admise par les intéressés »⁴⁰³. Le silence du législateur s'expliquerait ainsi de manière très pragmatique : puisque le concept d'originalité n'est que très rarement remis en cause devant les juges, le définir n'aurait finalement que peu d'intérêt pratique.

Toute tentative d'une définition confronterait également le législateur aux nombreuses doctrines développées au cours du XXe siècle sur la condition d'originalité : leur étude nous montrera toute la difficulté de leur conciliation. Il aura enfin fallu attendre le milieu du XXe siècle pour voir Henri Desbois prendre à bras le corps ce concept d'originalité que l'on présume de la lettre du Code.

Car, entre les origines du droit d'auteur et l'approche de cet auteur, la doctrine s'intéressant aux conditions de la protection du droit d'auteur s'avère être particulièrement faible en la matière.

Paragraphe 2 : Une originalité récemment conceptualisée en droit d'auteur

Bien que le législateur l'ait imaginé en sous-texte dès l'apparition de la matière, le concept d'originalité n'a finalement émergé en doctrine qu'assez récemment.

Les travaux d'auteurs de la fin du XIXe et du début du XXe siècles sur les conditions à la protection par le droit d'auteur ne sont donc que peu précis. C'est notamment le cas de ceux d'Eugène Pouillet, dont l'analyse qu'il aura des nouvelles créations de l'art photographique nous intéressera tout particulièrement. Celles-ci répondent-elles aux exigences du droit d'auteur ? (Sous-paragraphe 1).

⁴⁰¹ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*

⁴⁰² Car c'est à présent l'axe principal de défense du présumé contrefacteur. On le comprend d'ailleurs parfaitement, tant le concept a navigué en eaux troubles jusqu'au début du XXIe siècle. Il arrive même quelques fois que le juge rejette l'action en contrefaçon sur le fondement de l'article 56 du Code de procédure civile si le demandeur à l'action ne démontre pas dès l'assignation l'originalité des œuvres dont il revendique la protection, *Tribunal judiciaire de Nanterre, 11 février 2021, n° 19/04879*, décision citée par Josée-Anne Bénazéraf dans « Preuve de l'originalité : vers une réforme ? 3 Questions à Josée-Anne BÉNAZÉRAF, avocate associée au sein d'Artlaw et membre d'honneur du Conseil Supérieur de la Propriété Intellectuelle (CSPLA) », *Communication Commerce électronique n° 6*, Juin 2021, Lexis360.

⁴⁰³ *Ibid.*

Il aura ainsi fallu attendre plus d'un siècle pour voir apparaître une véritable conceptualisation du concept d'originalité qui ne sera démocratisé en jurisprudence qu'au milieu du XXe siècle, comme le démontrera Olivier Laligant dans l'un de ses ouvrages⁴⁰⁴ (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Un concept récent en doctrine

Si le concept d'originalité au XVIIIe siècle n'était bien évidemment pas envisagé tel qu'on le connaît aujourd'hui, celui-ci était déjà pensé par la plupart des auteurs qui lui prêteront différentes significations. Il semble en revanche que sa recherche n'ait pas toujours été systématique. Elle ne concernait en outre que certaines catégories de créations.

Suivant la législation alors en vigueur, l'exigence d'une condition est ainsi reconnue par la doctrine sans que celle-ci soit véritablement formalisée.

1. La mention d'une certaine condition récurrente à la protection du droit d'auteur

L'exigence d'une condition à la protection n'était pas inconnue des premiers juristes de la matière. Sans qu'elle soit expressément nommée ou définie, cette condition est perceptible dans différents ouvrages, notamment dans celui d'Augustin-Charles Renouard déjà cité⁴⁰⁵.

Cet auteur explique ainsi que les droits d'auteurs sont rattachés à des « *travaux d'esprit* »⁴⁰⁶. Il précise alors que toutes les « *productions de l'esprit* »⁴⁰⁷ doivent être « *éga[les] devant la loi* »⁴⁰⁸. Il en ira de même pour l'œuvre « *marquée du sceau du génie* »⁴⁰⁹ et pour toutes celles dont la « *conception* »⁴¹⁰ sera « *propre à l'auteur* »⁴¹¹. En revanche, Augustin-Charles Renouard restera bien obscur s'agissant de la signification à donner à ces différentes expressions qui découlent en réalité de la lettre même des premières législations sur le droit d'auteur.

L'affaire est par ailleurs identique s'agissant des travaux d'Eugène Pouillet. Ce dernier affirme ainsi que la propriété littéraire et artistique protège l'auteur « *toutes les fois que son œuvre peut*

⁴⁰⁴ O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

⁴⁰⁵ A.-C. Renouard, Tome 2, *op. cit.*

⁴⁰⁶ A.-C. Renouard, *ibid.*, p. 2.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 70, mais également aux pp. 82, 96, 106, 132, 194.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 95.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 21, mais également aux pp. 81, 94, 106, 147, etc.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 91, mais également aux pp. 91, 98, 111, 303.

⁴¹¹ *Ibid.*

être considérée comme une production de l'esprit ou du génie »⁴¹². Il précise par ailleurs immédiatement le sens de cette expression, qui est relative au « *travail de l'esprit ou de l'intelligence [...] personnel* »⁴¹³. En revanche, telle protection serait incompatible avec l'objet ne nécessitant pas de « *travail personnel* »⁴¹⁴ et n'étant donc pas une « *création de l'esprit [...] dans laquelle s'est réalisé l'effort individuel de l'auteur* »⁴¹⁵. Il en résulte pour Eugène Pouillet que, pour être protégé, l'objet doit représenter un « *effort de création, si minime soit-il* »⁴¹⁶. Cette dernière précision n'est pas inintéressante puisqu'elle permet de comprendre comment et pourquoi des compilations exclusivement constituées par des éléments du domaine public peuvent être protégées par le droit d'auteur. Elles le sont d'abord parce que « *le choix de ces éléments, l'ordre la méthode avec laquelle ils sont présentés constituent incontestablement une production de l'esprit* »⁴¹⁷, ensuite parce que la matière protège toutes les créations de « l'esprit », peu importe le mérite de ces dernières. En somme, rien de bien surprenant lorsque l'on se réfère aux premières lois sur le droit d'auteur et sur la condition d'une création de l'esprit.

L'ouvrage d'Eugène Pouillet nous intéressera davantage en ce qu'il fait mention d'un critère « *d'originalité* »⁴¹⁸, que l'on assimilera parfois à l'exigence d'une création de « *l'esprit* »⁴¹⁹, d'autres fois aux œuvres qui n'ont pas été copiées ou adaptées. Ce critère est en outre quelquefois accompagné d'une exigence d'« *individualité* »⁴²⁰ ou carrément remplacé par celles de la « *conception personnelle* »⁴²¹, de la « *personnalité* »⁴²², voire du « *cachet artistique* »⁴²³, même si l'on ne sait toujours pas à quoi fait précisément référence notre auteur dans ces différentes expressions qui se rattachent toutefois toutes aux créations de « l'esprit ».

⁴¹² E. Pouillet, *op. cit.*, p. 43.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 44.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁴¹⁸ Que l'on retrouve notamment aux pp. 50, 51, 53, 59, 61... etc.

⁴¹⁹ Car celui-ci n'est jamais envisagé seul, mais accompagne presque toujours la condition relative à « l'esprit » dans le discours d'Eugène Pouillet. Il semble donc s'agir d'une précision à l'expression utilisée par le législateur, ou plus vraisemblablement de son prolongement : nous sommes en présence d'une œuvre de « l'esprit » lorsque celle-ci est « originale ». Ainsi, dans son analyse de ce qu'il entend par « l'effort de création » précité, l'auteur explique que la propriété littéraire ne peut pas s'appliquer à ce qui ne présente « *aucun caractère d'originalité* », E. Pouillet, *ibid.*, p. 45.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 51, 95... etc.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 95.

⁴²² *Ibid.*, p. 129.

⁴²³ *Ibid.*, p. 118.

Plus curieusement, Eugène Pouillet évoquera un certain nombre de fois un critère de « nouveauté »⁴²⁴, que nous aurons l'occasion de commenter plus tard.

Si elle nous confirme l'existence d'une certaine condition à la protection du droit d'auteur, déjà envisagée en sous-texte par la législation alors en vigueur, l'analyse de ces deux ouvrages ne permet pas d'obtenir davantage de précisions sur ladite condition quand bien même elle nous offrirait quelques pistes pour la caractériser. Mais en multipliant les références à différentes expressions, ces auteurs renforcent au contraire les doutes et les difficultés quant à l'appréhension concrète de ce que le législateur et la doctrine entendent par « création de l'esprit ».

L'argumentation d'Eugène Pouillet à propos des créations photographiques nous semble tout particulièrement probante pour démontrer ce « flou positif » dans lequel nage la matière s'agissant des conditions à la protection du droit d'auteur.

2. Les difficultés doctrinales s'agissant de la création photographique

Technique née au début du XIXe siècle avant de se démocratiser plus tard en art, la photographie a toujours posé quelques difficultés à la doctrine, comme va le démontrer Eugène Pouillet dans son ouvrage.

Cet auteur va ainsi proposer trois systèmes afin de présenter les errements de la matière et les questionnements des juristes sur la question suivante : la création photographie est-elle une création de « l'esprit » ?⁴²⁵

a. La création photographique exclue systématiquement du champ d'application de la loi

Eugène Pouillet expose dans un premier système le réquisitoire de l'avocat M. Thomas qui, parmi d'autres, refuse catégoriquement et « d'une façon absolue »⁴²⁶, la protection des photographies par le droit d'auteur⁴²⁷.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁴²⁵ « La question de savoir si les produits de la photographie constituent des œuvres artistiques et sont protégés par la loi de 1793 est une de celles qui ont été, de nos jours, discutées avec le plus de passion. » E. Pouillet, *ibid.*, pp. 127-128.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁴²⁷ *Ibid.*

Pour cet avocat, et cela ne surprendra personne, la loi de 1793⁴²⁸ n'entend protéger que ce qui relève « *d'un certain travail de l'esprit et quelques fois du génie* »⁴²⁹, et plus précisément le « *produit réalisé* »⁴³⁰ de ce travail intellectuel.

Or, s'agissant de la photographie, « *[t]out le travail intellectuel et artistique du photographe est antérieur à l'exécution matérielle ; son esprit ou son génie n'ont rien à voir dans cette exécution* »⁴³¹. L'exécution matérielle de la technique photographique, soit l'actionnement manuel du déclencheur de l'appareil, chasserait donc « l'esprit » de l'auteur, rendant dès lors la création insusceptible de protection par le droit d'auteur. Et puisque ce droit n'a pas vocation à protéger l'esprit qui n'a pas été exprimé d'une quelconque manière, ce travail intellectuel réalisé avant l'exécution manuelle serait également privé de toute protection.

Finalement, et alors que les penseurs de la matière rattachent depuis l'Antiquité l'œuvre à la personne de l'auteur, « *[l]'homme [disparaît] dès le début de l'opération* »⁴³² dans le processus de création photographique. « *Donc, au point de vue légal, les photographies ne sont pas des produits de l'intelligence et de l'esprit, susceptibles d'être protégés par la loi de 1793* »⁴³³. Et ce en toutes circonstances ! Cette position, bien absolue, n'est manifestement pas validée par l'entièreté de la doctrine.

b. La création photographique protégée systématiquement par le droit d'auteur

Le deuxième système présenté par Eugène Pouillet est tout autant manichéen que le premier, mais soutient au contraire que tous « *les produits de la photographie constituent des productions de l'esprit dans le sens de la loi* »⁴³⁴.

Celui-ci est notamment défendu par M. Bachelier en sa qualité d'avocat, qui explique que « *[l]a photographie est un dessin, car le dessin est la reproduction de la nature par un jeu d'ombre et de lumière* »⁴³⁵ et qu'à ce titre, la méthode employée pour obtenir tel dessin importe peu, le droit d'auteur ne s'intéressant, nous l'avons vu, qu'au résultat produit ou exprimé par l'esprit. Cette implication de l'esprit dans le résultat final se retrouverait par ailleurs à différents

⁴²⁸ Qui, nous l'avons vu, est restée en vigueur jusqu'en 1957.

⁴²⁹ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 128.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*, p. 129.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁴³⁵ Cité par Eugène Pouillet, *ibid.*

moments de la création photographique et notamment « *dans le choix du sujet, de l'heure pour obtenir certains effets de lumière* »⁴³⁶.

L'avocat M. A. Rendu explique quant à lui dans l'une de ses plaidoiries⁴³⁷ que « *toute œuvre digne d'être appelée une production de l'esprit humain, [est] légalement une œuvre d'art* »⁴³⁸ et doit à ce titre être protégée par le droit d'auteur. Peu importe alors que cette production ait nécessité un « *secours matériel* »⁴³⁹ tant que l'auteur « *continue d'exercer les facultés qui se rattachent à l'art : le sentiment, l'esprit, le goût* »⁴⁴⁰, c'est-à-dire qu'il continue de diriger l'instrument matériel par sa « *pensée* »⁴⁴¹, qu'il conserve donc, s'agissant même de la création photographique, « *son rôle suprême* »⁴⁴².

Si l'argument nous convainc aujourd'hui évidemment davantage que celui proposé par l'avocat M. Thomas, il souffre toujours d'une absence totale de subtilité, en accordant donc à toutes les créations photographiques la protection du droit d'auteur. Les conditions énoncées par M. Bachelier et M. A. Rendu et relatives à « l'esprit » semblent en effet systématiquement présumées de manière irréfragables dans la création photographique. La pratique judiciaire ne rejoindra pas cette position doctrinale.

c. Le choix de la protection des créations photographiques finalement réservé au juge

Eugène Pouillet propose enfin un système intermédiaire qui se placerait entre ces « *deux opinions extrêmes* »⁴⁴³. Celui-ci admettrait ainsi quelques fois que « *l'appareil photographique a un rôle considérable* »⁴⁴⁴ privant son produit de tout l'esprit de l'auteur, le rendant dès lors insusceptible de protection par le droit d'auteur. Il en irait autrement d'autres fois lorsque « *l'œuvre du photographe [atteint] une perfection, un fini qui en [fait] un véritable dessin* »⁴⁴⁵, donc une œuvre de l'esprit protégée de fait par la loi de 1793.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Trib. Seine, 30 janv. 1899, Reutlinger, Pataille, 97.147, avec note d'Albert Vaunois, citée par E. Pouillet, ibid., p. 132.*

⁴³⁸ Cité par Eugène Pouillet, *ibid.*

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ Eugène Pouillet, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*

Le choix entre ces deux options serait ainsi laissé libre aux tribunaux qui, selon les circonstances, pourraient pencher d'un côté comme de l'autre. Ce système garantirait donc un « *souverain pouvoir d'appréciation* »⁴⁴⁶ aux juges qui ne seraient pas tenus par les positions doctrinales précédemment étudiées : si la création photographique n'est pas systématiquement une œuvre de l'esprit, elle ne doit pas non plus être exclue par principe du champ de protection de la loi⁴⁴⁷.

Cette position judiciaire, bien plus mesurée, n'emporte pas la validation d'Eugène Pouillet qui n'y voit en réalité qu'une terrible dérive du droit d'auteur.

d. L'analyse critique d'Eugène Pouillet

Après avoir présenté ces trois systèmes, Eugène Pouillet est catégorique et rejette absolument le dernier⁴⁴⁸, qui propose donc une solution intermédiaire, un entre-deux permettant au juge de s'adapter selon les circonstances d'espèce.

Celui-ci serait en effet « *contraire au texte comme à l'esprit de la loi* »⁴⁴⁹, en ce que le législateur n'aurait pas souhaité transformer les tribunaux « *en académies* »⁴⁵⁰ décidant ce qui appartient ou non au domaine artistique. En clair, cette solution reviendrait selon Eugène Pouillet à faire du juge judiciaire un juge de l'art qui aurait alors la capacité de « *dire de telle peinture que c'est une œuvre d'art, de telle autre qu'elle n'a rien d'artistique, accorder à l'une la protection de la loi, la refuser à l'autre* »⁴⁵¹. Or, comme le rappelle notre auteur, l'esprit du droit d'auteur voudrait que « *bonne ou mauvaise, conforme ou contraire aux lois de l'esthétique, toute peinture, tout dessin, toute sculpture [soit] une œuvre d'art* »⁴⁵². Appliquant ce principe aux créations photographiques, quelques fois assimilées à des dessins, il faudrait

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁴⁷ Citons à titre d'exemple une jurisprudence de la cour d'appel de Paris du 10 avril 1862, particulièrement éloquente s'agissant de ce système intermédiaire : « *les dessins photographiques ne doivent pas être nécessairement, et dans tous les cas, considérés comme dépourvus de tout caractère artistique, ni rangés au nombre des œuvres purement matérielles; en effet, ces dessins, quoique obtenus à l'aide de la chambre noire et sous l'influence de la lumière, peuvent, dans une certaine mesure et un certain degré, être le produit de la pensée, de l'esprit, du goût et de l'intelligence de l'opérateur; leur perfection, indépendamment de l'habileté de la main, dépend en grande partie, dans la reproduction des paysages, du choix du point de vue, de la combinaison des effets de lumière et d'ombre, et, en outre, dans les portraits, de la pose du sujet, de l'agencement du costume et des accessoires, toutes choses abandonnées au sentiment artistique et qui donnent à l'œuvre du photographe l'empreinte de sa personnalité* », Paris, 10 avr. 1862, *aff. Mayer et Pierson*, *Pataille*, 62.113.

⁴⁴⁸ « *le dernier surtout nous paraît tout à fait inadmissible* », E. Pouillet, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 138.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Ibid.*

ainsi « *ou refuser à toutes photographies le titre d'œuvre artistique [et donc la protection par le droit d'auteur], ou l'accorder à toutes* »⁴⁵³ : « *on ne peut sortir de cette alternative* »⁴⁵⁴.

En tout état de cause, Eugène Pouillet ne remet pas en cause la condition à la protection du droit d'auteur précédemment envisagée⁴⁵⁵. Il rappelle ainsi de manière tout à fait classique et traditionnelle que la loi de 1793 protège bien « *toute production de l'esprit* »⁴⁵⁶ mais seulement ces productions de « l'esprit », dont, pour notre auteur, feraient parties les créations photographiques⁴⁵⁷.

Ces dernières seraient ainsi protégées en ce qu'elles sont conçues par le photographe qui « *dispose les accessoires, [...] arrange les jeux de lumière, [...] rapproche ou éloigne son instrument pour que la reproduction soit, à son gré, plus nette ou plus vaste [...] ; après cela, qu'importe la rapidité, la perfection, la fidélité de l'instrument avec lequel il exécute ce qu'il a conçu, arrangé, créé* »⁴⁵⁸. En réalité, si cette argumentation serait encore aujourd'hui tout à fait recevable devant les tribunaux afin de caractériser l'originalité d'une œuvre photographique, elle souffre d'un terrible écueil. *Quid* en effet de la photographie qui ne répondrait pas à ces critères ? Cette analyse accompagnant son argumentation sur le rejet d'un système intermédiaire permettant au juge de statuer selon les situations revient donc à considérer que toutes les créations photographiques sont *par nature* des créations de l'esprit, protégées par le droit d'auteur.

Et s'il est vrai qu'à l'époque de notre auteur, il était certainement compliqué d'imaginer une photographie qui ne nécessiterait pas d'arrangement de la part du photographe... ne pas envisager telle situation s'agissant des créations photographiques renforce fatalement le flou autour de la condition à la protection du droit d'auteur. Celle-ci n'aurait-elle pas à être vérifiée en toutes circonstances ?

La difficulté est d'autant plus parlante lorsque, quelques lignes plus loin, Eugène Pouillet accorde d'abord aux œuvres cinématographiques et aux images simplement projetées la même

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Par ses soins ainsi que par la législation.

⁴⁵⁶ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁵⁷ Sans s'opposer donc frontalement au premier système, Eugène Pouillet se rattache donc au deuxième qui envisage la protection par le droit d'auteur de toutes les créations photographiques.

⁴⁵⁸ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 139.

protection⁴⁵⁹ – sans autre condition⁴⁶⁰ – que celle des œuvres photographiques, avant de préciser que « *de simples projections colorées seront également protégées si la combinaison des couleurs a quelque chose de personnel et de caractéristique* »⁴⁶¹ ... remettant ainsi une condition claire et explicite s'agissant de ces autres catégories de créations qui ne répondraient pas *a priori* au dogme traditionnel des beaux-arts.

En somme, non seulement les auteurs de la doctrine multiplient les références diverses et variées pour caractériser cette référence aux œuvres de « l'esprit », mais, de plus, la recherche de cette condition ne serait pas nécessaire pour chaque création, quand elle n'est pas tout simplement jugée comme étant parfaitement « *inadmissible* »⁴⁶² par certains auteurs.

En réalité, on comprend assez aisément les difficultés de la doctrine à appréhender justement cette condition. En effet, non seulement le législateur n'a pas pris la peine de la préciser, mais elle n'apparaît pas non plus clairement en jurisprudence et ce jusqu'au début du XXe siècle.

Sous-paragraphe 2 : Un concept récent en jurisprudence

Pour s'en assurer, il convient d'étudier l'ouvrage d'Olivier Laligant⁴⁶³ qui s'attache notamment à présenter le concept d'originalité à l'aune de son histoire juridique.

1. Un concept judiciairement démocratisé au début du XXe siècle

Olivier Laligant explique ainsi « *que jusqu'en 1893 environ [...] les formules employées en jurisprudence et en doctrine pour admettre ou écarter l'application du droit d'auteur ne font pratiquement aucune référence à une quelconque exigence d'originalité* »⁴⁶⁴ et, lorsqu'elles le font, emploieraient diverses formules pour qualifier cette condition sous-jacente de la lettre de la législation. Après un examen de 240 décisions entre 1793 et 1893, l'auteur conclut que seulement 14 d'entre elles ont « *véritablement utilisé le terme « originalité » pour qualifier l'exigence fondamentale exigée pour l'application du droit d'auteur, soit 5%...* »⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 140.

⁴⁶⁰ Puisqu'une œuvre cinématographique, au même titre que l'œuvre photographique, serait donc par principe une œuvre de « l'esprit »...

⁴⁶¹ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 137.

⁴⁶³ O. Laligant, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 60.

Olivier Laligant remarque par ailleurs que lorsque cette exigence d'« originalité » est utilisée dans les jurisprudences du XIXe, c'est « *habituellement à propos d'une œuvre dans laquelle le travail de l'esprit a été de peu d'importance* »⁴⁶⁶. Souvenons-nous alors de notre commentaire de la législation de 1957 imposant au titre d'une œuvre de revêtir ce « caractère original » pour être protégé comme l'œuvre de l'esprit : c'est, finalement, « *[u]n peu comme si la force du mot – car il s'agit d'un mot fort – venait suppléer la faiblesse de la chose* »⁴⁶⁷. L'œuvre de l'esprit « traditionnelle » ne souffrant « d'aucune faiblesse », lui imposer ce « caractère original » qu'elle respecterait « par nature », n'aurait donc que peu d'intérêt⁴⁶⁸.

Selon notre auteur, la donne changea radicalement après 1893 puisque sur 132 décisions rendues entre 1894 et 1918, 37 feront appel au concept d'originalité tel qu'on le connaît aujourd'hui, ce qui correspond à 28% de l'ensemble de ces jurisprudences⁴⁶⁹.

Puis, entre 1919 et 1943, sur 113 décisions analysées par Olivier Laligant, 55 vont faire appel au concept d'originalité, soit 49% d'entre elles⁴⁷⁰.

Ce pourcentage montera même à 64% durant la période précédant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 : sur 63 décisions étudiées, 40 feront référence au concept d'originalité⁴⁷¹. Passant du simple au double, ce pourcentage d'utilisation de la condition d'originalité en jurisprudence n'a depuis cessé d'augmenter. Fort logiquement, c'est à partir du milieu du XXe siècle que la doctrine va également tâcher de préciser davantage les contours de cette condition à la protection du droit d'auteur, non sans de nombreuses difficultés.

Cette analyse statistique semble pouvoir être confirmée par les travaux de Laurent Pfister, spécialiste en histoire du droit, qui la nuancent toutefois. Celui-ci explique en effet que « *dans un premier temps* »⁴⁷², c'est-à-dire au début du XIXe siècle, « *la nouveauté, comme sous l'ancien régime et à l'instar du droit des brevets, et le travail intellectuel sont des conditions suffisantes de protection* »⁴⁷³. Ce ne serait ainsi que « *dans un second temps, à partir des années*

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁶⁸ A lire avec d'énormes et évidentes « pincettes »...

⁴⁶⁹ O. Laligant, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² L. Pfister, « Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Lexis360, septembre 2010.

⁴⁷³ *Ibid.*

1840, [que] perce la condition d'originalité »⁴⁷⁴. Cette dernière apparaît notamment dans un arrêt de la cour de Paris rendu en 1841 dans lequel le juge admet qu'une statue « *est une création qui porte l'empreinte [du talent de l'artiste] et qui reçoit de sa main un caractère d'originalité suffisant pour constituer à son profit une propriété particulière* »⁴⁷⁵. En 1855, cette même cour considéra également que « *'même séparées de l'ensemble', 'des motifs, des phases musicales n'en sont pas moins une émanation de la pensée originale de l'auteur'* »⁴⁷⁶. Enfin, dans un arrêt de 1862, la Cour de cassation consacra l'exigence d'une « *empreinte de la personnalité* »⁴⁷⁷, indispensable à la protection de la création par le droit d'auteur. Ces différentes jurisprudences qui mettent la personne de l'auteur au cœur de son œuvre, en adéquation avec les textes de nombreux écrivains⁴⁷⁸, sont, pour Edouard Treppoz, le signe de « *convergences entre droit et littérature autour de l'œuvre* »⁴⁷⁹.

Pour autant, et comme le précise d'ailleurs Laurent Pfister, si « *[l'élection de l'originalité] traduit la tendance, également à l'œuvre dans la doctrine et caractéristique d'une conception romantique, de personnalisation du droit d'auteur, d'un rattachement de la création à la seule personne de son créateur [...], elle ne conduit pas les tribunaux à élever le niveau d'exigence au point d'exclure certaines productions, en particulier à vocation utilitaire, où la manifestation de la personnalité est faible voire discutable* »⁴⁸⁰. Car en réalité, et c'est finalement le propos d'Olivier Laligant, « *l'exigence de la nouveauté, initialement formulée, continue d'être appliquée alors qu'elle n'implique pas nécessairement l'originalité* »⁴⁸¹. Ainsi, et alors que la Cour de cassation imposait en 1862 une exigence d'empreinte de la personnalité aux créations pour lesquelles on réclame la protection, elle indiquera en 1869 que « *le droit de propriété [...] ne comprend pas seulement les créations entièrement originales, mais s'étend également aux ouvrages dont les éléments bien qu'empruntés à des publications antérieures,*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Cass. crim.*, 28 nov. 1862, cité par L. Pfister, *ibid.*

⁴⁷⁸ « *Pour moi, une œuvre d'art est, au contraire, une personnalité, une individualité... de se livrer lui-même cœur et chair... il s'agit d'être soi, de montrer son œuvre à nu, de formuler énergiquement une individualité... ce que je cherche avant tout dans un tableau, c'est un homme et non un tableau* », E. Zola, « Le moment artistique », *Ecrits sur l'art*, Tel Gallimard, pp. 107-108, mais encore Balzac, Rousseau, Diderot... cités par E. Treppoz, « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017, p. 103 et suivants.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 102.

⁴⁸⁰ L. Pfister, *op. cit.*

⁴⁸¹ *Ibid.*

ont été choisis avec discernement, disposés dans un ordre nouveau, revêtus d'une forme nouvelle et appropriés avec intelligence »⁴⁸².

Partant, et sans bien évidemment avoir été strictement découverte au cours du siècle dernier, la condition d'originalité telle qu'on la conçoit aujourd'hui, apparaît ainsi être une invention doctrinale et jurisprudentielle du XXe siècle⁴⁸³, ce qui fait finalement sens : bien qu'il l'ait envisagée en sous-texte dès les origines de la matière, le législateur a attendu 1957 avant de la valider maladroitement ; bien qu'elles l'aient conceptualisée depuis les origines de la matière, la doctrine et la jurisprudence ont attendu le début du XXe siècle avant de l'exploiter véritablement.

2. Les causes de cette démocratisation nouvelle de la condition d'originalité

Olivier Laligant explique cette soudaine démocratisation en jurisprudence de la condition d'originalité pour deux raisons principales.

Tout d'abord, le recours au concept d'originalité aurait permis de cantonner le champ d'application de la protection du droit d'auteur aux seules créations issues de « *l'art pur* »⁴⁸⁴, c'est-à-dire celles qui ont un caractère avant tout « *esthétique* »⁴⁸⁵. Et comme nous avons déjà pu le constater, puisque tout au long du XIXe siècle⁴⁸⁶ un nombre croissant de personnes ont commencé à réclamer en justice la protection de créations ne répondant pas au dogme traditionnel des « beaux-arts », il a effectivement fallu trouver en doctrine et en jurisprudence la signification de l'œuvre de « l'esprit » envisagée par le législateur. Laurent Pfister précise également que l'émergence de la condition d'originalité au milieu du XIXe siècle s'explique notamment par « *la multiplication de litiges relatifs à des productions dont la protection n'était pas évidente ou n'avait pas été prévue expressément par les lois* »⁴⁸⁷.

Ce recours nécessaire à la condition d'originalité telle qu'on la connaît s'est ensuite trouvé conforté par la volonté du juge « *d'améliorer la protection des intérêts non patrimoniaux des auteurs par la reconnaissance de prérogatives morales* »⁴⁸⁸. Or, puisque ces dernières ont

⁴⁸² Cass. crim., 27 nov. 1869, cité par L. Pfister, *ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁸⁴ O. Laligant, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ Et ce donc jusqu'au XXe siècle.

⁴⁸⁷ L. Pfister, *op. cit.*

⁴⁸⁸ O. Laligant, *op. cit.*, p. 63.

vocation à protéger avant tout le lien particulier existant entre un auteur et son œuvre, c'est naturellement que le juge français a poursuivi la conceptualisation du critère d'originalité, initiée par de nombreux écrivains qui l'assimilaient à la personne même de l'auteur⁴⁸⁹.

Enfin, « à partir du XXe siècle, le concept de droit moral et l'idée que l'œuvre de l'esprit constitue une émanation de la personnalité de son auteur deviennent chaque année un peu plus des notions à la mode... »⁴⁹⁰, justifiant *in fine* le recours à un concept d'originalité aux contours malgré tout toujours plus obscurs.

*

En tout état de cause, l'originalité du XXe siècle souffre d'une part de son incertitude marquée notamment par le silence du législateur, d'autre part de sa récente démocratisation par la doctrine et les jurisprudences françaises au cours du siècle dernier.

Car, paradoxalement et bien qu'étant « à la mode »⁴⁹¹, le concept d'originalité ne va pas être explicité uniformément et précisément sur les terrains doctrinaux et judiciaires, emportant fatalement un certain nombre de funestes conséquences pour l'ensemble d'une matière à la clé de voûte morcelée.

Section 2 : Les conséquences de la crise du concept d'originalité

Pourtant considéré comme étant la clef de voûte du droit d'auteur à la française, justifiant par lui-même l'existence du droit moral des auteurs, le concept d'originalité est ainsi en crise. Celle-ci emporte deux principales conséquences.

Le concept même d'originalité est tout d'abord débattu par une doctrine marquée par l'apparition de ces nouvelles créations qu'on appellera plus tard la « petite monnaie » du droit d'auteur. L'originalité doit-elle se « *colore[rer] différemment selon les genres concernés* »⁴⁹² ?

Au cœur de la crise, Olivier Laligant finit par ailleurs par proposer une solution radicale pour éviter le recours au concept litigieux (Paragraphe 1).

⁴⁸⁹ E. Treppoz, « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Rapport du conseiller Jonquères, *RDPI*, octobre 1986.

La condition d'originalité, pourtant défendue par certains auteurs comme étant la réponse aux difficultés de la dichotomie idée-forme, peine en réalité à avoir une certaine viabilité en droit interne. Elle souffre même à la fin du XXe siècle d'une certaine incohésion, étant appréhendée différemment sur le plan national, européen et international. Les errements des uns n'étant pas rattrapés par la solution des autres, la crise du concept clef du droit d'auteur a mis fin au débat sur la pertinence de la dichotomie de la fin du XXe siècle. Cela explique finalement pourquoi, pendant de si nombreuses années, la doctrine s'opposant frontalement à toute protection pour les idées exprimées est restée majoritaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un concept d'originalité débattu en doctrine

Le concept d'originalité peut revêtir plusieurs acceptions données par les différentes doctrines qui s'opposent à propos de sa conceptualisation.

La condition d'originalité à rechercher serait ainsi subjective selon certains juristes qui l'envisagent sous l'angle de la personnalité de l'auteur.

Pour d'autres, elle serait au contraire objective : le critère de la subjectivité ne permettrait effectivement pas de caractériser l'originalité au sein des nouvelles créations qui concourent à la protection du droit d'auteur.

Au lieu d'opposer ces deux conceptions de l'originalité, certains auteurs ont au contraire cherché à les unifier afin que la notion colle davantage à la diversité des œuvres créées (Sous-paragraphe 1).

Pour Olivier Laligant, il importe en réalité peu de caractériser précisément l'originalité puisque cette condition ne conviendrait tout simplement pas à la réalité du droit d'auteur ! Il s'agirait ainsi pour cet auteur de se tourner vers le critère de la création, le seul qui échapperait aux errements du concept d'originalité (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Une originalité à « géométrie variable »⁴⁹³

Le domaine artistique a bien évolué de 1791 à nos jours. Avec lui, les créations recherchant la protection du droit d'auteur vont également changer selon les époques. Les créations nées aux

⁴⁹³ J. Jonquères, *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203 sous *Ass. plén.*, 7 mars 1986.

origines de la matière seront ainsi bien différentes de celles pour lesquelles on va réclamer la protection au cours du XXe siècle.

Partant, le concept d'originalité va ainsi être amené à se métamorphoser selon les périodes et les genres artistiques concernés par la protection du droit d'auteur, rendant sa compréhension toujours plus laborieuse pour la doctrine.

1. Le droit d'auteur des origines et les Beaux-Arts

Dès 1791, et bien qu'il ne soit que très rarement envisagé en doctrine et en jurisprudence, le concept d'originalité s'est immédiatement rattaché à la personne de l'auteur, justifiant *in fine* l'étendue des droits conférés à l'auteur. Cela étant dit, différentes acceptions vont être opposées par les auteurs de la doctrine au cours des siècles s'agissant du caractère que devrait revêtir l'originalité.

Conceptuellement, si l'originalité au sein de chaque œuvre est ainsi la même pour Eugène Pouillet ou Henri Desbois qui la caractérisent tous deux par l'empreinte de la personnalité d'un auteur dans son œuvre, elle sera en pratique bien différente, reposant en réalité sur deux analyses opposées du concept.

a. L'originalité dans la nouveauté selon Eugène Pouillet

Si le droit d'auteur ne protège selon Eugène Pouillet que les émanations de l'esprit d'un auteur retrouvées au sein de son œuvre⁴⁹⁴, comment vérifier l'existence de telles émanations ?

L'analyse de l'ouvrage d'Eugène Pouillet et de nombreuses jurisprudences du XIXe siècle nous permet de comprendre que le critère de la protection était alors à envisager de manière objective, par rapport aux créations déjà protégées. Le concept d'originalité était ainsi bien souvent assimilé à une exigence de nouveauté et ce dès 1814, comme en atteste une jurisprudence rendue à cette date par la Cour de cassation s'agissant de la délicate question de la protection par le droit d'auteur des compilations.

Dans cet arrêt, le juge va tout d'abord rappeler l'exigence explicite du législateur s'agissant des créations protégées qui doivent être nécessairement « *le fruit du travail et [la] production de*

⁴⁹⁴ Eugène Pouillet définit notamment la notion de création comme étant « *la production d'une chose tellement personnelle qu'elle forme une partie de son auteur* », E. Pouillet, cité par E. Treppoz, « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017, p. 104.

l'esprit »⁴⁹⁵. A ce titre, une compilation peut tout à fait accéder au rang d'œuvre de l'esprit et ainsi être protégée par le droit d'auteur. Toutefois, le juge prend la peine de préciser les contours de cette exigence relative au travail de l'esprit : une compilation pourra être protégée par le droit lorsque « *ces ouvrages ont exigé, dans leur exécution le discernement du goût, le choix de la science, le travail de l'esprit, lorsqu'en un mot, loin d'être la simple copie d'un ou plusieurs autres ouvrages, ils ont été tout à la fois le produit de conceptions étrangères à l'auteur et de conceptions qui lui ont été propre et d'après lesquelles l'ouvrage a pris une forme nouvelle et un caractère nouveau* »⁴⁹⁶. Une création serait ainsi protégée par le droit d'auteur à partir du moment où le travail de l'esprit de son auteur lui aura permis de prendre une « *une forme nouvelle et un caractère nouveau* »⁴⁹⁷ vis-à-vis, donc, des œuvres préexistantes.

Eugène Pouillet va suivre la même conception dans ses différentes analyses sur l'œuvre de l'esprit. Dans son argumentation sur l'absence de protection des idées par le droit d'auteur, Eugène Pouillet précise ainsi *a contrario* que la loi ne protège « *que ce qui porte le caractère de nouveauté, le cachet d'individualité de l'auteur* »⁴⁹⁸. C'est-à-dire que lorsqu'une création est nouvelle, elle porte le cachet d'individualité de son auteur. A ce titre, elle est donc protégée par le droit d'auteur. Les deux expressions étant liées, on comprend à l'inverse qu'une œuvre portant le cachet d'individualité de son auteur est nécessairement nouvelle. La finalité est ainsi la même, la création étant protégée par le droit d'auteur.

Une traduction ou une copie d'une œuvre tombée dans le domaine public pourrait obtenir la protection selon la même exigence de « *nouveauté* »⁴⁹⁹, celle-ci traduisant en réalité « *l'empreinte du travail personnel de l'auteur* »⁵⁰⁰. Commentant la jurisprudence de 1814 que nous avons déjà présentée, Eugène Pouillet abondera dans le sens des juges en expliquant que c'est dans le choix des « *éléments, [dans] l'ordre, [et] la méthode* »⁵⁰¹ de l'auteur que sa compilation pourra être protégée, celle-ci devenant de fait un « *ouvrage qui n'existait pas auparavant* »⁵⁰². Pour reprendre la lettre de la décision de justice, la compilation devient ainsi un ouvrage à la « *forme nouvelle et [au] caractère nouveau* »⁵⁰³.

⁴⁹⁵ Arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1814.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ E. Pouillet., *op. cit.*, p. 36.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 48.

Il en irait d'ailleurs de même s'agissant des simples « *additions* »⁵⁰⁴ et autres « *suppléments* »⁵⁰⁵ sur des œuvres tombées dans le domaine public, du moment que celles-ci « *présentent ce caractère d'originalité, de nouveauté, qui est le fondement du droit lui-même* »⁵⁰⁶. Cette association ne laisse ici absolument aucun doute : pour être protégée par le droit d'auteur, une œuvre doit être originale, donc nouvelle. Dans cet exemple, l'exigence d'une originalité paraît presque être indifférente devant la mention de la nouveauté. Plus qu'une association, l'originalité semble donc en l'espèce être assimilée à la nouveauté. Pour Eugène Pouillet, ce dernier critère apparaîtrait ainsi comme suffisant pour garantir aux créations la protection du droit d'auteur. Confirmation sera par ailleurs faite quelques pages plus loin lorsqu'à propos des créations artistiques, Eugène Pouillet rappelle qu'« *il faut évidemment que l'œuvre soit nouvelle [...] ainsi un monument funéraire, qui n'a rien d'original et n'est que l'imitation de beaucoup d'autres, ne peut donner lieu à un droit privatif* »⁵⁰⁷.

Si le droit d'auteur ne protège que les émanations de la personnalité d'un auteur, ces dernières se vérifient grâce à une condition objective, celle de la nouveauté. Les œuvres dont on réclame la protection du droit doivent dès lors disposer d'un caractère de nouveauté, par rapport à celles qui existent déjà. La création qui n'est qu'une imitation banale de l'état de l'art ne doit donc pas être protégée. Celle qui se distinguera des autres portera en revanche la marque de la personnalité de son auteur. De ce fait, elle devra être protégée par le droit d'auteur.

*

L'approche objective de la condition à la protection d'Eugène Pouillet a le mérite d'explicitier l'office du juge. Pour apprécier la création d'un auteur, celui-ci n'a pas à se reposer sur une conception trop romantique de l'œuvre de l'esprit, rattachée uniquement à l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

En s'attachant au contraire à l'étude de la création par rapport à celles déjà existantes, cette analyse s'écarte en même temps de la tradition personnaliste, également portée par Eugène Pouillet⁵⁰⁸, qui envisageait l'œuvre de l'esprit comme faisant partie intégrante de la personne

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁰⁸ Eugène Pouillet définit notamment la notion de création comme étant « *la production d'une chose tellement personnelle qu'elle forme une partie de son auteur* », E. Pouillet, cité par E. Treppoz, « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017, p. 104.

de l'auteur. Ainsi, vu sous cet angle uniquement, le droit moral presque absolu de l'auteur sur son œuvre apparu à la fin du XIXe siècle, se justifie moins.

Ainsi que nous l'avons vu, le droit moral des auteurs a véritablement émergé en doctrine et en jurisprudence au cours du XXe siècle, cette vision d'Eugène Pouillet va toutefois peu à peu laisser place à celle d'Henri Desbois⁵⁰⁹. Cet auteur va envisager une originalité subjective, s'émancipant franchement de la conception de son prédécesseur.

b. L'originalité subjective d'Henri Desbois

Rarement clairement envisagé par la doctrine du XIXe siècle, le concept d'originalité va être démocratisé par Henri Desbois qui va procéder à la « première systématisation de la condition »⁵¹⁰ en droit d'auteur.

Prenant beaucoup de distance avec l'analyse d'Eugène Pouillet, Henri Desbois expose sa vision du concept d'originalité dès la toute première phrase du tout premier chapitre de son ouvrage : « [i]l suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif »⁵¹¹.

i. L'exclusion préalable du critère objectif de la nouveauté

Pour justifier le choix d'une originalité à envisager de manière subjective, notre auteur prend l'exemple de deux peintres « qui, sans s'être concertés et se promettre un mutuel appui, fixent l'un après l'autre, sur leurs toiles, le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage »⁵¹². Dans cette situation précise, et au contraire de la première, la seconde peinture ne serait pas à proprement parler nouvelle pour Henri Desbois puisque les deux s'intéressent au même paysage. Pour autant, elles méritent toutes deux la protection du droit d'auteur si elles respectent la condition d'originalité puisque « le défaut de nouveauté⁵¹³ ne met pas obstacle à

⁵⁰⁹ « pendant la quasi-totalité du XIXe siècle, s'il est vrai que ni la notion de nouveauté, ni celle d'originalité, n'étaient nettement référées à la condition d'application clef du droit d'auteur, mais étaient plutôt des éléments de qualification de l'œuvre en cause – utilisées certes un peu au hasard – il est tout aussi indéniable que la notion de nouveauté a été, des deux, la première à être employée – dès 1814 dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation – et que par la suite cette notion de nouveauté apparaît, dans les motivations de l'époque plus fréquemment que celle d'originalité, du moins jusqu'en 1893 environ », O. Lalignant, *op. cit.*, p. 75-76.

⁵¹⁰ A. Lucas, P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 23, 9 Juin 1993, doct. 3681.

⁵¹¹ H. Desbois, *op. cit.*, p. 5.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ Du sujet, donc du paysage représenté.

la constatation de l'originalité »⁵¹⁴, cette dernière se dévoilant sous les coups de pinceau des deux peintres, chacun déployant une « *activité créatrice* »⁵¹⁵ qui leur sera propre, conférant dès lors à leur œuvre une originalité *de facto* « *absolument originale* »⁵¹⁶, empêchant tout recours en justice de l'un vis-à-vis de l'autre⁵¹⁷. Henri Desbois ne voit par ailleurs aucune contrainte à réutiliser cette analyse dans l'univers des lettres ou dans tout autre domaine artistique, expulsant ainsi avec force le critère de la nouveauté des conditions à la protection du droit d'auteur⁵¹⁸.

Mais en réalité, et quand bien même elle n'existerait pas en matière artistique selon notre auteur, Henri Desbois semble assimiler le choix des deux peintres, de prendre en l'espèce pour modèle un même paysage, à une idée toujours évidemment et résolument « *de libre parcours* »⁵¹⁹. Il le confirmera d'ailleurs à propos des autres domaines protégés par le droit d'auteur, évoquant cette fois clairement les « *idées* »⁵²⁰ qui, certes, empêcheraient les auteurs créant sur un même sujet de créer des œuvres nouvelles, mais ne remettraient pas en cause leur potentialité à être protégées par le droit d'auteur. Et c'est finalement parce que « *la similitude d'inspiration n'aura pas dépassé le stade des idées* »⁵²¹ que les deux œuvres devraient pouvoir être protégées par le droit d'auteur. De la même manière que « *deux fictions tout à fait distinctes* »⁵²² réalisées « *à partir d'une seule et même idée, d'un thème commun* »⁵²³ pourraient également être protégées, du moment que celles-ci sont bien originales. Et ce toujours malgré l'absence de nouveauté de la seconde des deux !

L'auteur en conclut que le critère de la nouveauté devrait donc être réservé au domaine industriel seulement.

*

⁵¹⁴ H. Desbois, *op. cit.*, p. 5.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ A moins que le second admette s'être servi de la première peinture comme modèle, bien évidemment. Dans cette situation, son œuvre serait analysée comme étant « *relativement originale* » selon Henri Desbois. H. Desbois., *ibid.*, p. 5.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁵²² *Ibid.*, p. 6.

⁵²³ *Ibid.*

Cette justification ne nous convainc pas. Nous l'avons vu, toutes les idées sont insusceptibles de protection selon Henri Desbois. Pourquoi les utilise-t-il alors comme argument pour marquer la différence entre originalité et nouveauté ?

Car si l'on suit le raisonnement de cet auteur, les deux peintures devraient être pareillement protégées parce que le droit d'auteur n'accorde justement aucune place aux idées dans son champ de protection.

Peu importe donc toute allusion à l'absence de nouveauté de la seconde création⁵²⁴, puisque le sujet de l'œuvre première, c'est-à-dire le paysage, est une idée... et que les idées sont *par principe* exclues de la protection du droit d'auteur.

C'est ainsi parce qu'elles s'appuient toutes deux sur un élément insusceptible de protection⁵²⁵ que les deux peintures peuvent être protégées de manière identique, peu importe leur nouveauté ou le fait que cette qualité leur fasse défaut. Du moment qu'elles répondent évidemment aux exigences relatives à la protection du droit d'auteur, elles sont donc protégées par le droit d'auteur, à la différence des idées.

Olivier Laligant propose également une critique sévère de l'exemple des deux peintres d'Henri Desbois qu'il juge « lapidaire »⁵²⁶. Pour cet auteur, « le défaut de nouveauté dont il fait état, à savoir le défaut de nouveauté du sujet [...] n'a pas à être pris en considération puisque le sujet fait partie de ce que l'on appelle en droit d'auteur « les idées », lesquelles échappent à toute appropriation en raison de leur appartenance au domaine public ». Ainsi, « [l]a comparaison d'Henri Desbois n'est donc pas pertinente puisque ses éléments sont une « idée » et une « forme », et non pas deux « formes » »⁵²⁷. Il en conclut, sur la base de cet exemple, qu'il est inexact d'affirmer « qu'en droit d'auteur l'originalité est une notion subjective et la notion de nouveauté une notion objective, ainsi que de soutenir que la différence entre ces deux notions constitue l'une des pièces maîtresse de la matière »⁵²⁸.

⁵²⁴ Est-ce d'ailleurs véritablement le cas ? Pas forcément, selon l'avis de certains auteurs que nous rejoignons : « La vérité est que la seconde œuvre est bien nouvelle et pleinement nouvelle du point de vue de l'art : il s'agit d'une nouveauté « dans l'univers des formes » (pour s'inspirer de la belle formule de Malraux) », J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 271.

⁵²⁵ Ce qui est également vrai si l'on envisage comme nous le faisons une protection pour les *idées exprimées* et *originales* : le paysage de cet exemple, produit de la nature, n'étant en soit pas une création intellectuelle et l'idée de peindre ce paysage étant bien évidemment dénuée de toute originalité.

⁵²⁶ O. Laligant, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ *Ibid.*

Cela étant dit, l'analyse que fait Henri Desbois du concept d'originalité reste toutefois intéressante à bien des égards. Elle nous permet notamment d'appréhender avec davantage de précision les caractères d'une originalité qu'il envisage subjective.

ii. Une originalité résolument subjective

Dans son exemple sur les deux peintres, l'originalité subjective d'Henri Desbois se révélerait par « *l'activité créatrice* »⁵²⁹ de chacun des deux auteurs, du moment que celle-ci permette de vérifier que la « *personnalité de l'artiste [se soit] manifestée* »⁵³⁰ dans la création. Une telle manifestation de la personnalité serait ainsi suffisante pour « *livrer passage aux droits d'auteur* »⁵³¹, peu importe donc qu'un autre artiste se soit inspiré d'un sujet similaire dans le même temps : la nouveauté, critère tiré de la propriété industrielle, est indifférente en droit d'auteur.

Dans le domaine littéraire, l'originalité s'attacherait ainsi à la « *composition ou à l'expression* », mais plus précisément encore par « *la marque [des] préférences, l'empreinte de [la] personnalité* »⁵³² d'un auteur dans la composition littéraire, ou encore par « *l'expression d'un accent personnel* »⁵³³. Cela signifie concrètement que « *l'empreinte de la personnalité* »⁵³⁴ d'un auteur, révélatrice de l'originalité de l'œuvre, apparaîtra une fois que l'on aura vérifié que les « *goûts* »⁵³⁵ ou les « *idées personnelles* »⁵³⁶ de l'auteur « *présideront à la sélection* »⁵³⁷ effectuée.

Il en irait de même dans le domaine des arts, qui impose à « *[l]a personnalité de l'artiste* »⁵³⁸ de s'être « *manifestée* »⁵³⁹ dans l'exécution personnelle de l'auteur, telle « *manifestation [étant suffisante] pour livrer passage aux droits d'auteur* »⁵⁴⁰. *Idem* pour les œuvres musicales, la

⁵²⁹ H. Desbois., *op. cit.*, p. 5.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 74.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid.*, p. 42.

⁵³³ *Ibid.*, p. 32.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 42.

⁵³⁵ *Ibid.*

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 74.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 74.

mélodie, l'harmonie et le rythme pouvant être protégés du moment qu'ils présentent un « *caractère personnel* »⁵⁴¹.

Selon Henri Desbois, la protection du droit d'auteur naîtrait ainsi à partir du moment où la personnalité de l'auteur apparaîtrait dans son œuvre. Cette nécessaire existence d'une empreinte personnelle de l'auteur serait ainsi suffisante pour ouvrir la voie à la protection du droit d'auteur, indépendamment des créations déjà protégées, c'est-à-dire d'une quelconque exigence de nouveauté. En raisonnant de la sorte, l'originalité « *ne peut qu'être subjective* »⁵⁴².

iii. Le caractère relatif de l'originalité

En tout état de cause, pour être protégée par le droit d'auteur, une œuvre de l'esprit n'a pas à être « originale » dans le sens le plus absolu, contrairement à ce que les définitions du terme par quelques dictionnaires non juridiques pouvaient laisser entendre⁵⁴³.

Pour Henri Desbois, les œuvres accédant à la protection peuvent dès lors tout aussi bien naître de l'esprit d'un auteur sans que celui-ci « *n'ait été inspiré par une création antécédente* »⁵⁴⁴ et ainsi être considérée comme « *absolument originale* »⁵⁴⁵. Les œuvres « *relativement originales* »⁵⁴⁶, soit celles qui ont été précisément inspirées de créations déjà existantes, bénéficient pareillement de la protection.

Si la terminologie change, là n'est finalement rien d'autre que notre approche contemporaine qui distingue entre l'œuvre d'un auteur qui n'a nécessité la créativité d'aucun autre et l'œuvre dérivée qui impose parfois d'avoir obtenu l'accord du premier auteur. Si les deux répondent positivement à la condition unique qu'est l'originalité, elles doivent être protégées par le droit d'auteur. Peu importe également le degré d'importance de leur originalité, tant que celle-ci existe⁵⁴⁷. Mais peut-être n'est-ce là qu'une évidence qu'il est bon de rappeler.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 140.

⁵⁴² J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 266.

⁵⁴³ Voir notamment la définition de l'auteur « original » par le dictionnaire de la langue française, soit celui qui créé « *d'une manière neuve, non empruntée, non imitée* », mais également celle du dictionnaire Gaffiot qui expliquait l'étymologie de l'« originalité » comme étant ce qui est primitif et existe depuis les origines.

⁵⁴⁴ H. Desbois, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ Au niveau de la protection théorique du droit d'auteur seulement car, en pratique, une œuvre dotée d'une très grande originalité obtiendra plus facilement protection qu'une autre à l'originalité moindre. L'affaire est particulièrement parlante si l'on envisage la protection effective d'une œuvre cinématographique, qui peut être

L'analyse d'Henri Desbois appelle toutefois quelques remarques.

iv. Les principales difficultés de l'originalité subjective d'Henri Desbois

L'analyse que fait Henri Desbois du concept d'originalité rencontre selon nous deux principaux écueils.

Tout d'abord, le concept d'originalité proposé par Henri Desbois aurait différentes acceptions et ne serait pas constant « *à l'intérieur des trois domaines de formes d'expression : littérature, arts, musique* »⁵⁴⁸.

Par exemple, l'originalité en littérature serait différente de celle du domaine artistique. Ainsi, si « *l'expression personnelle, manuelle, [...] n'a aucune importance dans le domaine de la littérature, [elle] fournit la pierre de touche des créations artistiques* »⁵⁴⁹. Concrètement, cela signifie qu'un écrivain peut tout à fait voir la composition qu'il aurait dicté être protégée par le droit d'auteur, tandis que « *[l]'exécution personnelle est [...] nécessaire pour l'investiture des droits d'auteur en matière artistique* »⁵⁵⁰. Henri Desbois explique cette différence en ce que l'exécution personnelle en matière artistique permet à l'exécutant de faire preuve de « *personnalité, d'originalité dans la réalisation de la copie* »⁵⁵¹, celui-ci étant amené à « *choisir les procédés qui lui permettent d'être aussi fidèle que possible au modèle* »⁵⁵². Ainsi, l'œuvre artistique ne serait empreinte que de la personnalité de celui qui réalisera effectivement l'œuvre matérielle. L'auteur en conclut que « *[l]e critère déduit de l'originalité ne peut donc être le même dans les deux cercles, puisque la transcription d'une œuvre littéraire est une pure et simple reproduction, tandis que la copie d'une œuvre d'art ressortit au cercle des œuvres dérivées* »⁵⁵³. Il serait ainsi nécessaire d'adapter le critère de l'originalité pour chacun des trois domaines qu'il conviendrait d'observer séparément afin de « *discerner, à l'intérieur de chacun, les prestations qui donnent prise aux droits d'auteur et celles qui s'y dérobent* »⁵⁵⁴.

protégée à bien des égards (notamment par son scénario, sa réalisation, sa bande son...), par rapport à celle d'un livre de cuisine dont la protection sera *a priori* limitée à la seule reprise servile des choix rédactionnels.

⁵⁴⁸ H. Desbois, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 15.

Ensuite, l'originalité défendue par cet auteur ne permettrait pas d'accueillir dans le champ de protection du droit d'auteur un certain nombre de créations, pourtant susceptibles d'être protégées selon la lettre de la législation de 1957. Car s'il est finalement assez évident à propos des œuvres répondant au dogme traditionnel des beaux-arts, le critère relatif à l'empreinte de la personnalité de l'auteur semble mal s'accorder avec bon nombre de créations plus contemporaines.

Que faire en effet pour toutes celles où l'empreinte personnelle de leur auteur y est difficilement perceptible ? Que faire pour cette nouvelle « petite monnaie » du droit d'auteur, tels les cartes géographiques, les slogans publicitaires ou encore les photographies de portrait ? Que faire pour toutes ces créations dont la protection est rendue possible par la théorie de l'unité de l'art précédemment évoquée, qui implique notamment qu'« *un objet utilitaire possède la même vocation à être protégé par le droit d'auteur qu'un objet esthétique* »⁵⁵⁵, et qui constitue selon Edouard Treppoz une « *rupture radicale [avec] la conception romantique de l'œuvre* »⁵⁵⁶ chantée par de nombreux écrivains ?

Une conception purement subjective du concept d'originalité a pour conséquence de les exclure de la protection du droit d'auteur, ou contraint à les y rattacher par le moyen d'artifices⁵⁵⁷, renforçant *de facto* les difficultés d'harmonisation des conditions à la protection.

Il apparaît par ailleurs que cette voie n'a pas été totalement suivie par le juge français. En effet, et avant même les différentes jurisprudences rendues au XXI^e siècle par la CJUE que nous verrons dans un deuxième temps, le juge français paraissait déjà admettre en droit positif une originalité plus objective, en évoquant en 2006 les « *similitudes [...] procéd[ant] [...] de réminiscences résultant notamment d'une source d'inspiration commune* »⁵⁵⁸. Cette théorie de la réminiscence de source d'inspiration commune, qui semble n'être de prime abord qu'un levier de défense en cas d'accusation de contrefaçon, constitue en réalité une précision

⁵⁵⁵ « *Le droit, à l'aune du XX^e siècle, impose ce puissant principe égalitariste difficilement compatible avec la conception romantique proposée par la littérature* », E. Treppoz, « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017, p. 108-109.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ Il nous semble qu'Henri Desbois procède précisément de la sorte au moment d'expliquer que les compilations ou les traductions sont originales parce que « *traduire, c'est s'exposer au risque de trahir, compiler, ce n'est pas échapper à celui de dénaturer les œuvres qui ont fourni les aliments de la compilation : ce danger, à lui seul, est une preuve de la qualité d'auteur de celui qui le court* ». H. Desbois, *ibid.*, p. 42. Ne pas uniquement se baser sur l'empreinte de la personnalité d'un auteur dans sa compilation pour caractériser l'originalité de cette dernière permettrait d'éviter le recours à ces formules bien alambiquées en se concentrant, finalement, sur ce qui intéresse réellement le juriste, soit la présence de « l'activité créatrice » de l'auteur pour reprendre les mots d'Henri Desbois.

⁵⁵⁸ *Cass. Ire civ., 16 mai 2006, n° 05-11.780, Sociedad general de Autores de Espana c/ Sacem.*

fondamentale sur les contours de la condition d'originalité⁵⁵⁹. Car si la réutilisation dans deux œuvres différentes d'éléments résultant notamment d'une source d'inspiration commune n'est pas jugée contrefaisante par le juge, c'est que les éléments de la première création issus de ladite source ne sont tout simplement pas protégés par le droit d'auteur. Leur reprise dans une œuvre seconde ne devrait donc pas pouvoir être condamnée sur le terrain du droit d'auteur. Partant, il nous semble à l'aune de cette jurisprudence française de 2006 que l'étude des œuvres antérieures peut effectivement permettre de caractériser la banalité des œuvres nouvellement créées, *in fine* leur absence d'originalité⁵⁶⁰. En conséquence, cela constitue à notre sens une certaine objectivisation de la condition d'originalité qui vient ainsi à contre-courant de la vision strictement subjective portée par Henri Desbois.

2. La nouvelle « petite monnaie » du droit d'auteur

Si l'analyse d'Henri Desbois qui retient une originalité dite subjective semble toutefois être validée par la majorité de la doctrine, plusieurs juristes résistent encore et toujours à cet auteur. C'est notamment le cas d'Ivan Cherpillod qui envisage au contraire une originalité à déterminer de manière plus objective, afin de refléter avec davantage de pragmatisme la réalité artistique et judiciaire du XXe siècle.

D'autres comme le conseiller Jonquères vont, à la suite d'une célèbre jurisprudence de la fin du siècle dernier, proposer une originalité hybride plus à même de concerner ces nouvelles créations qui sortent du chemin artistique traditionnel.

a. L'originalité objective d'Ivan Cherpillod

Dans son ouvrage, Ivan Cherpillod admet tout d'abord que la caractérisation précise du critère de l'originalité n'est « *guère possible* »⁵⁶¹. Comme nous avons déjà pu le démontrer, c'est là le principal écueil de la doctrine de cet auteur qui admet la protection aux idées effectivement exprimées et originales.

⁵⁵⁹ « *L'argument de la similitude issue d'une source d'inspiration commune est en fait un ersatz de contestation de la validité des droits de l'œuvre contrefaite [...] On n'est d'ailleurs pas loin de contester l'originalité de l'œuvre par la même occasion* », P. Henaff, « Carambolage parmi les critères de la contrefaçon », *Communication commerce électronique*, mars 2007.

⁵⁶⁰ « *À défaut de pouvoir invoquer valablement que l'œuvre est dans le domaine public, on lui accole l'étiquette de pastiche d'anciennes recettes, ce qui est sans doute censé attirer l'indulgence du juge à l'égard du contrefacteur* », *ibid.*

⁵⁶¹ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 62.

L'analyse de cet auteur reste toutefois intéressante, en ce qu'il se pose la question de savoir si « *l'originalité doit être comprise par référence à la personnalité de l'auteur ou appréciée en fonction de l'œuvre elle-même* »⁵⁶². En d'autres termes, il s'agit de se demander si l'originalité doit s'envisager de manière subjective, comme le soutenait avant lui Henri Desbois⁵⁶³, ou de manière objective.

i. La critique de l'originalité subjective

Pour Ivan Cherpillod, l'originalité subjective se heurte tout d'abord à un certain nombre de créations où l'empreinte personnelle y sera difficilement percevable. C'est notamment le cas de la « petite monnaie » du droit d'auteur que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer. Celle-là même qui imposait à Henri Desbois de recourir quelques fois à des artifices pour caractériser par exemple l'empreinte de la personnalité de l'auteur d'une compilation ou d'une traduction... à travers le risque pris par l'auteur face au danger de la trahison des œuvres compilées ou traduites.

Il serait également « *faux de croire que l'on puisse reconnaître un auteur au travers de sa création* »⁵⁶⁴. Ainsi, « *s'il est vrai qu'une œuvre de Vasarely [...] est aisément identifiable comme telle par un connaisseur, c'est davantage parce que l'on y voit un style propre à cet auteur. Or le style, en tant que procédé abstrait, ne compte pas parmi les éléments protégés ; le plus souvent d'ailleurs, il est facilement imitable et ne peut donc permettre l'attribution d'une œuvre à un auteur déterminé* »⁵⁶⁵.

Selon notre auteur, l'originalité à déceler pour donner accès aux créations à la protection du droit d'auteur doit donc être objective.

⁵⁶² I. Cherpillod., *ibid.*, p. 63.

⁵⁶³ Voici ce que disait Ivan Cherpillod de la doctrine d'Henri Desbois : « *L'interprétation subjective de la notion d'originalité part du principe que la propriété littéraire et artistique protège une émanation de la personnalité de l'auteur et, par conséquent, que le droit exclusif doit porter seulement sur des productions marquées par l'individualité de leur créateur. Cette doctrine opère donc une distinction entre l'expression personnelle, subjective, et ce qui ressortit au domaine de l'objectif, qui, par définition, ne porterait pas le moindre sceau de la personnalité de l'auteur* », I. Cherpillod, *ibid.*

⁵⁶⁴ I. Cherpillod, *ibid.*, p. 132.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

ii. Le choix de l'originalité objective

L'œuvre devrait se déterminer « *par rapport aux biens actuellement ou virtuellement existants* »⁵⁶⁶, pour la simple et bonne raison que le monopole du droit d'auteur « *ne peut être accordé qu'à celui qui enrichit la collectivité par un bien dont elle ne disposait pas auparavant* »⁵⁶⁷. Cela signifie concrètement que, ce qui compte réellement pour la protection du droit d'auteur, est « *le fait d'apporter à la collectivité un bien nouveau* »⁵⁶⁸, et l'œuvre est nouvelle lorsqu'elle « *diffère des choses faisant partie du fonds commun de la culture [...] c'est-à-dire lorsqu'on ne peut lui opposer d'antériorités* »⁵⁶⁹, selon les mots de François Perret, cités par notre auteur.

L'approche objective d'Ivan Cherpillod rejoint ainsi sur ce point celle faite par Eugène Pouillet en son temps : l'œuvre protégée doit être nécessairement nouvelle.

Elle s'en écarte toutefois puisque, selon Ivan Cherpillod, la seule nouveauté ne suffit pas à assurer aux créations la protection du droit d'auteur⁵⁷⁰. En effet, « *[s]i tel était le cas, le droit d'auteur pourrait s'attacher à des productions de pure routine, alors qu'il semble juste de laisser au domaine public non seulement les biens déjà existants, mais encore ceux qui ne s'en distinguent que par un apport si modeste qu'il en est banal* »⁵⁷¹. L'originalité d'une œuvre doit donc dépasser le cap de la nouveauté : la protection du droit d'auteur exige un caractère supplémentaire, celui d'individualité. Ainsi, non seulement on ne doit pouvoir opposer à une création aucune antériorité, mais celle-ci doit encore se différencier des autres créations qui lui sont similaires⁵⁷².

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 133.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 127.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 129.

⁵⁶⁹ F. Perret, « L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle », *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, Genève, 1974, p. 82.

⁵⁷⁰ « *L'originalité suppose toujours la présence de la nouveauté mais que la réciproque n'est pas vraie : tout ce qui est nouveau n'est pas nécessairement original* » F. Perret, « *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle* », *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, Genève, 1974, p. 95.

⁵⁷¹ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁷² Citons à ce propos l'analyse de François Perret s'agissant du concept d'originalité : celui-ci « *suppose un choix qui ne relève pas de l'évidence* », soit ce « *qui [ne] vient [pas] immédiatement à l'esprit* », cette « *non-évidence* » se rapprochant donc ici du critère de l'activité inventive, propre au domaine industriel. F. Perret, *op. cit.*, p. 155.

Une œuvre sera donc protégée « *si elle diffère de ce qui est connu – nouveauté – et de ce qui en découle directement – individualité ; l’originalité est ainsi un degré supérieur de nouveauté* »⁵⁷³.

S’opposant déjà à celle d’Henri Desbois, l’approche d’Ivan Cherpillod rompt pour finir totalement avec la vision personnaliste du droit d’auteur. Celui-ci expose en effet que l’originalité vérifiée par les juges doit toujours être « *celle de l’œuvre elle-même* »⁵⁷⁴. L’existence ou non d’un lien « *entre l’auteur et sa création* »⁵⁷⁵ est donc absolument indifférent, puisque l’œuvre nouvelle et dotée d’une certaine individualité sera protégée, la personne de l’auteur n’important à aucun moment.

*

En souhaitant s’affranchir du critère subjectif de l’originalité, Ivan Cherpillod semble en réalité commettre la même erreur qu’Henri Desbois qui opposait lui aussi les conceptions subjectives et objectives de l’originalité. Or, l’absence de subtilité des deux conceptions ne résout finalement rien.

L’originalité purement subjective s’accorde mal avec certaines créations, mais justifie pleinement l’existence du droit moral pour les œuvres protégées qui sont la continuité de la personne de leur auteur.

A l’inverse, si l’originalité purement objective permet d’éviter les écueils du critère relatif à l’empreinte de la personnalité de l’auteur, elle en oublie le droit moral : comment justifier ce dernier si la personne de l’auteur n’a pas à être retrouvée dans l’œuvre protégée ?⁵⁷⁶ Car comme a pu le dire un auteur, « *c’est le critère d’originalité, source et mesure de la protection, qui joue le rôle déterminant dans le développement et la cohérence du droit moral. L’œuvre n’est protégée que dans la mesure où elle recèle une empreinte de la personnalité. Cette empreinte fait toute la valeur de l’œuvre* »⁵⁷⁷.

⁵⁷³ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 135.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ Lire sur ce point N. Walvarens-Mardaescu, *L’œuvre d’art en droit d’auteur, Forme et originalité des œuvres d’art contemporaines*, Economica, 2005, p. 436.

⁵⁷⁷ P. Gaudrat, *Jurisqueur, Propriété littéraire et artistique, Droit des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral*, Fasc. 1210, 2001, p. 16, cité par N. Walvarens-Mardaescu, *ibid.*, p. 437.

Enfin, et en partant de cette vision, pourrait-on également imaginer une personne morale autrice, donc titulaire des droits *ab initio* ?

Pour éviter ces nouvelles difficultés, il conviendrait peut-être d'emprunter finalement une voie intermédiaire qui s'émanciperait de ces deux acceptions du concept d'originalité.

b. L'arrêt Pachot et le rapport Jonquères

Un arrêt va cristalliser toutes les difficultés de la doctrine et du juge à appréhender la « petite monnaie » du droit d'auteur : l'arrêt *Pachot*⁵⁷⁸ rendu en 1986 par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière sur l'épineuse question de la protection de la création logicielle, à mi-chemin entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle.

i. La création logicielle, une œuvre de l'esprit

Saisie de la question de la protection par le droit d'auteur d'une création logicielle dans l'affaire *Pachot*, la Cour de cassation va s'émanciper de l'approche « traditionnelle » du concept d'originalité envisagée de manière subjective depuis Henri Desbois.

Dans cette décision, les juges de la Cour de cassation vont valider la position des juges du fond sans reprendre leur argumentation qui faisait mention de la « *marque de la personnalité* »⁵⁷⁹ de l'auteur⁵⁸⁰.

Au contraire, les juges vont s'intéresser avant tout à « *l'effort personnalisé* »⁵⁸¹, à l'individualité de la matérialisation⁵⁸² de cet effort ainsi qu'à la marque de l'« *apport intellectuel* »⁵⁸³ de l'auteur afin de caractériser la protection de l'œuvre logicielle. Ce changement de rhétorique semble s'adapter à la situation d'espèce. Dès lors, il apparaît tout à fait judicieux : afin d'éviter les difficultés rencontrées par les juges du fond, la Cour de cassation a donc décidé d'emprunter un chemin différent, loin des sentiers battus de la tradition, celui de l'originalité objective.

⁵⁷⁸ Ass. plén., 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ En caractérisant l'originalité de la création logicielle *via* la marque de la personnalité de l'auteur, les juges du fond exposent en réalité leur décision aux faiblesses de l'originalité subjective. Comment en effet déterminer la marque de la personnalité d'un auteur dans son logiciel ?

⁵⁸¹ Ass. plén., 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*.

⁵⁸² « *la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée* », *ibid.*

⁵⁸³ *Ibid.*

Cette acception objective de la condition d'originalité se retrouve tout d'abord dans l'évocation d'un « apport » de l'auteur qui est nécessairement à mettre en parallèle avec ce qui existe déjà : on ne peut pas apporter quelque chose à ce qui n'existe pas. Cet apport doit ensuite être « personnalisé », « individualisé » ou encore « intellectuel ». Doit-on pour autant en conclure que le juge exige toujours que la personne de l'auteur puisse se retrouver effectivement au sein de son œuvre ? Non, car il ne fait enfin plus directement mention de la « personnalité » de l'auteur, mais bien de son apport « intellectuel ». L'œuvre ne doit ainsi plus que refléter l'intelligence de l'auteur, « *c'est-à-dire finalement, pour l'essentiel, ses choix* »⁵⁸⁴. Il s'agit là à n'en pas douter d'une « *rupture majeure* »⁵⁸⁵ avec la vision française traditionnelle et personnaliste du concept d'originalité, contrainte à s'adapter par la force judiciaire aux nouvelles créations⁵⁸⁶.

Cette jurisprudence de l'Assemblée plénière est ainsi particulièrement intéressante en ce qu'elle vient à rebours de la position doctrinale classique défendue par Henri Desbois.

Elle l'est encore pour une autre raison : l'étude du rapport de Jean Jonquères, conseiller à la Cour de cassation dans l'affaire *Pachot*, nous permet effectivement d'envisager une nouvelle conception de l'originalité qui serait « *à géométrie variable* »⁵⁸⁷.

ii. La nouvelle originalité proposée par le conseiller Jonquères

Plus que la validation d'une appréciation objective du concept litigieux dans cette affaire *Pachot*, le conseiller Jonquères opère un rapprochement entre la condition d'application du droit d'auteur et les conditions propres au droit des brevets.

Selon Jean Jonquères, « *[q]u'ils soient artistes auteurs ou inventeurs, les créateurs sont tous des novateurs. Leur point commun est d'introduire dans le patrimoine culturel universel ou dans l'état de la technique des nouveautés. Ainsi, à des degrés divers, l'originalité est la*

⁵⁸⁴ J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 294.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ Cette adaptation judiciaire du concept sera par ailleurs fortement regrettée par Pierre-Yves Gautier : « *pour des raisons essentiellement pratiques, l'originalité subit une double déformation : d'une part le concept devient plus flou que jamais ; d'autre part, d'un point de vue qualitatif, on le tire vers le bas, en faisant chuter de plusieurs degrés le seuil de protection* ». Pour cet auteur, il aurait ainsi été plus judicieux de tourner la création logicielle vers la propriété industrielle, par le droit des brevets, ou envisager un statut *sui generis*, plutôt que de la ramener artificiellement vers le droit d'auteur. S'agissant de l'analyse de Pierre-Yves Gautier sur la clarté du concept à la fin du XXe siècle, on ne peut, en tout cas, qu'abonder dans son sens. P.Y. Gautier, « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 513.

⁵⁸⁷ J. Jonquères, *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203 sous Ass. plén., 7 mars 1986.

synthèse de la nouveauté et de l'esprit inventif du créateur »⁵⁸⁸. Ainsi, la nouveauté exigée et définie en matière industrielle serait également attendue en droit d'auteur. L'originalité serait en outre un concept analogue de l'activité inventive du droit des brevets. Finalement, les critères de la nouveauté et de l'activité inventive pourraient s'appliquer pour déterminer les contours des conditions à la protection du droit d'auteur.

La raison de ce rapprochement serait à trouver au sein même des jurisprudences s'intéressant aux conditions de la protection. Selon le Conseiller Jonquères, le juge serait contraint, pour se conformer à la position doctrinale classique de l'originalité rattachée à l'empreinte de la personnalité de l'auteur, de « *situer l'œuvre de l'esprit dans l'ensemble de la production d'une époque, ou d'une école, en superposant nouveauté et originalité* »⁵⁸⁹. Ce serait ainsi « *par la recherche souvent inconsciente du caractère sous-jacent de nouveauté que le juge constate la contrefaçon* »⁵⁹⁰. Sans le dire, le juge reposerait donc en réalité la protection du droit d'auteur sur la caractérisation de la nouveauté de la création.

L'originalité serait donc « *la synthèse de la nouveauté et de l'esprit inventeur du créateur* »⁵⁹¹ réclamée par le droit des brevets, en ce qu'elle exigerait « *l'apport personnel de l'auteur [et] la nouveauté de son œuvre* »⁵⁹², deux critères que l'on retrouve donc plus ou moins explicitement dans la lettre de la jurisprudence *Pachot* qui envisage l'« *apport intellectuel* »⁵⁹³ de l'auteur.

En définitive, la notion d'originalité ne serait ainsi ni purement subjective, ni purement objective, bien au contraire. En effet, l'élément subjectif envisagé par la doctrine d'Henri Desbois se retrouverait dans l'exigence de l'apport personnel de l'auteur, le résultat de celui-ci permettant de discerner « *la marque de l'auteur, variable selon les différents types de l'œuvre de l'esprit* »⁵⁹⁴. L'élément objectif, quant à lui, apparaîtrait dans « *le rapport chronologique avec l'existant* »⁵⁹⁵ opéré par le juge dans ses décisions.

Ainsi, l'originalité telle qu'elle est conceptualisée par le conseiller Jonquères serait à la fois subjective et objective et pencherait, selon les situations, d'un côté ou de l'autre. Pour cette

⁵⁸⁸ Cité par J.-M. Bruguère, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 294.

⁵⁸⁹ Cité par O. Lalignant, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.*

raison, l'auteur en conclut que l'originalité est une notion à « *géométrie variable, qui se colore différemment selon les genres concernés* »⁵⁹⁶.

*

Ces propos du conseiller Jonquères sont « *assurément peu orthodoxes mais pleins d'intérêts* »⁵⁹⁷. Sans s'attarder sur le rapprochement opéré entre les règles de la propriété industrielle et celles du droit d'auteur, ni sur la théorie d'une originalité à géométrie variable qui nous semble à éviter absolument⁵⁹⁸, les conclusions du conseiller Jonquères sur cette approche intermédiaire envisageant l'originalité subjective et objective comme un tout, méritent effectivement que l'on s'y penche en ce qu'elles évitent les écueils déjà évoqués des deux conceptions de l'originalité. Plutôt que les opposer, il faudrait donc les envisager ensemble, comme les deux faces d'une même pièce.

3. La vaine opposition des conceptions objective et subjective de l'originalité

Dans son ouvrage s'intéressant à la condition d'originalité⁵⁹⁹, Olivier Lalignant va poursuivre l'analyse du conseiller Jonquères à propos du regroupement des conceptions objective et subjective de la notion. Selon cet auteur, leur opposition serait en réalité tout à fait vaine.

Olivier Lalignant explique ainsi que l'une des principales faiblesses de l'originalité conceptualisée par Henri Desbois, qui renvoie donc à l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans son œuvre, est « *d'inciter à croire, faussement, que la condition dite d'originalité est nécessairement et exclusivement une condition subjective* »⁶⁰⁰. A l'inverse, la principale erreur de l'originalité objective n'envisageant l'œuvre que par le prisme de la nouveauté est « *d'inciter à croire que la condition d'originalité serait nécessairement et exclusivement une condition objective* »⁶⁰¹. Plus grave encore serait de croire que l'originalité doit s'adapter selon les genres des œuvres concernées et qu'elle devrait donc s'envisager quelquefois selon une acception

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ J.-M. Bruguière, M. Vivant, *op. cit.*

⁵⁹⁸ Comme le dirons certains auteurs, cette théorie soulève effectivement « *une objection décisive. Il est difficile, en effet, d'admettre que la naissance du même droit exclusif soit subordonnée à des exigences différentes selon la création candidate à la protection* », A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4ème édition. 2012, p. 132, cité par Daniel Gervais dans « Originalité(s) », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 389.

⁵⁹⁹ O. Lalignant, *op. cit.*

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 74.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 77.

objective, d'autres fois selon une approche subjective. En d'autres termes, qu'elle se « *colore différemment selon les genres concernés* »⁶⁰².

La fâcheuse conséquence de l'opposition de ces concepts est l'apparition en doctrine d' « *une conception dualiste de l'originalité qui [...] ne réalise qu'une unité assez superficielle, assez formelle, et dans laquelle la valeur relative de la conception subjective continue en profondeur d'être en conflit avec la valeur relative de la conception objective* »⁶⁰³.

Or, Olivier Laligant précise que « *toute œuvre de l'esprit ayant une utilité pratique [...] présente à un degré [...] faible une marque personnelle* »⁶⁰⁴. Il en conclut donc que l'opposition des conceptions subjective et objective est vaine, justement parce qu'« *en réalité la valeur relative de l'une vient en complément de la valeur relative de l'autre* »⁶⁰⁵. Il faut bien comprendre que finalement, « *[l]e subjectif et l'objectif sont nécessaires à leur équilibre respectif : sans l'objectif, le subjectif est une source de troubles ; sans le subjectif, l'objectif est une source de troubles* »⁶⁰⁶, de laquelle résulterait « *[l]'état de crise* »⁶⁰⁷ dans lequel est plongée la condition d'originalité, « *pierre angulaire* »⁶⁰⁸ du droit d'auteur.

Toutes les œuvres de l'esprit seraient ainsi marquées « *par un mélange d'objectif et de subjectif : d'une part toute création se caractérise par rapport aux œuvres déjà existantes, et ainsi s'apprécie-t-elle alors en considération d'un référent objectif ; d'autre part, toute création se caractérise en même temps par rapport à ce que son auteur y a mis de personnel, et ainsi s'apprécie-t-elle alors par rapport à un référent subjectif* »⁶⁰⁹. Achéons cette démonstration sur ces bons mots : « *la réalité n'est jamais qu'affaire de mixte, « où rien n'est jamais ni totalement objectif, ni totalement subjectif mais toujours les deux à la fois* »⁶¹⁰ »⁶¹¹.

Olivier Laligant poursuit son argumentaire en expliquant très justement que si les deux conceptions de l'originalité se trouvent effectivement dans toute œuvre de l'esprit, elles le « *sont en proportions variables, la part de création variant selon la nature de l'œuvre et la*

⁶⁰² Rev. dr. propr. intell. 1986, n° 3, p. 203 sous Ass. plén., 7 mars 1986.

⁶⁰³ O. Laligant, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*

⁶⁰⁹ O. Laligant, *op. cit.*, p. 79.

⁶¹⁰ A. Berque, *Le Sauvage et l'Artifice*, Gallimard, 1986, p. 286, cité par Olivier Laligant, *ibid.*

⁶¹¹ O. Laligant, *ibid.*, p. 79.

personne de son auteur »⁶¹². L'important ne serait en revanche pas de se concentrer, selon le genre de l'œuvre en question, uniquement sur son caractère personnel ou distinctif⁶¹³, mais de s'intéresser bien au contraire à la présence de l'un ou de l'autre au sein des œuvres de l'esprit. Car « *dans l'œuvre la plus utilitaire, il y a nécessairement, si elle est « originale », du personnel, du subjectif, puisqu'elle est une création humaine, création étant pris au sens véritable et second du mot... Et, symétriquement, dans l'œuvre la plus artistique, il y a nécessairement, si elle est « originale », du distinctif, de l'objectif, puisque son caractère personnel la rend par hypothèse même distincte des autres œuvres appartenant au même genre...* »⁶¹⁴. Il n'y aurait donc pas d'intérêt à restreindre l'analyse de l'originalité de l'œuvre de l'esprit à l'une ou l'autre des conceptions puisque, précisément, une œuvre originale comporte nécessairement une part d'objectivité et de subjectivité, les deux ne s'opposant pas mais se complétant⁶¹⁵.

*

Cette approche novatrice du concept d'originalité formulée par Olivier Laligant nous semble bien plus judicieuse que celles habituellement proposées par la doctrine.

La subtilité de cette analyse a en effet pour principal avantage de concilier d'une part la plupart des points de vue doctrinaux, en admettant la présence dans chaque œuvre de l'esprit d'une part de subjectivité et d'objectivité, l'existence de l'une entraînant nécessairement celle de l'autre. D'autre part, cette approche s'accorde parfaitement avec la réalité judiciaire et permet à toutes les œuvres de l'esprit d'être protégées par le droit d'auteur sans avoir le besoin de recourir à des artifices ou de nier certaines évidences, comme la présence de la personne de l'auteur dans toutes les œuvres de l'esprit.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Donc subjectif ou objectif.

⁶¹⁴ O. Laligant, *op. cit.*, p. 80.

⁶¹⁵ « *La nouveauté subjective, le fait que l'œuvre ait son origine dans un auteur déterminé [...] va déterminer l'originalité objective [...]. Dans le domaine du droit d'auteur, l'une paraît inséparable de l'autre* » ; « *L'originalité subjective et objective sont deux concepts différents qui peuvent parfois se recouvrir. Une œuvre est originale au sens subjectif du terme [...] lorsqu'elle a son origine dans un auteur déterminé ; elle est originale au sens objectif [...] lorsqu'elle se distingue par certains caractères des réalisations intellectuelles préexistantes* », F. Perret, « *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle* », Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève, 1974, p., 86.

Il nous semble par ailleurs que cette approche intermédiaire, envisagée d'abord par le conseiller Jonquères puis conceptualisée par Olivier Laligant, sera validée, bien plus tard, par le juge de la CJUE. Nous le verrons par la suite.

Mais en attendant, la crise du concept d'originalité bat toujours son plein. Et, poursuivant son analyse, Olivier Laligant va finalement proposer une ultime solution afin de sortir de la crise : le rejet du concept même d'originalité.

Sous-paragraphe 2 : L'analyse d'Olivier Laligant : la création plutôt que l'originalité

L'ouvrage d'Olivier Laligant ne se limite donc pas à la critique du dogme traditionnel du concept d'originalité, *in fine* de l'opposition opérée par la doctrine de l'originalité subjective et objective. Celui-ci va en effet plus loin. Reconnaisant un certain nombre de limites au concept, Olivier Laligant propose de s'en écarter tout en envisageant le recours à la notion de « création », censée selon lui soigner les différents maux des conditions de protection de la matière.

1. Les limites de l'originalité

Pour l'auteur, les répercussions de l'emploi de la condition d'originalité ont été de trois sortes.

Outre l'opposition vaine des conceptions objective et subjective de l'originalité, l'absence de définition législative du concept mêlée à sa récente conceptualisation en doctrine et en jurisprudence ont également eu pour conséquence « *de susciter une floraison de définitions excessives ou extravagantes* »⁶¹⁶.

C'est précisément le cas selon Olivier Laligant de la décision des juges de la cour d'appel de Paris qui exigent d'un auteur réclamant la protection de sa création qu'il ait fait preuve « *de fantaisie, d'initiatives, d'ingéniosité personnelle, en un mot d'originalité* »⁶¹⁷, ou encore de celle des juges de la cour d'appel de Riom qui ont pareillement jugé qu'une œuvre était originale si elle sortait « *du commun* »⁶¹⁸, si elle était « *le fruit d'une conception intellectuelle hors-série* »⁶¹⁹ de l'auteur. Il en irait encore ainsi pour l'arrêt des juges du Tribunal de grande

⁶¹⁶ O. Laligant, *op. cit.*, p. 65.

⁶¹⁷ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} avril 1963, cité par Olivier Laligant, *ibid.*

⁶¹⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Riom du 26 mai 1966, cité par Olivier Laligant, *ibid.*

⁶¹⁹ *Ibid.*

instance de Nanterre, lesquels n'échappent pas à cet écueil puisqu'ils ont pu assimiler la condition d'originalité à « *l'empreinte émotionnelle personnelle* »⁶²⁰ de l'auteur...

De ces deux limites en découle une troisième, plus grave encore : « *l'éclatement* »⁶²¹ des conditions de protection du droit d'auteur. Le critère d'originalité, véritable clef de voûte de la matière, se retrouve pour certains auteurs à n'être plus qu'une « *notion à géométrie variable* »⁶²², enfermant la jurisprudence dans un véritable « *maquis* »⁶²³. La formule est sévère, mais particulièrement parlante à l'heure où la plupart des auteurs ne comprennent pas les motivations d'un tribunal qui refusera la protection du titre « *Parlez-moi d'amour* »⁶²⁴ et acceptera par ailleurs celle des « *[les] fantasmes de la Comtesse Alexandra* »⁶²⁵. Le concept d'originalité de la fin du XXe ne serait-il pas finalement « *incernable* »⁶²⁶ ?

2. Les réponses apportées par la création

Pour éviter les difficultés de la doctrine « *à la mode* »⁶²⁷ opposant l'originalité subjective et l'originalité objective, Olivier Laligant propose ainsi de recourir à la notion de « *création* »⁶²⁸.

Celle-ci aurait tout d'abord comme avantage d'englober les différentes acceptions de la nouveauté objective : celle issue du droit d'auteur, qui désigne « *ce qui ne reproduit pas une œuvre, ou une forme antérieure* »⁶²⁹, celle que l'on retrouve en droit des dessins et modèles et qui est relative selon Olivier Laligant à ce qui « *se différencie suffisamment de ses similaires* »⁶³⁰, mais également celle du langage courant et non juridique, qui renvoie à ce qui est apparu « *pour la première fois* »⁶³¹, puisqu'une œuvre dotée d'une individualité suffisante est précisément nouvelle, au sens le plus objectif du terme. Si la seule nouveauté n'est donc pas

⁶²⁰ Arrêt du TGI de Nanterre du 10 mars 1993, cité par Olivier Laligant, *ibid.*

⁶²¹ P.Y. Gautier, « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 513.

⁶²² J. Jonquères, *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203 sous *Ass. plén.*, 7 mars 1986.

⁶²³ P.Y. Gautier, *op. cit.*, p. 513.

⁶²⁴ *Cour d'appel de Paris*, 18 décembre 1990, cité par P.-Y. Gautier, *ibid.*

⁶²⁵ *Cour d'appel de Paris*, 20 février 1990, cité par P.-Y. Gautier, *ibid.*

⁶²⁶ A. Kerever, *obs. sur Cass. Civ.* 5 octobre 1994, *R.I.D.A.*, Janvier 1995, p.205, cité par Olivier Laligant, *op. cit.*, p. 287.

⁶²⁷ O. Laligant, *ibid.*, p. 133.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 132.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 133.

⁶³⁰ *Ibid.*, loin de la définition classique de la nouveauté en propriété industrielle donc, qui est davantage relative à la notion de première divulgation.

⁶³¹ *Ibid.*

suffisante pour caractériser l'originalité d'une création, la création originale sera nécessairement nouvelle !⁶³²

Ensuite, la notion de création permettrait de faire coexister « *les deux éléments antagonistes et complémentaires que sont l'individualité de l'œuvre et la facture personnelle de l'auteur* »⁶³³ alors que dans la notion d'originalité « *s'exacerbe l'élément subjectif qu'est la facture personnelle de l'auteur*⁶³⁴, *au détriment de l'élément objectif qu'est l'individualité de l'œuvre*⁶³⁵ »⁶³⁶.

Elle permettrait également d'éviter la multiplication des définitions excessives de la condition d'application clef du droit d'auteur en faisant l'économie de certains critères inappropriés (celui de l'effort, de l'apport, du choix, de l'arbitraire...), d'éviter *in fine* les tentatives de dégager de la notion d'originalité des conceptions subjectives ou objectives qui forment en réalité un tout avec la création. Il est en effet « *indiscutable que, selon le genre de l'œuvre en cause, prédomine tantôt l'élément objectif, c'est-à-dire l'individualité de l'œuvre, tantôt l'élément subjectif, c'est-à-dire la facture personnelle de l'auteur !* »⁶³⁷.

Enfin, le recours à la notion de création permettrait selon Olivier Laligant « *de mettre en lumière l'harmonie existante, en ce domaine, entre le droit positif français et les Directives du Conseil des Communautés Européennes... Tel est en effet le cas pour la Directive [...] en date du 11 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, dont l'article [1^{er}] dispose qu'un programme d'ordinateur est protégé s'il est « la création intellectuelle propre à son auteur »* »⁶³⁸.

⁶³² Souvenons-nous de l'exemple des deux peintres d'Henri Desbois, qui estimait que l'œuvre du second peintre n'était pas nouvelle puisqu'elle s'inspirait du même modèle. Or, Henri Desbois caractérise surtout l'absence de nouveauté du modèle du tableau, c'est-à-dire le paysage : doit-on pourtant partir du principe que le second tableau n'est pas nouveau de ce seul fait ?

⁶³³ O. Laligant, *op. cit.*, p. 222.

⁶³⁴ Ou l'empreinte de sa personnalité.

⁶³⁵ Ou le degré supérieur de la nouveauté.

⁶³⁶ O. Laligant, *op. cit.*, p. 222.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 231. On rétorquera toutefois que la formule proposée par Olivier Laligant est incomplète. En effet, l'article 1er de la directive du 14 mai 1991 dispose que le « *programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur [...]* ». A trop vouloir s'écarter de la condition d'originalité, Olivier Laligant finit par l'oublier ! Il en va de même s'agissant de la seconde directive citée par notre auteur, celle du 11 mars 1996 relative aux bases de données. Car s'il est exact que la présente directive fait uniquement mention de la « *création intellectuelle propre à leur auteur* » en son article 3, elle évoque précisément la condition d'originalité dans ses considérants 16 et 39 : « (16) : *considérant qu'aucun autre critère que l'originalité au sens de la création intellectuelle de l'auteur ne devra être appliqué pour déterminer si une base de données est protégée par le droit d'auteur ou non [...]* » ; « (39) : *considérant que, en plus de l'objectif d'assurer*

Et finalement, le recours à la notion de création devrait ainsi permettre de faire « *disparaître certains errements, telle par exemple l'affirmation de « l'originalité » de slogans comme « C'est si simple le confort »⁶³⁹ ou « A part ce tee-shirt, j'ai rien nam'mettre »⁶⁴⁰, beaux exemples de cette « défaillance du juridique »⁶⁴¹ »⁶⁴². Car selon Olivier Laligant, si les magistrats avaient retenu le critère de la création, « *ils auraient rendu une décision exactement au sens inverse* »⁶⁴³ puisqu'ils n'auraient pas exprimé leurs « *convictions personnelles, comme y conduit le critère de l'originalité* »⁶⁴⁴.*

*

Plusieurs remarques peuvent là encore être formulées. Tout d'abord, le critère de la « création » évite-t-il tous les écueils du concept d'originalité, justement soulevés par Olivier Laligant ? Ce concept, nous l'avons vu, est appréhendé de différentes manières par la doctrine qui lui prête plusieurs acceptions. En va-t-il différemment pour la « création » ? L'étude d'Olivier Laligant ne nous le confirme pas, ce critère semblant également « *loin d'être précis et univoque* »⁶⁴⁵. Et comment pourrait-il en aller autrement, celui-ci découlant directement des jurisprudences françaises, celles-là même qui perdent le nord au moment d'analyser les critères de la protection d'une œuvre de l'esprit ?

En réalité, ce « *changement de vocabulaire proposé par cet ouvrage* »⁶⁴⁶, qui rejette l'utilisation de l'originalité pour lui préférer celui de la création, nous semble aller totalement à contre-courant de la finalité recherchée.

La solution à la crise du concept d'originalité étant, pour Olivier Laligant, d'oublier l'utilisation de ce terme, cet auteur s'oppose *in fine* à la plupart des doctrines qui ont conceptualisé les conditions à la protection du droit d'auteur. Drôle de façon de résoudre une crise que de remettre en question deux siècles de doctrine !

la protection du droit d'auteur en vertu de l'originalité du choix ou de la disposition du contenu de la base de données [...] ».

⁶³⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juillet 1995, cité par Olivier Laligant, *op. cit.*, p. 388.

⁶⁴⁰ Arrêt du Trib. com. Paris du 1^{er} mars 1996, cité par Olivier Laligant, *ibid.*

⁶⁴¹ Ch. Atias, *La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique*, D.S. 1997, n°7, Chron., p. 44, cité par Olivier Laligant, *ibid.*

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, « Note bibliographique sous O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 274.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

Il nous semble donc bien au contraire que cet ouvrage d'Olivier Laligant, aussi pertinent soit-il lorsqu'il explicite les raisons de la crise du concept d'originalité, *ne fait finalement qu'alimenter cette dernière*. Car loin d'unifier les différentes acceptions du concept clef de la protection du droit d'auteur, il en propose une troisième encore plus obscure.

Paragraphe 2 : Un concept d'originalité incapable de supplanter la dichotomie idée-forme

L'originalité du XXe siècle, soit la solution aux errements dichotomiques autour des concepts d'idée et de forme selon certains auteurs, est ainsi une notion écartelée par les différentes doctrines développées depuis la Révolution française.

Comment alors construire un système juridique sur des bases si fragiles ? Comment assurer la sécurité juridique aux auteurs lorsque la doctrine s'écharpe sur un concept inharmonieux que la plupart des juges n'arrivent pas à maîtriser ?⁶⁴⁷

Un auteur cherchant à protéger sa création doit-il se tourner vers les jurisprudences traditionnelles du XXe siècle qui envisagent l'originalité selon l'empreinte de la personnalité de l'auteur ? Ou doit-il se pencher vers une autre tradition, plus ancienne, protégeant les créations nouvelles par le droit d'auteur ? Ou encore vers la jurisprudence, plus récente, qui envisage la protection de l'apport intellectuel de l'auteur ?

⁶⁴⁷ En atteste la liste des expressions utilisées par les juges du fond lorsqu'il leur revient de caractériser l'originalité d'une création : l'originalité serait ainsi caractérisée par un : « *travail purement personnel* (Cass. civ., 27 mai 1942 : S. 1942, I, p. 124), *empreinte personnelle* (CA Paris, 4e ch., 1er avr. 1957 : D. 1957, p. 436, 1re esp.), *tempérament et style propre de l'auteur* (Cass. 1re civ., 1er juill. 1970 : D. 1970, p. 734, note B. Edelman), *empreinte d'une composition et d'un style personnels* (TGI Paris, 3e ch., 6 juill. 1972 : D. 1972, jurispr. p. 628, note C. Pactet), *empreinte du talent créateur personnel* (Cass. 1re civ., 13 nov. 1973 : D. 1974, jurispr. p. 533, note C. Colombet), *formule personnelle* (Cass. 1re civ., 18 juin 1975 : Bull. civ. I, n° 204), *sceau de la personnalité de l'auteur* (TGI Paris, 3e ch., 21 janv. 1977 : RIDA 2/1977, p. 169), *choix exprimant la personnalité de l'auteur* (CA Paris, 4e ch., 30 janv. 1981 : D. 1982, inf. rap. p. 41, obs. Colombet), *ton personnel* (TGI Paris, 1re ch., 24 mars 1982 : JCP G 1982, II, 19901, note G. Bonet), *reflet de la personnalité de l'auteur* (CA Paris, 4e ch., 29 juin 1989 : Cah. dr. auteur 1989, p. 18), *marque de la personnalité de l'auteur* (CA Paris, 11e ch., 23 nov. 1982 : D. 1983, inf. rap. p. 512, obs. C. Colombet), *empreinte de la personnalité de l'auteur* (CA Paris, 4e ch., 16 mai 1994 : RIDA 4/1994, p. 474), *expression de la personnalité de l'auteur* (TGI Paris, 27 avr. 1984 : RIDA 1/1985, p. 192), *effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leur auteur* (Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 10-16.063 et n° 10-30.676 : Propr. intell. 2013, n° 48, p. 286, obs. A. Lucas ; RTD com. 2013, p. 699, obs. F. Pollaud-Dulian), *œuvre reflétant l'imagination et la personnalité* (TGI Paris, 3e ch., 13 oct. 1994 : RD propr. intell. juin 1995, p. 25 », liste proposée par Carine Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur . – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Lexis360.

L'avocat qui se renseignera avant de défendre son client des griffes du contrefacteur va-t-il trouver la lumière de la doctrine d'Henri Desbois ou de celle d'Ivan Cherpillod ? A moins qu'il ne décide de se tourner vers celle d'Olivier Laligant, ou encore d'une autre.

Ces différentes questions restées pour le moment sans réponse se retrouvent par ailleurs également à l'international, la question de l'originalité n'étant alors clairement tranchée nulle part⁶⁴⁸. La signature de la Convention de Berne en 1886 par de nombreux pays, dont la France, n'y change rien, celle-ci s'intéressant davantage à la reconnaissance internationale du droit d'auteur – notamment via une durée des droits harmonisée et l'absence de tout formalisme à la protection – qu'à la justification de la protection par une exigence d'originalité qui ne sera pas citée directement ou implicitement une seule fois⁶⁴⁹.

Plusieurs conceptions de l'originalité existent d'ailleurs dans différents États, certaines s'opposant presque à la fin du XXe siècle. En effet, si la doctrine majoritaire en France considère que l'originalité est relative à l'empreinte de la personnalité de l'auteur, les pays de *common law* appliquent quant à eux une toute autre doctrine. Aux États-Unis par exemple, l'originalité a été caractérisée par la doctrine dite de la « sueur du front » jusqu'au célèbre arrêt *Feist* rendu en 1991 par la Cour Suprême⁶⁵⁰. Au Royaume-Uni l'affaire est encore (!) différente, le juge britannique admettant le plus souvent la protection aux créations qui ont nécessité le travail, la compétence ainsi que le discernement de l'auteur⁶⁵¹...

Le concept d'originalité de la fin du XXe siècle est ainsi un concept à *définition variable* qui n'accorde personne et oppose presque tout le monde⁶⁵².

⁶⁴⁸ Lire pour plus de renseignement l'ouvrage de Jean-Michel Bruguière, *Droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, 2017.

⁶⁴⁹ D. Gervais dans « Originalité(s) » et V. Laure Benabou dans « L'originalité, un Janus juridique », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 395 et 18.

⁶⁵⁰ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 345 (1991) : la Cour Suprême impose désormais aux auteurs réclamant la protection de leurs créations d'avoir fait preuve d'originalité, c'est-à-dire d'un minimum de créativité : « *Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity* », cité par J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 263. Bien entendu, cette définition étasunienne de l'originalité ne rejoint pas la ou les définitions françaises du concept au XXème siècle.

⁶⁵¹ *Ladbroke v. William Hill* [1964] 1 All ER 465, 469, cité par J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 263.

⁶⁵² Poussant même certains à contester, certes un peu tardivement, sa constitutionnalité... *Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 2, 11 avril 2014 – n° 13/23575*.

Et puisque tous les critères de la protection du droit d'auteur posent des difficultés en doctrine mais aussi sur le terrain judiciaire, il en découle fatalement une importante insécurité juridique qui frappe toute la matière, auteurs en tête. C'est dans cette situation de fait, qui durera jusqu'au début du XXI^e siècle, que le concept d'originalité est resté bien incapable de supplanter la dichotomie idée-forme.

Conclusion de la partie : La crise des concepts d'idée, de forme et d'originalité

Les concepts d'idée, de forme et d'originalité, censés déterminer les contours de la protection du droit d'auteur, sont en crise. Les deux premiers encombrant en effet autant le juge que la doctrine et la notion d'originalité n'a fait qu'apporter plus d'instabilité à une bâtisse déjà bien fragilisée par l'absence de définition « officielle » de ces concepts litigieux.

Si les auteurs valident aujourd'hui presque tous la doctrine accordant la protection à la création intellectuelle dotée d'une forme originale à l'exclusion donc des idées censées rester de libre parcours, tous s'accordent également sur la difficile appréhension concrète de ces concepts.

Les quelques rares osant s'opposer au dogme traditionnel ont depuis longtemps rendu les armes : si l'originalité envisagée seule pourrait potentiellement permettre de dépasser les difficultés de la dichotomie idée-forme, encore faudrait-il arriver à définir précisément la notion. Tâche ardue sinon impossible au XXe siècle, où le concept d'originalité est frappé d'une profonde incohésion, étant appréhendé différemment selon les époques, les doctrines mais également les pays.

*

Serait-ce là la fin de l'histoire du droit d'auteur ?⁶⁵³ Nous ne le pensons pas. Car surmonter cette difficulté, c'est assurer aux auteurs une sécurité juridique certaine et une défense effective de leurs droits.

Laisée de côté par un législateur qu'on imagine bien embarrassé, cette tâche va être relevée au cours du XXIe siècle par la Cour de justice de l'Union européenne.

L'harmonisation et la modernisation de la condition d'originalité à l'échelle européenne devrait permettre de repenser puis de dépasser les errements de la dichotomie idée-forme. Le renouveau européen de la condition d'originalité pourrait ainsi être en mesure de faire enfin entrer le droit d'auteur dans l'air du temps.

⁶⁵³ F. Fukuyama, *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*, Paris, Flammarion, coll. Histoire, 1992, 452 p.

Partie 2 : La pertinence de la dichotomie idée-forme à l'aune d'un concept d'originalité renouvelé

Alors que le concept d'originalité était jusqu'alors éclaté par une doctrine qui s'écharpait sur sa véritable caractérisation, le juge français va affiner sa position au début du XXI^e siècle. Au fur et à mesure de ses décisions, celui-ci va ainsi notamment proposer de s'intéresser aux choix de l'auteur, lesquels permettraient de refléter sa personnalité dans la création et d'assurer *in fine* la protection de cette dernière par le droit d'auteur.

Cette solution française va par la suite être validée, confirmée puis imposée par le juge de l'Union européenne à l'ensemble des juridictions de l'Union. Mais loin de prendre position et d'opposer encore davantage les doctrines de l'originalité subjective et celles de l'originalité objective, les jurisprudences de la CJUE vont s'attacher à unifier ces deux conceptions inutilement opposées par la doctrine, afin d'enfin apporter sécurité juridique et harmonie en France et sur le territoire de l'Union (Chapitre 1).

Le débat de la fin du XX^e siècle entre les partisans, ou non, de la dichotomie idée-forme traditionnelle, devrait ainsi être relancé à l'aune d'une originalité modernisée et surtout harmonisée par le juge de la CJUE, ce afin de débattre de nouveau de la pertinence du recours à la dichotomie opposant l'idée et la forme.

Il s'agira ainsi de vérifier si l'originalité n'est finalement pas la seule véritable condition d'application du droit d'auteur, comme l'affirmaient déjà au cours du siècle dernier certains auteurs comme Ivan Cherpillod (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le renouveau du concept d'originalité dans les jurisprudences françaises et européennes

Les juges de la CJCE vont entamer en 2009 par l'arrêt *Infopaq*⁶⁵⁴ une harmonisation européenne du concept d'originalité qu'ils vont prolonger dans leurs jurisprudences postérieures. Avant eux, le juge français avait déjà amorcé la modernisation du concept litigieux (Section 1).

⁶⁵⁴ C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq*.

Outre le fait d'apporter une véritable stabilité au droit positif à propos des conditions à la protection, l'originalité nouvellement définie permet également le rapprochement des positions doctrinales opposant traditionnellement originalité subjective et objective. Ce rapprochement ne s'est fait qu'en surface, puisque le juge de l'Union européenne semble en réalité trancher bien davantage en faveur d'une originalité plus objective, s'affranchissant dès lors des difficultés relatives à la détermination du reflet de la personnalité de l'auteur dans son œuvre (Section 2).

Section 1 : La détermination de l'originalité par le juge français *via* les choix de l'auteur

Afin d'éviter de recourir laborieusement aux critères permettant traditionnellement de caractériser l'originalité d'une création par le reflet de la personnalité de l'auteur dans son œuvre, le juge français va peu à peu prendre le parti de se pencher vers une analyse plus objective de la création afin d'assurer ou non à cette dernière la protection par le droit d'auteur.

Prenant ainsi à rebours l'approche subjective d'auteurs comme Henri Desbois, le juge français du XXI^e va adopter le critère des choix avant de le démocratiser en droit commun du droit d'auteur (Paragraphe 1).

Si le critère des choix est désormais plébiscité dans la plupart des jurisprudences françaises s'intéressant à l'originalité des créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur, il reste encore à déterminer précisément les contours du choix attendu par le juge.

Car, pour que celui-ci révèle en effet la personnalité du créateur, seule possibilité pour maintenir le lien indispensable qui existe entre un auteur et son œuvre, il doit revêtir certaines qualités. Elles ont été précisées en jurisprudences (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le recours au critère des choix de l'auteur

Si ce critère avait déjà pu être entrevu dans certaines jurisprudences françaises des XIX^e et XX^e siècles, c'est la modernisation de la matière artistique qui va amener le juge à renouveler les conditions de la protection du droit d'auteur afin de considérer pleinement le critère des choix.

La nécessité de s'émanciper d'une approche traditionnelle et subjective de l'originalité s'accordant mal avec les nouvelles créations artistiques explique et justifie le recours au critère

des choix de l'auteur afin de vérifier si une création est protégée ou non par le droit d'auteur (Sous-paragraphe 1).

Démocratisé en droit commun du droit d'auteur et discuté en doctrine, le critère des choix va être précisé dans les nombreuses jurisprudences y faisant référence. L'étude de ces dernières nous permettra de dessiner les contours des choix de l'auteur nécessaires à la détermination de l'originalité par le juge. Il nous apparaîtra ainsi que, si les choix de l'auteur sont indispensables à la protection, ils doivent encore revêtir un caractère particulier, celui de la créativité (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : La justification du recours au critère des choix

La démocratisation par le juge du recours au critère des choix de l'auteur afin de caractériser l'originalité d'une œuvre au XXI^e siècle s'explique selon nous par la multiplication des créations de « petite monnaie » postulant à la protection du droit d'auteur. Celle-ci invite à repenser le débat du XX^e siècle opposant notamment les doctrines d'Henri Desbois et d'Ivan Cherpillod sur l'acceptation de la condition d'originalité à retenir, et ce afin de dépasser l'approche purement subjective de la condition d'originalité.

1. L'opposition des doctrines d'Ivan Cherpillod et d'Henri Desbois remise au goût du jour

Comme nous avons déjà pu le voir, le droit d'auteur du XX^e siècle a été marqué par une opposition doctrinale très vive entre les partisans d'une originalité subjective rattachée au reflet de la personnalité de l'auteur⁶⁵⁵ et ceux d'une originalité plus objective qui se rapprocherait d'une exigence de nouveauté⁶⁵⁶.

Nul besoin de se pencher de nouveau sur les deux approches qui comportent chacune intérêts et inconvénients, ce travail ayant déjà été réalisé en première partie. En revanche, force est de constater que l'un des principaux reproches fait à l'originalité subjective soutenue par Henri Desbois⁶⁵⁷ est d'autant plus prégnant que les créateurs du XXI^e siècle continuent d'emprunter avec force le chemin préalablement battu par les auteurs du siècle précédent. Ainsi, les créations

⁶⁵⁵ H. Desbois., *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵⁶ « *L'originalité est ainsi un degré supérieur de nouveauté* », I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁵⁷ Qui est que le fait de ne retenir que le critère du reflet de la personnalité de l'auteur pourrait rendre la protection par le droit d'auteur à certaines créations de « petite monnaie » quasiment impossible.

logicielles ou publicitaires, audiovisuelles ou conceptuelles, bref celles de la « petite monnaie » du droit d'auteur sont désormais légion et doivent pouvoir être appréhendées justement par le juge autrement que par des artifices au mieux spécieux⁶⁵⁸.

L'opposition entre les doctrines subjective et objective du concept d'originalité s'est donc retrouvée frappée de plein fouet par une réalité artistique du XXI^e siècle poussant à l'évidence : à moins d'écarter de la protection du droit d'auteur de nombreuses créations pourtant susceptibles d'être protégées, l'approche purement subjective de l'originalité n'est judiciairement plus tenable au XXI^e siècle. Le concept d'originalité doit donc être renouvelé, modernisé et adapté aux nouvelles créations postulant à la protection du droit d'auteur.

2. La nécessité de dépasser l'approche purement subjective de l'originalité

Sans prendre clairement position pour ou contre l'une des deux conceptions de l'originalité préalablement exposées, plusieurs auteurs s'accordent sur l'incompatibilité du critère (pas si⁶⁵⁹) traditionnel de l'originalité avec cette nouvelle approche artistique des XX^e et XXI^e siècles.

Nadia Walravens expose ainsi notamment que « *[l]'image d'une œuvre dans laquelle la sensibilité de l'artiste se déduirait des traces laissées par la gestuelle de l'artiste, de manière évidente, est désormais insuffisante pour illustrer la création contemporaine* »⁶⁶⁰. Et si le reflet de la personnalité reste toujours un critère acceptable et adéquat pour accueillir un certain nombre de créations dans le champ de protection du droit d'auteur, celui-ci s'avère en réalité « *plus difficilement perceptible que par le passé* »⁶⁶¹, s'agissant des créations appartenant à la « petite monnaie » du droit d'auteur⁶⁶². Cette analyse, d'autres l'avaient déjà faite comme Ivan Cherpillod⁶⁶³ lorsqu'il estimait, s'agissant de ces nouvelles créations, que « *l'originalité, comprise comme étant le reflet d'une personnalité, constitue probablement un critère trop*

⁶⁵⁸ Souvenons-nous de ceux d'Henri Desbois qui, au moment d'évoquer l'originalité des compilations et des traductions évoquait le « *risque de trahir [...] [du] danger [qui est une preuve, à lui seul], de la qualité d'auteur de celui qui le court* ». H. Desbois, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵⁹ Car l'approche d'Henri Desbois n'est pas celle d'Eugène Pouillet, qui assimilait originalité et nouveauté.

⁶⁶⁰ N. Walravens, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² A noter toutefois que si cette autrice admet les faiblesses de l'originalité subjective, elle ne défend pour autant pas l'acception objective du concept qui ne « *convient pas [...] aux œuvres d'art contemporaines* », au contraire de l'approche subjective de l'originalité, malgré tous ses défauts, N. Walravens, *op. cit.*, p. 418.

⁶⁶³ Mais également M. Vivant « *qu'il serait amusant de soumettre au critère traditionnel d'originalité [...] l'Urinoir de Duchamp ou le Carré sur fond blanc de Malevitch. Il y a fort à parier qu'ils auraient du mal à passer l'examen avec succès* », cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 193, elle-même citant A. Maffre-Baugé, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Faculté de droit - Université de Montpellier I, 1997, p. 285.

exigeant, dont l'adoption pourrait exclure systématiquement de la protection des œuvres »⁶⁶⁴. Il en va de même pour Alain Strowel qui expliquait également en 1992 que « *le critère de l'originalité subjective s'applique mal à cette dernière forme d'art qui radicalise la tendance générale de l'art depuis le XIXe siècle à dépersonnaliser l'œuvre* »⁶⁶⁵ et pour Carine Bernault qui précisait en 2010, à propos des œuvres des arts appliqués, qu'« *il faut reconnaître qu'au-delà des mots, on a bien du mal à caractériser concrètement l'empreinte de la personnalité de l'auteur* »⁶⁶⁶.

Il existerait ainsi un véritable décalage entre « *l'art contemporain et le droit* »⁶⁶⁷, décalage que l'on peut donc étendre au-delà des seules frontières de cette forme d'art⁶⁶⁸. Car si l'empreinte de la personnalité de l'auteur semble effectivement être parfois présente au sein de ces nouvelles créations⁶⁶⁹, elle est dans le même temps « *indicible* »⁶⁷⁰, ce qui la rend forcément imperceptible par les tribunaux.

Doit-on pourtant en déduire que ces mêmes tribunaux, appliquant le concept subjectif de l'originalité, refusent la protection à toutes ces créations de la « petite monnaie » du droit d'auteur ? Pas du tout ! Et c'est ici que la singularité de l'affaire apparaît. Car les juridictions françaises ont pendant longtemps continué à se tourner vers la conception subjective de l'originalité afin de rendre jurisprudence. Ainsi, ces juridictions, pour accorder la protection à

⁶⁶⁴ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁶⁵ A. Strowel, ALAI, Congrès de la Mer Egée II, p. 401, cité par N. Walravens, *ibid.*, p. 428.

⁶⁶⁶ C. Bernault, « L'originalité dans les œuvres des arts appliqués », *Communication commerce électronique n°9*, Septembre 2010, étude 18.

⁶⁶⁷ N. Walravens, *op. cit.*, p. 192.

⁶⁶⁸ L'inadéquation du critère traditionnel de l'originalité empreinte de la personnalité de l'auteur se vérifierait aussi en dehors du « *domaine strictement littéraire et artistique* ». Agnès Maffre-Baugé explique ainsi que le critère d'originalité poserait « *particulièrement problème* » aux « *dessins publicitaires et slogans* », aux « *titres* », aux « *œuvres architecturales* », aux « *œuvres photographiques* » mais encore aux œuvres logicielles ou celles de compilation, voir A. Maffre-Baugé, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Faculté de droit - Université de Montpellier I, 1997, p. 289 et suivantes.

⁶⁶⁹ Comme l'indique Nadia Walravens, la personnalité des auteurs serait effectivement présente au sein des œuvres d'art contemporaines. Il en irait ainsi pour le *Carré blanc sur fond blanc* (1918) de Kasimir Malevitch, lequel s'exclamait avec force « *j'ai trouvé l'abat-jour bleu des limitations colorées, je suis sorti dans le blanc, voguez à la suite, camarades aviateurs, dans l'abîme, j'ai établi les sémaphores du Suprématisme. J'ai vaincu la doublure du ciel coloré après l'avoir arrachée, j'ai mis les couleurs dans le sac ainsi formé et j'y ai fait un nœud. Voguez ! L'abîme libre blanc, l'infini sont devant vous* », cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 195. Nadia Walravens conclut alors de cette citation que Kasimir Malevitch « *a laissé des œuvres chargées d'émotion, quasi mystiques, empreintes d'une sensibilité exacerbée* », qu'il a donc su exprimer sa personnalité, laquelle serait perceptible par le regardeur. Si nous partageons l'analyse de Nadia Walravens sur la présence évidente de la personnalité de l'auteur dans cette œuvre, nous émettons en revanche plus de doute sur l'existence d'une véritable perception « *par le regardeur* » de l'émotion de l'auteur. Cette empreinte de la personnalité de l'auteur, cette émotion, est-elle en effet objectivement exprimée dans cette œuvre ? Ou ne serait-elle pas plutôt « *indéfinissable* », donc imperceptible ? L'originalité de ces tableaux devrait selon-nous se chercher et se trouver autre part : les émotions provoquées par l'artiste contemporain devraient en effet rester en dehors du champ de protection du droit d'auteur.

⁶⁷⁰ N. Walravens, *op. cit.*, p. 191.

des créations mettant difficilement en exergue l’empreinte de la personnalité de l’auteur tout en restant malgré tout dans les clous de l’originalité subjective, ont finalement recours à des artifices qui consistent généralement en « *des références obligées à l’empreinte de la personnalité de l’auteur, qui relèvent souvent de la pure incantation verbale* »⁶⁷¹.

Il en ira par exemple ainsi dans un arrêt de la cour d’appel de Paris qui jugera qu’une affiche publicitaire est originale car elle ne se voit opposer « *aucune antériorité de toutes pièces* »⁶⁷² pour finalement en déduire qu’elle porte « *l’empreinte personnelle de son auteur* »⁶⁷³. Dans une autre affaire plus récente, le juge de la cour d’appel de Douai accordera la protection du droit d’auteur à un « *aménagement de magasin* »⁶⁷⁴ qui se « *distingu[er]ait des agencements pouvant appartenir au même style* »⁶⁷⁵ et qui porte donc, forcément, « *l’empreinte de la personnalité* »⁶⁷⁶ de son auteur. Drôle de personnalité !⁶⁷⁷ Mais quoi de plus normal que de voir le juge rattacher à ces créations la doctrine majoritaire du droit d’auteur français qui se tourne, depuis les travaux d’Henri Desbois, vers une conception purement subjective de l’originalité ?

La situation va toutefois peu à peu évoluer en jurisprudences. Si le juge continue toujours d’évoquer, souvent artificiellement, l’empreinte de la personnalité de l’auteur dans son œuvre,

⁶⁷¹ A. Lucas, *Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1159 : Objet du droit d’auteur. Œuvres protégées. Œuvres publicitaires (CPI, art. L. 112-2)*, Jurisclasseur, Lexis Nexis, pt. 29.

⁶⁷² CA Paris, 4e ch., 22 mars 1988 : *Cah. dr. auteur mai 1988*, p. 24, cité par A. Lucas, *Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1159 : Objet du droit d’auteur. Œuvres protégées. Œuvres publicitaires (CPI, art. L. 112-2)*, Jurisclasseur, Lexis Nexis, pt. 29.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ CA Douai, 2e ch., 2e sect. 16 mars 2017, cité par A. Lucas, *Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1159 : Objet du droit d’auteur. Œuvres protégées. Œuvres publicitaires (CPI, art. L. 112-2)*, Jurisclasseur, Lexis Nexis, pt. 29.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ Citons également à titre d’exemple les commentaires d’Olivier Laligant s’agissant de certaines décisions de justice renvoyant artificiellement à la notion « d’empreinte de la personnalité » : « [l]’expression « *empreinte de la personnalité* », fréquente dans les décisions, est habituellement une formule vide, stéréotypée, sans aucun rapport avec la nature de l’œuvre en cause, comme ce fut par exemple le cas dans une décision de la Cour de Paris relative à la protection par le droit d’auteur d’un modèle de demi-coque de bateau (Paris 31 janvier 1994), ou sans rapport aucun avec les conditions de création collective de l’œuvre en cause, comme ce fut le cas dans une décision de la Cour de Paris relative à la protection par le droit d’auteur d’un modèle de briquet réalité par un bureau d’étude (Paris 22 mai 1980). Pour illustrer, cet emploi du critère de l’empreinte de la personnalité vidé de toute substance, nous ne retiendrons donc qu’un exemple, assez significatif... Dans un arrêt de la Cour de Paris, en date du 7 janvier 1990, il a été affirmé, à propos d’une carte de géographie, que celle-ci reflète la personnalité de son auteur », par la combinaison et le choix de plusieurs éléments qui la distinguent de tous les autres (Paris 7 janvier 1990). Déjà moins stéréotypée est, par exemple, la rédaction adoptée par le Tribunal de commerce de la Seine dans un jugement du 24 avril 1953, dans lequel les juges ont admis l’originalité de photographies, illustrant les combats anglo-égyptiens de 1952, en relevant que « le reporter photographe manifeste incontestablement sa personnalité en captant, souvent au péril de sa vie et à grand frais, les scènes les plus saisissantes des événements mondiaux, que l’esprit d’opportunité dont il fait preuve, le pittoresque et le dramatique de la situation qu’il fixe sur sa pellicule confèrent à son œuvre une empreinte personnelle lui donnant droit à une propriété particulière qu’il convient de protéger » (Trib. com. Seine 24 avril 1953) ». O. Laligant, *La véritable condition d’application du droit d’auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1999, p. 72.

celui-ci a recours, de plus en plus régulièrement, à un critère plus objectif et pragmatique, relatif aux choix de l'auteur. Car finalement, ce sont toutes ces « *interrogations, suscitées par la rencontre du droit d'auteur avec la technique et ses évolutions qui ont peu à peu conduit à l'opinion*⁶⁷⁸ *que le personnalisme ne permettait pas de répondre efficacement aux enjeux soulevés par la technique* ». ⁶⁷⁹

Sous-paragraphe 2 : Un critère moderne et objectif⁶⁸⁰, révélateur de la personnalité de l'auteur

Le critère des choix de l'auteur pour caractériser l'originalité d'une œuvre de l'esprit n'est pas véritablement nouveau dans le paysage juridique français et européen.

Celui-ci avait en effet déjà pu être mis en avant par certains auteurs⁶⁸¹ et par le législateur. Ce critère des choix se retrouve ainsi en droit interne, et ce depuis la loi de 1957⁶⁸². L'article L112-3 du Code de la propriété intellectuelle admet toujours aujourd'hui la protection des « *anthologies* »⁶⁸³, des « *recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données* »⁶⁸⁴ qui constituent des créations intellectuelles « *par le choix ou la disposition des matières* »⁶⁸⁵ de leur auteur. Ce critère est également employé en droit de l'Union européenne, notamment par la directive du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données. Elle envisage en son article 3 l'originalité desdites bases de données « *par le choix ou*

⁶⁷⁸ Doctrinale et judiciaire.

⁶⁷⁹ A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français, Etude de l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, Bibliothèque de droit privé, Tome 606, 2021, p. 65.

⁶⁸⁰ Ce qui n'est pas l'avis de toute la doctrine, voir notamment Nadia Walravens qui voit ainsi dans le critère du choix un critère *subjectif*, N. Walravens, « Le choix, critère déterminant de l'originalité de *Paradis* », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N°19, 1^{er} septembre 2006.

⁶⁸¹ Eugène Pouillet faisait ainsi régulièrement mention des choix de l'auteur afin de déterminer la protection d'une création par le droit d'auteur. Il en allait par exemple ainsi à propos des compilations (« *le choix de ces éléments, l'ordre la méthode avec laquelle ils sont présentés constituent incontestablement une production de l'esprit* ») ou des photographies (« *dans le choix du sujet, de l'heure pour obtenir certains effets de lumière* », selon les propos de M. l'avocat impérial Bachelier, cités par notre auteur). E. Pouillet, *op. cit.*, p. 47 et p. 131.

⁶⁸² Il était d'ailleurs déjà employé dans l'article 4 de la loi de 1957 : « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par la présente loi, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologie ou recueils d'œuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.* »

⁶⁸³ Article L112-3 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* ».

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*

la disposition des matières »⁶⁸⁶ qui vont permettre la caractérisation de créations intellectuelles, protégées à ce titre par le droit d'auteur. Il l'a encore été dans certaines conventions ou traités internationaux comme la convention de Berne⁶⁸⁷, le traité de l'OMPI⁶⁸⁸ ou encore les accords ADPIC⁶⁸⁹.

Ce critère des choix n'est donc certes pas nouveau, mais n'avait, à la fin du XXe siècle, qu'un champ d'application législatif extrêmement réduit et limité à des créations très précises, *a priori* incompatibles avec l'approche purement subjective de la condition d'originalité.

C'est donc par ses jurisprudences que le juge français va venir véritablement moderniser le critère puis le démocratiser à l'ensemble de la matière entraînant, dès lors, la naissance de nouveaux débats doctrinaux s'agissant des conditions à la protection du droit d'auteur.

En tout état de cause, l'étude des jurisprudences françaises de la fin du XXe et du début du XXIe siècle nous permettra de dessiner plus clairement les contours du critère objectif relatif aux choix de l'auteur.

1. Les jurisprudences françaises s'intéressant aux choix de l'auteur

Certaines créations litigieuses vont pousser le juge français à prendre le pari de s'affranchir quelque peu de l'approche traditionnelle de l'originalité subjective en adoptant une vision plus pragmatique du concept, *via* le critère des choix de l'auteur.

Si ce critère avait déjà pu être utilisé en jurisprudence dans certaines situations particulières, sa démocratisation judiciaire est finalement relativement récente.

⁶⁸⁶ Article 3 alinéa 1^{er} de la *Directive 96/9/CE* du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données : « Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection ».

⁶⁸⁷ Article 2 §5 de la Convention de Berne de 1979 : « Les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils ».

⁶⁸⁸ Article 5 du traité de l'OMPI de 1996 : « Les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation ».

⁶⁸⁹ Article 10 §2 des accords ADPIC de 1995 : « Les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes ».

a. Un critère latent dans les jurisprudences françaises

D'abord employé par le juge pour caractériser notamment l'originalité des œuvres logicielles et photographiques, le critère des choix fût finalement adopté afin de déterminer la protection de nombreuses autres créations.

i. Le critère des choix et la création logicielle

Outre la remise en question judiciaire de l'acception subjective du concept d'originalité, le célèbre arrêt *Pachot*⁶⁹⁰ a également eu pour effet de faire véritablement apparaître en jurisprudence la notion de « choix » en matière de création logicielle. Au contraire de l'arrêt de la cour d'appel, cette décision de justice ne fait pourtant pas explicitement mention des « choix » de l'auteur et se contente d'évoquer, comme nous l'avons déjà remarqué, l'« effort personnalisé »⁶⁹¹ et la marque de l'« apport intellectuel »⁶⁹² de l'auteur de l'œuvre logicielle. Toutefois, en validant l'arrêt des juges du fond qui mentionnaient, pour leur part, ce critère des choix⁶⁹³, les juges de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avalisent *in fine* et dans le même temps ledit critère car, comme ont pu le dire des auteurs, l'exigence de l'apport intellectuel reflète « pour l'essentiel, [les] choix »⁶⁹⁴ de l'auteur de l'œuvre logicielle⁶⁹⁵.

Le pas de la prose ne sera ainsi véritablement franchi que quelques années plus tard, dans l'arrêt *Isermatic*⁶⁹⁶. Dans cette jurisprudence du 16 avril 1991 relative à l'épineuse question de l'originalité d'une création logicielle, les juges vont considérer « que le contenu des « modules mémoires » et les indications de traçage résultaient de choix créatifs caractéristiques de véritables programmes ». Cette fois, ce sont donc bien les choix de l'auteur qui vont ainsi permettre d'apprécier « l'originalité [de l'œuvre logicielle] au regard de l'apport personnel de l'auteur »⁶⁹⁷.

⁶⁹⁰ Ass. plén., 7 mars 1986, no 83-10.477, *Babolat c/ Pachot*.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Cour d'appel de Paris, chambre 4, du 02 novembre 1982* : « l'élaboration "d'un" programme d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression, et que les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages, entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité ».

⁶⁹⁴ J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 294.

⁶⁹⁵ Il est toutefois à noter que cela n'était pas l'avis du Conseiller Jonquères, lequel expliquait dans son rapport sur l'arrêt *Pachot* que les seuls choix de l'auteur de la création logicielle ne devaient pas permettre de constater l'originalité de ladite création. *RD propr. ind.* 1986, p. 213, n°85.

⁶⁹⁶ *Cass. 1^{er} civ.*, 16 avril 1991, n°89-21.071, cité par A. Portron, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

Dans ces deux jurisprudences pourtant relatives aux seules créations logicielles, les juges de la Cour de cassation parachèvent ainsi l'avènement d'une nouvelle conception de l'originalité, plus objective, déterminée par les choix de l'auteur. Il appartient ainsi aux juges de vérifier l'existence des choix de l'auteur de la création avant d'accorder ou non la protection à cette dernière, selon la teneur des choix effectivement réalisés. Cette vérification devant être réalisée sans avoir à s'intéresser à la question de la personnalité de l'auteur de la création, elle est donc objective.

*

Par la suite, ce critère des choix sera encore employé dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 février 2004, dans lequel la cour démontre « *l'originalité de l'œuvre* »⁶⁹⁸ logicielle en cause par les « *choix spécifique[s]* »⁶⁹⁹ opérés par l'auteur, qui démontrent *in fine* son « *effort créatif* »⁷⁰⁰ et justifient dès lors la protection d'un logiciel par le droit d'auteur. Il en ira de même dans un autre de la même cour, en date du 6 février 2009, lequel indique que les contrefacteurs qui arguent en justice l'absence de protection d'un progiciel⁷⁰¹ par le droit d'auteur doivent démontrer en quoi « *ce progiciel ne relèverait que d'une logique automatique et contraignante et ne serait pas le fruit de choix personnels s'inscrivant dans une structure individualisée* »⁷⁰².

Le critère des choix est donc le seul à permettre de révéler judiciairement la personnalité de l'auteur de l'œuvre logicielle. D'ailleurs, les juges iront quelques fois jusqu'à admettre l'originalité de l'œuvre logicielle par la seule présence des choix de l'auteur⁷⁰³.

⁶⁹⁸ CA Paris, 4e ch., 4 févr. 2004, n° 2002/15294 : JurisData n° 2004-235864 ; Expertises 2004, p. 156 et 146, note C. Bernault.

⁶⁹⁹ Ibid.

⁷⁰⁰ Ibid.

⁷⁰¹ Un « progiciel » est, selon la définition donnée par le Journal Officiel du 17 janvier 1982, un « ensemble complet et documenté de programmes conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction ».

⁷⁰² CA Paris, 4e ch. B, 6 févr. 2009, n° 07/11873 : JurisData n° 2009-002287.

⁷⁰³ T. com. Bobigny, 7e ch., 20 janv. 1995: RIDA 4/1995, p. 324 ; CA Paris, 4e ch., 23 oct. 1998 : Expertises 1999, p. 31 ; CA Paris, Pôle 5, 1re ch., 24 nov. 2015 ; CA Paris, Pôle 5, 1re ch., 10 mai 2016.

ii. Le critère des choix et la création photographique

D'abord réservé aux créations logicielles, ce changement d'acception judiciaire du critère de l'originalité va finir par concerner d'autres types de créations, et tout d'abord celles appartenant à l'univers photographique, ce qui avait pu être « anticipé » par un auteur⁷⁰⁴.

Il en ira par exemple ainsi dans un arrêt de la cour d'appel de Dijon du 7 mai 1996 qui va déterminer l'originalité d'une photographie par l'existence « *d'un certain nombre de choix, notamment quant à l'éclairage et l'utilisation corrélative du matériel* »⁷⁰⁵. Un autre, du 9 mars 1999, considèrera comme originale une photographie de plateau car l'empreinte de la personnalité de l'auteur se reflétait dans « *la liberté des choix techniques (objectif, pellicule, éclairage, temps d'exposition) et, également la liberté des choix artistiques (cadrage, composition de l'image, lumière et rapports de couleurs, choix d'une expression et/ou d'un mouvement* »⁷⁰⁶.

La protection sera également accordée aux créations d'un photographe d'œuvres d'art qui aura choisi « *la nature de l'éclairage et les angles de prises de vues* »⁷⁰⁷ et qui aura fait donc « *preuve de créativité portant l'empreinte de sa personnalité* »⁷⁰⁸, ou de celle d'un autre dont l'originalité de l'œuvre sera découverte « *au travers du choix délibéré des éclairages, de l'objectif, des filtres et du cadrage ou de l'angle de vue* »⁷⁰⁹ et qui aura exprimé, de fait, « *sa propre personnalité* »⁷¹⁰. Pareille décision sera par ailleurs renouvelée un certain nombre de fois⁷¹¹. Cette assimilation de l'originalité aux choix de l'auteur⁷¹² n'échappera toutefois pas aux critiques d'une partie de la doctrine.

Pour Nadia Walravens, il est ainsi « *de jurisprudence constante que le choix est le critère déterminant de la protection du droit d'auteur* »⁷¹³ s'agissant de la protection des créations

⁷⁰⁴ E. Pouillet, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁰⁵ *Cour d'appel de Dijon du 7 mai 1996*, cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ *Cour d'appel de Paris du 5 mai 2000*, cité par N. Walravens, *ibid.*

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *CA Paris du 26 septembre 2001*, cité par N. Walravens, *ibid.*, p. 153.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *CA Dijon, 7 mai 1996* : D. 1998, somm. p. 189, obs. C. Colombet ; *Gaz. Pal.* 1998, somm. p. 514 ; *TGI Paris, 14 sept. 2004* : *RTD com.* 2004, p. 721, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CA Paris, 4e ch. B, 27 janv. 2006*, n° 04/02645 : *JurisData* n° 2006-292630 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 60, obs. C. Caron ; *RIDA oct. 2006*, n° 210, p. 191, obs. P. Sirinelli.

⁷¹² Puisqu'en l'espèce, la seule existence de ces choix permet de caractériser en jurisprudence l'originalité de ces créations. L'originalité implique donc l'existence des choix, lesquels suffisent à déterminer l'originalité d'une création.

⁷¹³ N. Walravens, *op. cit.*, p. 152.

photographiques. Et, une nouvelle fois, les juges n'exigent parfois rien d'autre que la seule présence de choix afin de caractériser l'originalité d'une création photographique⁷¹⁴.

Ils étendront par la suite ce critère à l'ensemble de la matière.

iii. L'utilisation du critère des choix en droit commun du droit d'auteur

Le critère des choix de l'auteur va être de plus en plus régulièrement usité dans les décisions de justice de la fin du XXe et du début du XXIe siècle s'intéressant à la plus ou moins « petite monnaie » du droit d'auteur.

Ainsi, la cour d'appel de Paris accordera en 1997⁷¹⁵ la protection par le droit d'auteur à une exposition « *car le choix et la présentation des objets reflétaient la personnalité* »⁷¹⁶ de son auteur. Un « *plan de promenade du cimetière Père-Lachaise* »⁷¹⁷ sera pareillement protégé puisque cette même cour déduira, du seul « *choix arbitraire* »⁷¹⁸ de l'auteur, son originalité.

Il en ira encore de même s'agissant d'une « *décoration florale du Pont-Neuf* »⁷¹⁹ qui constituera pour la cour d'appel de Paris une œuvre originale en raison du « *choix arbitraire de la nature, des teintes et de la disposition des végétaux utilisés* »⁷²⁰ par l'auteur, et uniquement par l'auteur⁷²¹. La cour d'appel de Versailles jugera original un concours car sa créatrice aura effectué certains choix⁷²² alors qu'elle aurait pu « *choisir dans ce même domaine, une combinaison d'autres critères (catégories et formes différentes, jury différemment composé...)* »⁷²³.

⁷¹⁴ « Les tribunaux accordent ainsi la protection à des œuvres qui, au travers des choix effectués, reflètent la personnalité de leur auteur [...]. Il arrive cependant que les tribunaux opèrent une véritable confusion entre originalité et choix. Celui-ci n'est alors plus un indice, parmi d'autres, de l'originalité, puisqu'il devient à lui seul synonyme d'originalité, alors que l'activité créatrice fait parfois défaut », *ibid.*, p. 423.

⁷¹⁵ CA Paris, 25 nov. 1986, inédit, cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 152.

⁷¹⁶ N. Walravens, *ibid.*

⁷¹⁷ CA Paris, 22 juin 1999, cité par N. Walravens, *ibid.*, p. 153.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 154.

⁷²⁰ CA Paris, 29 avril 1998, cité par N. Walravens, *ibid.*

⁷²¹ Le juge fait ici mention des choix *arbitraires* de l'auteur, qui ne seraient ni dictés ni imposés par quelqu'un (un auteur peut en cacher un autre) ou quelque chose (par exemple une règle privant l'auteur de son libre arbitre).

⁷²² C. Caron, « Droit d'auteur - Les concours sont étonnamment éligibles à la protection par le droit d'auteur ! », *Communication Commerce électronique n° 3*, LexisNexis, Mars 2004, comm. 27.

⁷²³ CA Versailles, 14e ch., 14 janv. 2004, SA Marie Claire Album c/ Mme Hamel : Juris-Data n° 2004-231369.

Et c'est encore ce critère des choix qui permettra à une mise en scène théâtrale⁷²⁴ ou aux plans d'aménagement d'une pharmacie⁷²⁵ d'être protégés par le droit d'auteur, mais également à la Cour de cassation de reprocher à une cour d'appel d'avoir dénié toute originalité à un site internet sans démontrer en quoi le choix de l'auteur du site « *de combiner ensemble [...] différents éléments selon une certaine présentation* »⁷²⁶ ne serait pas original⁷²⁷.

*

L'utilisation récurrente du critère des choix en jurisprudence conduira finalement certains auteurs à considérer que « *le choix est désormais un critère d'attribution du droit d'auteur* »⁷²⁸. La validation judiciaire de ce critère se vérifiera par la suite, lorsqu'il reviendra aux juges d'intégrer les œuvres d'art conceptuel dans le giron de la protection du droit d'auteur.

b. Un critère répondant aux exigences de l'art contemporain

Si l'arrêt *Paradis*⁷²⁹ a, dans un premier temps, eu pour mérite de questionner la doctrine favorable à la dichotomie idée-forme, celui-ci a un deuxième intérêt, envisagé de manière plus confidentielle par les juristes : l'usage explicite par les juges du critère des choix de l'auteur en matière d'art conceptuel.

Car pour accorder à l'œuvre *Paradis* la protection du droit d'auteur, les juges de la Cour de cassation considèreront en effet que « *l'apposition [du mot Paradis] en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encadrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille [...] implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur* »⁷³⁰. Dans cette décision de justice,

⁷²⁴ CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 16 oct. 2013, n° 12/08871 : *JurisData* n° 2013-023724 ; *RLDI* nov. 2013, n° 3242, obs. L.C. ; *Prop. intell.* 2014, p. 54, obs. A. Lucas.

⁷²⁵ CA Paris, Pôle 5, 11^e ch., 1^{er} juin 2012, n° 10/19530 : *JurisData* n° 2012-014283 ; *RLDI* 2012/84, p. 2816, obs. L. C.

⁷²⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n° 10-17.852, F-D, SAS Vente privée.com c/ SAS Club privé : *JurisData* n° 2011-008697.

⁷²⁷ C. Caron, « Droit d'auteur : un site Internet est une œuvre de l'esprit ! », *Communication Commerce électronique* n° 10, LexisNexis, Octobre 2011, comm. 84.

⁷²⁸ N. Walravens, *op. cit.*, p. 153.

⁷²⁹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 novembre 2008, 06-19.021, *Publié au bulletin*.

⁷³⁰ Arrêt *Paradis*, *ibid.*

l'originalité de l'œuvre d'art conceptuel se dévoilerait ainsi d'après les choix de l'auteur, lesquels seraient en l'espèce esthétiques⁷³¹.

Il apparaît en réalité que ce critère des choix convient parfaitement à l'appréhension judiciaire d'œuvres d'art d'auteurs comme Kasimir Malevitch, Marcel Duchamp et donc bien évidemment Jakob Gautel.

En effet, si les intentions du premier⁷³² s'accordent mal⁷³³ avec l'acception traditionnelle du critère de l'originalité, ses choix sont pour leur part effectivement appréhendables dans l'œuvre conceptuelle réalisée. Il en va ainsi pour son *Carré blanc sur fond blanc* : si les émotions de l'auteur ne sont bien évidemment pas perceptibles par le droit, les choix qu'il a pu effectuer le sont, tels ceux relatifs aux différentes nuances de blanc utilisées, à la disposition des formes géométriques réparties sur le tableau, à la texture finale de l'œuvre qui dénote, là aussi, de l'existence de choix. Reste encore à analyser la teneur de ces choix mais, selon ces considérations, la protection par le droit d'auteur devrait pouvoir s'envisager pour le *Carré blanc sur fond blanc*, nul étant alors besoin de se référer à l'insaisissable personnalité de son auteur, laquelle se révélant justement au travers des choix de l'auteur.

Il en va de même pour Marcel Duchamp, pour qui l'œuvre d'art résulte d'ailleurs nécessairement des choix de son auteur. Il s'exprimait ainsi en ces termes, cités par Nadia Walravens : « [q]u'est-ce que faire ? Faire quelque chose, c'est choisir un tube de bleu, un tube de rouge, en mettre un peu sur sa palette et toujours choisir la qualité du bleu, la qualité du rouge, et toujours choisir la place sur laquelle on va le mettre sur la toile, c'est toujours choisir. Alors pour choisir, on peut se servir de tubes de couleur, on peut se servir de pinceaux, mais on peut aussi se servir d'une chose toute faite, qui a été faite, ou mécaniquement, par la main d'un autre homme, même, si vous voulez, et se l'approprier, puisque c'est vous qui l'avez

⁷³¹ Cette référence à l'esthétisme des choix étant bien évidemment indifférente à la caractérisation de l'originalité de la création qui va en résulter.

⁷³² Souvenons-nous des paroles de Kasimir Malevitch à propos de son *Carré blanc sur fond blanc* : « J'ai trouvé l'abat-jour bleu des limitations colorées, je suis sorti dans le blanc, voguez à la suite, camarades aviateurs, dans l'abîme, j'ai établi les sémaphores du Suprématisme. J'ai vaincu la doublure du ciel coloré après l'avoir arrachée, j'ai mis les couleurs dans le sac ainsi formé et j'y ai fait un nœud. Voguez ! L'abîme libre blanc, l'infini sont devant vous », citées par N. Walravens, *op. cit.*, p. 195. Pourtant, quoi de plus empreint de la personnalité d'un auteur que ses intentions ?

⁷³³ N'étant que des intentions, certes propres à l'auteur, elles ne sont *a priori* pas perceptibles dans l'œuvre exprimée.

choisi. Le choix est la chose principale, dans la peinture, même normale »⁷³⁴. Dès lors, il importe peu que Marcel Duchamp « ait fait⁷³⁵ la Fontaine de ses propres mains ou non [...]. Il l'a choisie. Il a pris un article courant, l'a placé de telle sorte que sa signification utilitaire disparaisse sous le nouveau titre et le nouveau point de vue – il a créé pour cet objet une nouvelle idée »⁷³⁶. Si la personnalité de Duchamp ressort ainsi difficilement de sa *Fontaine*, ses choix apparaissent en revanche clairement : l'auteur a choisi l'objet, son inclinaison et sa disposition dans un espace, achevant de ce fait la réalisation de son idée. Selon le critère d'une originalité mise en exergue par les choix de l'auteur, cette idée réalisée ou exprimée pourrait *in fine* postuler à la protection du droit d'auteur, tout comme toutes les autres créations de *ready-made*⁷³⁷.

Enfin, si le décalage créé par l'inscription du mot « paradis » au-dessus des toilettes délabrées d'un ancien dortoir d'hôpital ne peut pas être appréhendé objectivement par le juge⁷³⁸, les choix de Jakob Gautel peuvent l'être, et l'ont été dans l'arrêt *Paradis* comme nous avons déjà pu le voir⁷³⁹.

Et lors d'une autre affaire judiciaire, ce sont encore les choix de l'auteur qui ont été déterminants lorsqu'il est revenu aux juges d'apprécier l'originalité de l'œuvre en cause. Ainsi, pour accorder à la *Table Bleue* d'Yves Klein la protection du droit d'auteur, les juges de la cour d'appel de Paris vont se reposer sur les choix de l'auteur et la combinaison « de la « couleur-matière » et des divers éléments constitutifs de la table »⁷⁴⁰. Et pour valider la protection par le droit d'auteur de la *Table dorée* du même auteur, les juges du fond caractériseront là encore l'existence de choix, en l'espèce « le choix arbitraire de l'artiste »⁷⁴¹ par « l'utilisation de feuilles d'or

⁷³⁴ M. Duchamp, *Entretiens inédits avec G. Charbonnier*, RTF, 1961, cité par Thierry de Duve, *Résonnances du Readymade, Duchamp entre avant-garde et tradition*, Éditions Jacqueline Chambon, Collection Rayon Art, Nîmes, 1989, p. 142-143, également cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 104.

⁷³⁵ Sous le pseudonyme « R. Mutt ».

⁷³⁶ M. Duchamp, cité dans *La mariée mise à nu chez Marcel Duchamp même*, A. Schwarz, Editions Georges Fall, 1974, p. 60, également cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 105.

⁷³⁷ Ce qui ne veut évidemment pas dire qu'elles sont nécessairement protégées !

⁷³⁸ Contrairement à ce qu'a pu dire le juge dans cette affaire, l'intention du décalage n'appartient qu'à l'auteur, et le décalage en tant que tel n'existe que subjectivement, chez les spectateurs qui veulent bien le voir. Il n'est donc pas exprimé objectivement dans l'œuvre *Paradis*.

⁷³⁹ Le juge validant dans cette affaire la présence des « choix esthétiques » de l'auteur traduisant sa « personnalité », arrêt *Paradis*.

⁷⁴⁰ N. Walravens, « Les tables d'Yves Klein, peintre de l'Immatériel, protégées par le droit d'auteur », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N°70, 1^{er} avril 2011, à propos de l'arrêt de la *Cour d'appel de Paris du 7 janvier 2011, n° 2009/16251*.

⁷⁴¹ *TGI Paris, 3e ch., 1re section, 9 nov. 2010*.

froissées ou de pigment monochrome bleu Klein ou rose garance dans un plateau coffre en Plexiglas »⁷⁴².

En empruntant le chemin battu par l'arrêt *Paradis* de la Haute juridiction, il apparaît ainsi très nettement que les juges du fond plébiscitent *in fine* dans ces différentes jurisprudences le critère des choix de l'auteur lorsqu'il leur revient de rechercher l'originalité des œuvres d'art conceptuel.

*

Bien avant son appréhension par le juge de la CJUE, l'étude objective des choix de l'auteur était donc en réalité déjà latente dans les jurisprudences françaises, malgré la persistance, parfois artificielle, mais dans de nombreux arrêts, de la tradition personnaliste et purement subjective du concept d'originalité⁷⁴³.

Ce critère n'a pourtant pas satisfait unanimement la doctrine et ce dès son apparition en jurisprudence.

2. Un critère toutefois discuté en doctrine

La crise du concept d'originalité battant toujours son plein à la fin du XXe et au début du XXIe siècle, l'affaire ne surprendra personne : le critère choisi par certains afin de compenser les faiblesses de l'approche purement subjective du concept litigieux ne fut bien évidemment pas plébiscité par tous, bien au contraire.

Plusieurs auteurs se sont ainsi penchés sur la question de l'aptitude du critère des choix à s'imposer face au dogme traditionnel du droit d'auteur.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ « Certes, le personnalisme semble avoir survécu dans son principe jusqu'à aujourd'hui mais il a pu être avancé par certains auteurs que la thèse de l'« originalité objective » était déjà latente dans la solution prétorienne sur les photographies, qu'elle s'était simplement faite plus pressante avec l'introduction du logiciel dans la loi et l'admission prétorienne de l'art conceptuel ». A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français, Etude de l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, Bibliothèque de droit privé, Tome 606, 2021, p. 65.

a. *L'analyse d'Olivier Laligant : un critère inapproprié à la réalité de la création artistique*

Nous l'avons déjà vu, Olivier Laligant critique très fortement dans son ouvrage l'usage du concept d'originalité, lui préférant notamment celui de « création ». L'étude des écrits de cet auteur est toutefois toujours pertinente en ce que ses foudres s'abattent également sur le critère des choix arbitraires de l'auteur.

Olivier Laligant explique ainsi que, « [c]omme tous les créateurs le savent, l'œuvre, qui a son existence propre, impose [...] ses lois au fur au fur et à mesure qu'elle prend forme ». Ainsi, il ne serait pas juste « d'invoquer la liberté de l'auteur » puisqu'en réalité « l'esprit » [de l'auteur] collabore avec ce qu'on appelle « la matière » [de l'œuvre] »⁷⁴⁴ et que, fondamentalement, l'œuvre « résiste à son auteur »⁷⁴⁵. Notre auteur poursuit en précisant que « l'unité de l'œuvre se réalise sans [l'auteur] : l'écrivain, le peintre, le musicien ne choisissent plus alors sa forme qui, venue d'ailleurs, s'impose à lui »⁷⁴⁶ et en citant Paul Cézanne lorsqu'il estimait qu' « il y a une logique colorée ; le peintre ne doit obéissance qu'à elle, jamais à la logique du cerveau »⁷⁴⁷.

Il y aurait ainsi « une réalité propre à l'œuvre, et son auteur ne doit obéissance qu'à elle... Ainsi faut-il bien reconnaître que l'œuvre suit sa route et qu'il faut bien la suivre, car elle n'a que faire des projets d'un conducteur trop lucide ou trop rigide »⁷⁴⁸. Olivier Laligant conclut : « [c]urieux attelage donc, pour citer encore une fois Jean Bazaine, que celui de l'œuvre et de son auteur « l'un et l'autre ignorant la route à suivre mais chacun, à tour de rôle, tirant l'autre violemment là où il refuse d'aller, marchant à la trique plus souvent qu'à la caresse, tous deux plus aveugles à chaque pas, mais également obstinés à se croire voyants »⁷⁴⁹ »⁷⁵⁰. L'activité créatrice serait ainsi « une rencontre, rencontre entre un auteur et un projet d'œuvre, moins modèle à suivre que germe d'un être à mettre au monde »⁷⁵¹, ce qui « explique d'ailleurs que bien souvent celui qui crée, ne cherche pas [(ne choisit pas)], mais est trouvé, par le mot juste

⁷⁴⁴ O. Laligant, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁴⁵ J. Bazaine, *L'exercice de la peinture*, Ed. du Seuil, 1973, p.15, cité par O. Laligant, *ibid.*

⁷⁴⁶ O. Laligant, *ibid.*

⁷⁴⁷ Cité par A. Malraux, in *Les Voix du Silence*, N.R.F., Galerie de la Pléiade, 1951, p. 344, cité par O. Laligant, *ibid.*

⁷⁴⁸ O. Laligant, *ibid.*

⁷⁴⁹ J. Bazaine, *op. cit.*, p.49, cité par O. Laligant, *ibid.*, p. 213.

⁷⁵⁰ O. Laligant, *ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.*

*ou par la forme appropriée... »*⁷⁵². Concrètement, la création artistique ne nécessiterait à aucun moment que l'auteur ait effectivement réalisé des choix ou ait fait preuve d'un quelconque arbitraire, deux notions ne pouvant pas à elles seules caractériser l'acte créatif qui s'apparenterait ainsi bien davantage à un jeu de rencontre et de domination entre l'auteur et l'œuvre en voie de réalisation.

Toutes ces précisions expliquent finalement pourquoi Olivier Laligant range aux côtés de critères qu'il juge inappropriés à la caractérisation de l'originalité, comme ceux relatifs à l'apport ou à l'effort, les critères du choix et de l'arbitraire de l'auteur⁷⁵³.

*

Il ne nous appartient pas en l'état de réfuter l'entière des propos d'Olivier Laligant et des différents auteurs qu'il évoque afin d'appuyer sa doctrine rejetant le critère des choix ou de l'arbitraire en droit d'auteur. Une telle analyse nous apparaît toutefois bien catégorique et devrait pouvoir être remise en perspective.

Une mise en perspective artistique tout d'abord, car il n'est pas certain que le discours de Paul Cézanne, cité par Olivier Laligant, s'accorde parfaitement avec la vision artistique et créative d'autres auteurs⁷⁵⁴.

Une mise en perspective juridique ensuite, car si Paul Cézanne ressent sans doute la sensation philosophique, mystique, de « subir » la loi d'une nature changeante dans son processus créatif⁷⁵⁵, il est tout à fait sûr qu'il effectue *in fine* un certain nombre de choix lors de ce même processus créatif. Les couleurs utilisées dans ses tableaux, les coups de pinceaux effectués, l'angle de vue représenté dans ses peintures qui ne s'apparentent jamais à une simple

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 225.

⁷⁵⁴ Nous prendrons pour étayer notre propos l'exemple d'un artiste comme Leonard de Vinci qui travaillait en atelier en envisageant la peinture telle une science, soignant et choisissant avec minutie tous les plus petits détails de ses créations. La difficulté qu'il a eu à choisir un modèle pour le *Judas* de sa *Cène* démontre s'il en était besoin que l'auteur s'impose donc tout de même (!) quelques fois à l'œuvre. Un auteur ne disait-il d'ailleurs pas que « [*l]e choix est la chose principale, dans la peinture, même normale* » ? M. Duchamp, *Entretiens inédits avec G. Charbonnier*, RTF, 1961, cité par Thierry de Duve, *Résonances du Readymade, Duchamp entre avant-garde et tradition*, Éditions Jacqueline Chambon, Collection Rayon Art, Nîmes, 1989, p. 142-143, également cité par N. Walravens, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁵⁵ Souvenons-nous de sa fascination pour la montagne Sainte-Victoire, qui s'est sans doute imposée à lui dans bon nombre de ses tableaux.

reproduction du réel, sont toutes des décisions plus ou moins caractéristiques des choix propres à Paul Cézanne que l'on peut retrouver objectivement dans ses différentes œuvres.

Ces choix peuvent donc être appréhendés par le droit d'auteur, contrairement à la mysticité qu'on imagine aisément au sein de la plupart des créations des beaux-arts, mais qui intéresse forcément moins le juriste.

b. L'analyse de Nadia Walravens : un critère subjectif et subsidiaire

Puisque le choix « *participe au processus créatif de la création artistique contemporaine* »⁷⁵⁶, Nadia Walravens ne rejette pas le recours à ce critère afin de caractériser judiciairement l'originalité d'une création.

Elle en regrette en revanche une certaine utilisation qui en est faite par des juges qui tendraient à amalgamer *choix* et *originalité*⁷⁵⁷, ce que nous avons déjà pu relever dans diverses jurisprudences. Dans ces dernières, qui envisagent par exemple l'originalité d'un concours pour le seul fait que son autrice aurait procédé à des choix alors qu'elle aurait fondamentalement pu en prendre d'autres⁷⁵⁸, le choix n'est ainsi « *plus un indice, parmi d'autres, de l'originalité, puisqu'il devient à lui seul synonyme d'originalité* »⁷⁵⁹. Et si le choix est synonyme d'originalité, alors la seule présence d'un choix banal pourrait permettre aux juges d'accorder la protection à des créations où « *l'activité créatrice [de l'auteur est] le plus souvent absente* »⁷⁶⁰, ouvrant *de facto* les vannes de la protection du droit d'auteur⁷⁶¹.

Il s'avère ainsi que pour Nadia Walravens, ces jurisprudences, validant la protection à des créations qui ne justifient de leur originalité que par la présence de choix, accordent en réalité la protection du droit d'auteur à des « *choix techniques, qui procèdent d'un savoir-faire* »⁷⁶² et

⁷⁵⁶ N. Walravens, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁵⁷ « *Il arrive [...] que les tribunaux opèrent une véritable confusion entre originalité et choix* », N. Walravens, *ibid.*, p. 423.

⁷⁵⁸ CA Versailles, 14e ch., 14 janv. 2004, SA Marie Claire Album c/ Mme Hamel : Juris-Data n° 2004-231369.

⁷⁵⁹ N. Walravens, *op. cit.*, p. 423.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ Il en ira ainsi dans plusieurs autres arrêts également cités par Nadia Walravens. Par exemple, « *la Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 7 mai 1996, a déduit l'originalité d'une photographie d'œuvre d'art des seuls choix opérés par le photographe : la photographie d'un tableau « [...] suppose de la part du photographe des choix, notamment quant à l'éclairage et à l'utilisation du matériel, d'où résultera une photographie attractive ou non et plus ou moins fidèle à l'originale* » ». Pareillement, « *la 4^e chambre de la Cour d'appel de Paris, a, par une décision du 5 mai 2000, accordé la protection du droit d'auteur à une photographie d'œuvre d'art, car le photographe avait « en choisissant la nature de l'éclairage et les angles de prises de vues, fait preuve de créativité portant l'empreinte de sa personnalité* » », N. Walravens, *ibid.*, pp. 423-424.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 424.

non pas à une « véritable activité créatrice révélatrice de l’empreinte de la personnalité de son auteur »⁷⁶³. En admettant le recours au critère des choix en jurisprudence, Nadia Walravens souhaite donc procéder à une distinction juridique entre les différents choix pouvant être effectués par un auteur, c’est-à-dire entre ceux qui seraient purement « technique[s] »⁷⁶⁴ et qui relèveraient « du simple savoir-faire, non-protégeable »⁷⁶⁵, et ceux « créatif[s] »⁷⁶⁶, devant pour leur part être protégés par le droit d’auteur.

En somme, la seule présence de choix au sein d’une quelconque création ne devrait pas laisser présumer d’une protection automatique pour ladite création : seuls ceux révélateurs de la personnalité de l’auteur devraient donc pouvoir être protégés⁷⁶⁷. Partant, l’utilisation du critère des choix ne procéderait pas de l’approche objective de l’originalité, mais s’inscrirait en réalité au sein du mouvement subjectif du concept, puisque l’étude des choix permettrait de traduire « l’activité créatrice de l’artiste, révélatrice de l’empreinte de sa personnalité dans l’œuvre »⁷⁶⁸.

En tout état de cause, il apparaît que pour Nadia Walravens le critère des choix créatifs devrait être envisagé de manière subsidiaire puisqu’il participerait en réalité à ce qu’elle appelle « l’activité créatrice de l’artiste »⁷⁶⁹. Pour étudier celle-ci, il conviendrait ainsi de s’attarder davantage sur la « liberté de création »⁷⁷⁰ et « l’arbitraire de l’artiste »⁷⁷¹ avant de se pencher, si besoin en est, sur le critère des choix créatifs ou sur celui de « l’aléatoire contrôlé »⁷⁷². En matière d’œuvre d’art, Nadia Walravens considère également qu’il faudrait pouvoir tenir compte en droit positif de « l’intention de l’artiste »⁷⁷³ mais aussi du « contexte d’exposition »⁷⁷⁴ de l’œuvre, qui seraient tous deux des éléments « immanents à l’œuvre d’art »⁷⁷⁵.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 457.

⁷⁶⁸ N. Walravens, « Le choix, critère déterminant de l’originalité de *Paradis* », *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, N°19, 1^{er} septembre 2006.

⁷⁶⁹ N. Walravens, *op. cit.*, p. 447.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 448.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 452.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 458.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 464.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 465.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 463.

*

Nous rejoignons en partie l'analyse de Nadia Walravens sur le critère des choix. Les juges ne devraient en effet pas limiter la recherche de l'originalité d'une création à la seule présence de choix.

Accepter cette dérive, aperçue quelques fois en jurisprudence, reviendrait à fracturer la frontière entre propriété et liberté, ce qui permettrait dès lors à n'importe qui de s'approprier n'importe quoi, et ce sur la base de ses seuls choix. Cette délimitation du critère est d'autant plus importante que, contrairement à ce qu'a pu indiquer notre autrice, le critère des choix du début du XXI^e siècle n'est plus un simple indice parmi d'autres de l'originalité d'une création. C'est en effet devenu le critère principal, en tout cas s'agissant de certaines créations litigieuses, et ce depuis la célèbre jurisprudence *Paradis*. Ce faisant, le juge doit imposer aux choix de revêtir une certaine qualité supplémentaire afin d'accorder la protection par le droit d'auteur à la création qui en résulte.

Nous ne partageons en revanche pas le point de vue de notre autrice lorsqu'elle explique que le critère des choix traduirait en réalité l'approche subjective du concept d'originalité. Car si la finalité de l'étude des choix dans une œuvre est bien évidemment la recherche de la personnalité de l'auteur, il n'en reste pas moins que la méthode pour vérifier l'existence de cette personnalité repose bien sur ces choix, analysés indépendamment de la question de la personnalité de l'auteur, la recherche de cette personnalité n'arrivant que dans un second temps. Le critère des choix est donc éminemment objectif mais laisse par la suite la place à l'approche subjective, plus traditionnelle.

Nous rejoignons ainsi ici une nouvelle fois l'analyse d'Olivier Laligant lorsque celui-ci précisait que toute œuvre est nécessairement composée d'une part de subjectivité (la personnalité de l'auteur) et d'objectivité (les choix réalisés par l'auteur).

Le juge devrait également éviter de tenir compte dans son approche de « *l'intention de l'artiste* »⁷⁷⁶ qui n'est généralement pas exprimée au sein de l'œuvre dont on réclame la protection du droit d'auteur.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 464.

En revanche, et c'est un autre des nombreux apports de l'arrêt *Paradis*, nous savons que le lieu d'exposition peut participer à l'originalité de l'œuvre protégée. Cela a ainsi été le cas s'agissant de la protection de l'œuvre de Jakob Gautel qui ne s'est évidemment pas limitée aux seules lettres dorées exposées, mais s'est étendue à l'ensemble créé, c'est-à-dire le mot « paradis » écrit en lettres dorées au-dessus de la porte d'un dortoir d'hôpital abandonné.

c. L'analyse d'Alexandre Portron : un critère illégitime en droit positif

Si Alexandre Portron valide l'analyse d'une majorité de la doctrine à propos de l'inadéquation de l'acception purement subjective de l'originalité, rattachée à « *l'empreinte de la personnalité* »⁷⁷⁷ de l'auteur, à l'art conceptuel, il n'approuve pas pour autant l'utilisation du critère des choix en droit positif qu'il estime incompatible avec la législation sur le droit d'auteur.

Cet auteur explique tout d'abord que « *la jurisprudence* [qui a recours au critère des choix de l'auteur] *semble ne pas réussir à se départir du critère classique* »⁷⁷⁸ alors qu'elle devrait, si elle était définitivement retenue, s'envisager « *en rupture avec le personnalisme* »⁷⁷⁹.

En expurgeant de l'approche objective du concept d'originalité toute mention d'une quelconque « *référence à la personnalité* »⁷⁸⁰ de l'auteur, il ne resterait finalement aux juges qu'à vérifier la seule existence des « *choix* »⁷⁸¹ de l'auteur afin d'accorder originalité et protection à la création. Pour Alexandre Portron, telle solution, qui rendrait inutile le fait de prouver que le choix a bien été réalisé⁷⁸², serait en réalité « *contraire à l'article L111-2 du Code de la propriété intellectuelle* »⁷⁸³ qui impose « *la réalisation [...] de la conception de l'auteur* »⁷⁸⁴. Elle ne devrait donc pas emporter les faveurs de la doctrine. En tout état de cause, elle n'est pas non plus usitée en justice : puisque les juges accompagnent généralement leur conception objective

⁷⁷⁷ A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français, Etude de l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, Bibliothèque de droit privé, Tome 606, 2021, p. 73.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² Puisque la seule existence du choix suffirait, *ibid.*

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ Article L111-2 du Code de la propriété intellectuelle.

de l'originalité d'« incantations »⁷⁸⁵ personalistes, « ils ne parviennent pas à offrir une authentique solution objective »⁷⁸⁶ au concept litigieux.

Alexandre Portron explique en réalité que si le choix est effectivement « un passage obligé »⁷⁸⁷ et « indispensable »⁷⁸⁸ à toute création, il ne devrait pas « prendre, dans la construction juridique, une place première »⁷⁸⁹, car il serait avant tout « instrumental »⁷⁹⁰ et « technique »⁷⁹¹, ne portant que « sur les moyens »⁷⁹² mis en œuvre par l'auteur pour exprimer sa véritable personnalité. Ainsi, le critère des choix serait seulement « au service du dépôt de l' « empreinte de la personnalité » »⁷⁹³ sans pouvoir s'y substituer⁷⁹⁴. Alexandre Portron en conclut que le choix ne serait donc pas « un élément essentiel de l'« œuvre de l'esprit » telle que la loi l'appréhende »⁷⁹⁵.

*

Pour rejeter l'approche objective du concept d'originalité et le recours au critère des choix, Alexandre Portron affirme à de nombreuses reprises que l'approche purement objective imposerait aux juges d'abandonner toute mention d'une quelconque empreinte de la personnalité au moment d'étudier l'originalité d'une création.

Ce faisant, l'approche objective ainsi présentée par Alexandre Portron, qui limite la recherche de l'originalité d'une œuvre à l'existence ou non de choix de l'auteur, doit ainsi bien évidemment être critiquée pour les deux raisons que nous avons déjà évoquées.

Elle permet d'une part à des créations d'être protégées par le droit d'auteur sur la base de la seule existence des choix de l'auteur ; en détruisant tout lien entre l'œuvre et la personnalité de son auteur, elle réduit d'autre part à néant toute la justification de l'existence d'un droit moral presque absolu en faveur des auteurs.

⁷⁸⁵ A. Portron, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 81.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 89.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 91.

Si l'analyse d'Alexandre Portron s'agissant de l'acception purement objective du concept d'originalité doit donc être validée sur ce point, elle doit en revanche être critiquée lorsqu'il oppose les approches objective et subjective de la conception d'originalité en exigeant de l'une qu'elle n'empiète pas sur l'autre. Cette pensée nous semble tout à fait regrettable.

En effet, selon nous, l'analyse du concept d'originalité ne devrait pas se limiter aux approches purement objective ou subjective décrites par la doctrine. Ainsi, nul besoin pour le juge qui a recours au critère des choix de l'auteur d'éviter toute mention de la personnalité de ce dernier. Il n'est également pas question pour les choix de l'auteur de se substituer d'une quelconque manière à l'empreinte de la personnalité de l'auteur⁷⁹⁶, l'un n'existant pas sans l'autre.

Car si les juges de l'originalité employant le critère des choix ont généralement recours à ce que notre auteur appelle des « *incantations personalistes* »⁷⁹⁷, c'est parce que toute œuvre de l'esprit est nécessairement composée d'une part d'objectivité (les choix de l'auteur) et d'une autre de subjectivité (sa personnalité). Alexandre Portron en est d'ailleurs tout à fait conscient puisqu'il évoque l'existence systématique des choix de l'auteur dans ce qu'il appelle le « *fait de la création* »⁷⁹⁸, lesquels permettent de révéler *in fine* la personnalité de l'auteur.

Dans cet ouvrage, Alexandre Portron semble ainsi commettre la même erreur que bien des auteurs de la doctrine ont faite avant lui, soit le fait d'imposer une frontière artificielle entre deux acceptions qui ne font en réalité qu'une, frontière qui est donc, en vérité, dénuée d'intérêt.

Car, comme a pu le dire un auteur, « *la réalité n'est jamais qu'affaire de mixte, « où rien n'est jamais ni totalement objectif, ni totalement subjectif mais toujours les deux à la fois* »⁷⁹⁹ »⁸⁰⁰ : les conceptions purement subjective ou objective de la condition d'originalité sont donc absolument à proscrire.

Il en va bien évidemment de même pour celles qui envisageraient de se pencher, selon les créations concernées, vers l'une ou l'autre de ces conceptions⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ Les jurisprudences procédant de la sorte sont par ailleurs critiquées à juste titre par la doctrine.

⁷⁹⁷ A. Portron, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁹⁸ Qui constitue le sujet principal de son étude, A. Portron, *Le fait de la création en droit d'auteur français, Etude de l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, Bibliothèque de droit privé, Tome 606, 2021.

⁷⁹⁹ Cité par Olivier Laligant, A. Berque, *Le Sauvage et l'Artifice*, Gallimard, 1986, p. 286.

⁸⁰⁰ O. Laligant, *ibid.*, p. 79.

⁸⁰¹ J. Jonquères, *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203 sous *Ass. plén.*, 7 mars 1986.

*

Nous verrons toutefois que, pour révéler véritablement la personnalité de l'auteur, et pour éviter, de fait, l'usage artificiel en jurisprudence de la conception subjective de l'originalité, les choix de l'auteur doivent revêtir plusieurs qualités : la créativité et l'arbitraire.

Paragraphe 2 : Le choix créatif et arbitraire de l'auteur, marqueur d'originalité

En droit d'auteur, « *choisir n'est pas créer* »⁸⁰². La formule est limpide et impose de préciser davantage le concept des « choix » révélateurs de la personnalité de l'auteur et attendus en jurisprudence ; ce afin d'éviter l'écueil de certains juges qui accordent la protection par le droit d'auteur à des créations sur la base de leur seule existence.

En effet, il ne suffit pas pour le juge « *de constater que le créateur avait le choix entre plusieurs propositions pour considérer que l'option finalement retenue est originale* »⁸⁰³ et « *ce n'est pas le choix en lui-même qui est protégé, mais son résultat, c'est-à-dire l'ensemble ainsi formé* »⁸⁰⁴, c'est-à-dire l'œuvre originale exprimée. L'étude de la seule présence du choix en jurisprudence afin de déterminer l'originalité d'une création est ainsi erronée et très incomplète puisque, rappelons-le, nous considérons que toute œuvre de l'esprit recouvre les dimensions objective et subjective du concept d'originalité.

Ainsi, une œuvre sera jugée originale en la présence de choix capables de révéler la personnalité de l'auteur, soit de choix « créatifs » (Sous-paragraphe 1) et « arbitraires » (Sous-paragraphe 2) comme ont déjà pu l'évoquer des auteurs⁸⁰⁵.

⁸⁰² A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle : Les cours du droit*, 1994/1995, p. 7.

⁸⁰³ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸⁰⁴ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 164.

⁸⁰⁵ Daniel Gervais évoque par exemple explicitement la notion de « *choix créatifs* », D. Gervais, « La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 137.

Sous-paragraphe 1 : Le choix créatif de l'auteur

Le choix créatif – marqueur d'originalité, que l'on oppose généralement au choix banal⁸⁰⁶ de tout un chacun, est ainsi celui qui ne « *représente pas un travail de pure routine* »⁸⁰⁷ mais qui, à l'inverse, se « *rapproche de la non-évidence* »⁸⁰⁸.

1. La recherche de la créativité de l'auteur

Il ne suffit donc pas pour l'auteur de prouver qu'il a effectivement réalisé des choix dans le processus créatif puisque le « *créateur accède au statut d'auteur au sens du Code de la propriété intellectuelle lorsqu'il ne se conforme pas aveuglement aux traditions, aux usages, et laisse sa créativité s'exprimer* »⁸⁰⁹. Il lui faudra ainsi plutôt expliciter les choix identifiables dans l'œuvre en tant que tels et justifier du fait que ceux-ci « *ne soient pas exempts de ce « minimum de fantaisie ou d'arbitraire propre à la création* »⁸¹⁰ »⁸¹¹, qu'ils soient *in fine* révélateurs de sa personnalité, ce qu'il reviendra dans tous les cas au juge d'analyser pour chaque création.

En d'autres termes, et pour être protégés par le droit d'auteur, il « suffit » que les choix de l'auteur s'écartent « *de ce qui est connu* – [en conséquence, l'œuvre originale qui résultera du choix créatif de son auteur sera nécessairement nouvelle⁸¹²] – *et de ce qui en découle directement* – [la nouveauté ne suffit pas⁸¹³ : l'œuvre résultat du choix créatif de l'auteur sera marquée d'individualité, « *fantaisiste* »⁸¹⁴...] »⁸¹⁵. La nouveauté n'a donc pas à être prise en

⁸⁰⁶ La banalité renvoyant à l'emploi de « *matériaux artistiques [...] connus de tous, souvent déjà employés auparavant par d'autres* », P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique : PUF, Droit fondamental, 10e éd., 2017, n° 49*, cité par C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸⁰⁷ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸¹⁰ N. Walravens, *op. cit.*, p. 150.

⁸¹¹ *Ibid.*, citant A. Tricoire, note sous *CA Paris, 26 mars 1991, Dalloz, 1992, p. 466*.

⁸¹² « *une œuvre originale en ce qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur est nécessairement nouvelle puisqu'aucune autre personne n'aura pu auparavant créer une forme identique, faute d'avoir la même personnalité que l'auteur ! Mais si l'originalité implique la nouveauté, l'inverse n'est pas vrai. Une création peut sans aucun doute être nouvelle sans être originale* » C. Bernault, « L'originalité dans les œuvres des arts appliqués », *Comm. com. électr. 2010*, étude 18.

⁸¹³ « *[s]i tel était le cas, le droit d'auteur pourrait s'attacher à des productions de pure routine, alors qu'il semble juste de laisser au domaine public non seulement les biens déjà existants, mais encore ceux qui ne s'en distinguent que par un apport si modeste qu'il en est banal* », I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 131.

⁸¹⁴ Pour reprendre la formule d'Agnès Tricoire.

⁸¹⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133. Une autrice abonde en ce sens : « *l'originalité doit être appréciée au regard d'œuvres déjà connues afin de déterminer si la création revendiquée s'en dégage d'une manière suffisamment nette et significative, et si ces différences résultent d'un effort de création, marquant l'œuvre revendiquée de l'empreinte*

compte par le juge lorsqu'il lui reviendra d'étudier l'originalité d'une création⁸¹⁶ : elle n'est qu'une conséquence positive et finalement anecdotique du processus créatif révélateur, par les choix, de la personnalité de l'auteur.

Ainsi, « [d]ans une œuvre d'histoire, par exemple, l'auteur choisit les éléments qui lui paraissent les plus significatifs, leur prête des conséquences, émet des hypothèses, risque⁸¹⁷ des explications [...] il est certain que l'ensemble constitué par de telles constatations et de telles hypothèses est original, et qu'il peut être protégé de la même façon que la réunion de données compilées »⁸¹⁸. Plus concrètement, ce sont les choix d'un peintre animalier, qui aura sélectionné « l'attitude des animaux, leur coloris, leur représentation morphologique »⁸¹⁹ ou encore ceux d'un auteur d'une exposition qui aura « non seulement sélectionné les objets et projections composant cette exposition mais en a aussi imaginé la présentation dans un ordre et selon une scénographie originale »⁸²⁰ qui vont permettre de révéler leur créativité, donc leur personnalité, *in fine* d'assurer aux créations susmentionnées la protection du droit d'auteur.

Et si les créations ne rentrant pas dans le champ de protection du droit d'auteur sont considérées comme banales c'est que, fondamentalement, elles ne se distinguent pas suffisamment de leurs paires, quand bien même elles seraient nouvelles. En conséquence, la créativité des choix doit donc être étudiée en fonction des créations qui existent déjà, sans se limiter à la seule détermination de la nouveauté des choix effectués et de l'œuvre réalisée. Ce travail sera notamment réalisé dans de nombreuses jurisprudences s'intéressant à l'originalité de créations au sein de l'univers étendu de l'audiovisuel qui font état de leur banalité afin de leur refuser toute protection par le droit d'auteur.

Il en ira de la sorte s'agissant du titre de l'œuvre cinématographique *L'abominable homme des neiges* jugé banal car « avant même le dépôt du scénario, le groupe de mots constituait la

de la personnalité de son auteur », C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸¹⁶ « L'originalité d'une œuvre ne se confond pas avec son caractère innovant et nouveau », *CA Paris, pôle 5-2, 15 juin 2018, n° 17/02257 : JurisData n° 2018-010995* cité par C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸¹⁷ Le « risque » pris par l'auteur, quel qu'il soit, étant bien évidemment à écarter de toutes les analyses juridiques du concept d'originalité en droit d'auteur.

⁸¹⁸ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 163.

⁸¹⁹ *CA Paris, 4e ch., 20 oct. 1995 : D. 1996, somm. p. 285*, cité par C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸²⁰ *CA Paris, 1re ch., 2 oct. 1997 : RIDA 2/1998, p. 422 ; D. 1998, p. 312, note B. Edelman*, cité par C. Bernault, *ibid.*

dénomination usuelle sous laquelle la presse, notamment, désignait l'animal, non autrement identifié qui, selon d'aucuns, hantait les cimes de l'Himalaya »⁸²¹.

Mais également pour une péripétie d'un téléfilm mettant en scène « une bagarre entre journalistes et notables, trouvant sa source dans un échauffement dû à l'alcool »⁸²² qui « s'avère d'une grande banalité »⁸²³, pour une scène d'interrogatoire « dont le suspense tient au fait que l'accusé s'apprête à passer aux aveux, puis interrompu par son avocat, se ressaisit »⁸²⁴ et qui est logiquement considérée comme « un ressort dramatique banal »⁸²⁵, notamment parce que « les articles parus dans la presse lors de la sortie du téléfilm rapprochent cette confrontation entre le juge d'instruction et le notaire d'une scène du film « Garde à vue » »⁸²⁶.

Ou encore dans une affaire de contrefaçon, lorsque les juges, analysant les caractéristiques de deux personnages, considéreront que si « les deux héros sont américains, ont la même taille, le même poids, un passé militaire et ont subi un crash dans la jungle avant de retourner dans la vie civile »⁸²⁷, toutes ces caractéristiques ne sont que des « éléments d'une parfaite banalité dans ce type d'œuvre »⁸²⁸. Ils sont dès-lors « non susceptibles d'appropriation »⁸²⁹. De plus, le fait que ces deux personnages disposent d'« hypersens »⁸³⁰ est toujours insusceptible de protection pour la simple et bonne raison que « de nombreux personnages de fiction ont présenté cette même caractéristique »⁸³¹, notamment « Daredevil créé en 1964, Wolverine créé en 1962, Superman créé en 1938 [...] et enfin, Spider-Man créé en 1962 »⁸³². Le fait pour un personnage de disposer de « super-pouvoirs » est donc, une nouvelle fois, un élément d'une extrême banalité.

Ou enfin pour d'autres⁸³³...

⁸²¹ TGI Seine, 3e ch., 11 juin 1959 : RTD com. 1960, p. 844, obs. H. Desbois ; RIDA janv. 1960, p. 107.

⁸²² CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 déc. 2017, n° 13/14419, SA Les éditions de Minuit et a. c/ T. B. et a.

⁸²³ Ibid.

⁸²⁴ Ibid.

⁸²⁵ Ibid.

⁸²⁶ Ibid.

⁸²⁷ CA Paris, pôle 2, ch. 1, 26 nov. 2014, n° 13/01472, G. V. c/ Me G. A. et a.

⁸²⁸ Ibid.

⁸²⁹ Ibid.

⁸³⁰ Ibid.

⁸³¹ Ibid.

⁸³² Ibid.

⁸³³ Et notamment : TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 9 juin 2016, n° 14/07855, S. W. et R. N. c/ SARL Caillasse Production et a., inédit. ; Cass. 1re civ., 28 juin 2018, n° 17-28.924, Sté Tout sur l'écran production c/ Sté Ardis : JurisData n° 2018-011372 ; Légipresse 2018, n° 363, p. 445, note V. Varet.

En revanche, le choix créatif peut tout à fait porter sur une combinaison d'éléments banals. Retour sur notre précédente jurisprudence s'intéressant à l'analyse de l'originalité de personnages de fiction : si les éléments énoncés par la cour d'appel de Paris sont absolument et évidemment banals, le personnage est toutefois considéré comme original en ce qu'il présente non seulement ces différentes caractéristiques, mais qu'il « *est aussi un homme ayant particulièrement souffert de son passage dans la jungle et qui après une réussite matérielle incontestable, est envahi par son désir de vengeance* »⁸³⁴. La présence d'éléments banals au sein d'une création ne permet ainsi pas de présumer de la banalité de l'ensemble, qui peut toujours révéler la personnalité de l'auteur au travers de ses choix créatifs.

Et puisque la créativité suppose que la création de l'auteur se distingue de celles déjà existantes, en un mot que l'auteur ait fait preuve de « fantaisie » dans l'acte créatif, la question de la créativité des choix réalisés par l'auteur ne se posera en réalité presque jamais en présence d'une œuvre de pure imagination, donc de fiction, comme en atteste d'ailleurs un arrêt d'appel qui évoque pour ce type de création une « *présomption quasi-irréfragable d'originalité* »⁸³⁵. L'originalité d'une œuvre cinématographique de fiction n'est ainsi jamais discutée en pratique, à raison selon nous.

La difficulté apparaîtra en revanche s'agissant des différentes parties qui composent ces créations de pure imagination, ou, pour la situation qui nous intéresse, pour toutes les créations de l'audiovisuel qui résulteraient davantage d'un apport technique de la part de leur créateur⁸³⁶ que de véritables choix créatifs, comme nous le verrons par la suite.

2. Le choix relevant d'un savoir-faire

Car, en effet, la créativité du choix ne doit pas se déduire du choix « *relevant d'un savoir-faire* »⁸³⁷, c'est-à-dire le choix qui résulte notamment « *d'une application technique* »⁸³⁸ comme cela pourrait être le cas pour les « *compilations utilitaires, [par exemple les] carte[s] de vins* »⁸³⁹ ou pour la plupart des « *recettes culinaires* »⁸⁴⁰.

⁸³⁴ CA Paris, pôle 2, ch. 1, 26 nov. 2014, n° 13/01472, G. V. c/ Me G. A. et a..

⁸³⁵ Cour d'appel de Paris, 29 mai 2015, n° 13/18038.

⁸³⁶ CA Paris, pôle 5, 1re ch., 6 juin 2012, n° 10/21371, J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France : JurisData n° 2012-016964 ; RLDI juill. 2012, n° 2817.

⁸³⁷ N. Walravens, *op. cit.*, p. 150.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 151.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

Il en ira concrètement ainsi pour un site internet d'un auteur qui aura certes effectué certains choix, mais qui « attestent plus d'un savoir-faire commercial commun à d'autres sites marchands qu'à un réel effort créatif »⁸⁴¹. Il en ira de même pour la création audiovisuelle du caméraman filmant un cheval au galop dans les rues de Paris : « le seul fait que son expérience professionnelle et/ou son matériel lui ait techniquement permis de suivre une voiture de police tout en filmant la course du cheval (pendant un peu plus d'1'30 sur la vidéo produite, d'une durée totale de 1'50), sans le perdre de vue (à une distance plus ou moins importante), ne saurait suffire à caractériser un apport créatif au sens du droit d'auteur, même si un amateur n'aurait pas nécessairement pris le même risque »⁸⁴².

Cependant, la présence d'un choix relevant notamment d'un savoir-faire ne permet *a priori* pas d'évincer la création du champ de protection du droit d'auteur « dès lors que sa mise en œuvre se concrétise par une forme originale »⁸⁴³. En effet, « [l]'exécution personnelle dans la création artistique, et même littéraire, impose toujours une part de savoir-faire »⁸⁴⁴. C'est donc bien le choix relevant uniquement d'un savoir-faire, exclusif de toute créativité, qui empêche la protection à la création qui en résulte.

*

Enfin, le choix créatif doit également avoir été réalisé par l'auteur de manière arbitraire, puisque « pour qu'un choix soit original, il faut [...] que l'auteur ait disposé d'une certaine liberté dans la sélection : le choix implique la liberté de choisir »⁸⁴⁵.

Sous-paragraphe 2 : La liberté créative de l'auteur

Concrètement, le critère du choix arbitraire suppose que l'auteur ait pu laisser librement court à son imagination, au moins en partie. De nombreuses jurisprudences vont en ce sens⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ TGI Paris, 12 janv. 2017 : LEPI mars 2017, 110m2, obs. A. Lebois.

⁸⁴² CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 6 juin 2012, n° 10/21371, J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France : JurisData n° 2012-016964 ; RLDI juill. 2012, n° 2817.

⁸⁴³ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁴⁶ CA Paris, 4^e ch., 20 oct. 1995 : D. 1996, somm. p. 285 ; Cour d'appel de Paris, 29 avr. 1998 ; Cour d'appel de Paris, 22 juin 1999 ; CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, n° 03/00826 : JurisData n° 2006-300719 ; Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1, 15 mars 2016 – n° 14/17749 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 7 juin 2016, n° 15/03475, D. P. et J. L. c/ F. O. et a., inédit.

1. Une liberté de création indispensable afin d'obtenir la protection du droit d'auteur

Le choix effectué n'est pas pris arbitrairement lorsqu'il est imposé ou rendu nécessaire notamment par l'emploi d'une technique, d'un matériau, d'une technologie particulière ou encore par l'environnement de l'auteur.

Ainsi, si une création utilitaire – comme peut l'être un vélo pliable par exemple – peut, une fois réalisée, être tout à fait esthétique, elle ne sera pas protégée par le droit d'auteur si les choix effectués ont été imposés par l'alliage de métal employé ou la finalité recherchée par le créateur de l'objet. Et c'est bien normal ! Si la fourche du vélo pliable achevé dispose d'une forme singulière sans que la liberté créatrice de l'auteur ait pu jouer à un quelconque moment, cette création échappe logiquement à toute protection par le droit d'auteur. Il en ira de la sorte à chaque fois qu'il apparaît que le créateur subit véritablement le processus créatif⁸⁴⁷. Le choix non arbitraire doit dès lors être distingué du choix résultant d'un savoir-faire, ce dernier pouvant tout à fait avoir été pris librement.

De nombreuses créations échappent en réalité à la protection du fait de l'absence de liberté du créateur⁸⁴⁸. Prenons encore comme exemple le cas d'une vidéo amateur d'une manifestation qui dégénère.

Les images sont prises sur un téléphone par un manifestant se cachant derrière un mur afin d'éviter le courroux de quelques CRS. Il s'avère ici que la plupart des différents choix effectués par l'auteur de la vidéo n'ont pas été pris de manière arbitraire : il filme une scène conflictuelle qu'on lui impose, d'un angle de vue rendu *a priori* nécessaire par la situation présentée, et les différents cadrages ou déplacements qu'il pourrait effectuer sont *in fine* indispensables à la bonne compréhension des images réalisées. Toutefois, ces dernières pourraient être tout de même protégées si l'auteur de la vidéo a effectué librement d'autres choix *a posteriori*, par exemple un montage vidéo qui pourrait, alors, être jugé créatif.

Dans l'affaire du cheval au galop, et après avoir évoqué l'absence de créativité des choix réalisés, le juge considère d'ailleurs que la plupart desdits choix de l'auteur de la vidéo ne l'ont en réalité pas été pris librement. Il explique ainsi notamment que si les images sont

⁸⁴⁷ Une photographie de sport ne sera ainsi pas jugée originale si le photographe « n'a le choix ni de l'éclairage, ni du moment, ni de la singularité des positions puisque ces éléments lui échappent et résultent des conditions et circonstances du match dont il doit rendre compte fidèlement », TGI Paris, 15 avr. 2010, n° 09/01853.

⁸⁴⁸ Il en ira ainsi s'agissant de la requête d'un avocat notamment en ce qu'elle « répond au formalisme imposé par [...] le Code de justice administrative », Cass. crim., 16 juin 2009, n° 08-87.193.

particulièrement bien réussies, la seule véritable prise de décision arbitraire du vidéaste aura été d'allumer sa caméra. En conséquence, celui-ci ne fait finalement que subir les événements, en suivant, certes adroitement, les déplacements d'un cheval au galop poursuivi en plein centre-ville par une voiture de police⁸⁴⁹.

2. Une exigence de liberté dans la création assez relative

Il n'est en revanche « *pas nécessaire que la sélection [ou le choix] soit totalement arbitraire* »⁸⁵⁰ : un auteur peut tout à fait réaliser des choix considérés comme arbitraires par le juge quand bien même sa liberté serait limitée, par exemple par un producteur d'œuvres audiovisuelles qui lui imposerait une œuvre d'une certaine durée, ou mettant en scène certains personnages⁸⁵¹. Ainsi, le fait que certaines « *indications précises* »⁸⁵² aient été données à un auteur n'empêche pas ce dernier de réaliser arbitrairement d'autres choix créatifs, notamment puisqu'il conserve « *la maîtrise intégrale de son art, donnant libre court à son interprétation subjective* »⁸⁵³ lors du processus créatif.

Mais, en tout état de cause, le fait qu'un auteur ait effectué arbitrairement des choix ne permet en aucun cas de caractériser l'originalité de la création en résultant qui suppose, pour être protégée par le droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit, que son auteur ait en sus effectué des choix créatifs, révélateurs de sa personnalité⁸⁵⁴.

*

⁸⁴⁹ « *Que sa marge de manœuvre était en réalité extrêmement étroite (conditionnée en particulier, durant la cavalcade, par la trajectoire du cheval, le véhicule de police ou la circulation et, ensuite, par le positionnement des forces de l'ordre) et si la prise de vue n'a pas été purement automatique, mais a mis en œuvre des choix tels que des plans plus ou moins rapprochés de l'équidé dans son environnement (y compris une fois secouru), manifestement ceux-ci étaient dictés par les circonstances, et ne permettent pas de révéler la personnalité, au sens du droit d'auteur, du professionnel ayant réalisé la vidéo ; qu'en particulier le suspens invoqué naît du déroulement même de l'événement filmé avec les aléas d'une prise d'images en direct* », CA Paris, pôle 5, 1re ch., 6 juin 2012, n° 10/21371, J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France : JurisData n° 2012-016964 ; RLDI juill. 2012, n° 2817.

⁸⁵⁰ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁵¹ L'inverse est aussi quelques fois vrai.

⁸⁵² C. Bernault, « Fasc. unique : Objet du droit d'auteur . – Titulaires du droit d'auteur. Règles générales (CPI, art. L. 113-1 à L. 113-7) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ Une cour d'appel qui, pour valider l'originalité d'une création, fonde sa décision sur « *l'absence d'antériorité et le caractère nouveau des choix opérés* » ne caractérise pas « *en quoi ces choix, pour arbitraires qu'ils fussent, [portent] l'empreinte de la personnalité de leur auteur* » Cass. 1re civ., 22 janv. 2014, n° 11-24.273 : JurisData n° 2014-001202 ; RIDA 2/2015, p. 321 et 207, obs. P. Sirinelli ; LEPI 2014, p. 38, obs. S. Chatry ; Propr. intell. 2014, p. 151, obs. J.-M. Bruguière.

Afin de vérifier l'originalité d'une création au travers du critère des choix, il convient ainsi de se poser deux questions fondamentales. Les choix effectués et identifiables dans la création sont-ils créatifs ? La personne qui va réaliser ces choix dispose-t-elle de suffisamment de liberté dans le processus créatif ? Répondre à ces questions, c'est caractériser, ou non, l'originalité de toute création en droit d'auteur français.

Ainsi, il ne fait aucun doute que le juge accordera bien plus facilement la protection par le droit d'auteur aux créations pour lesquelles le créateur a pu réaliser et exprimer de nombreux choix, comme c'est très souvent le cas en matière de créations audiovisuelles.

A contrario, la protection sera plus difficilement atteignable pour les documents préparatoires desdites créations, lesquels ne permettent quelquefois pas au créateur d'exprimer précisément ses choix.

In fine, on anticipe aisément le fait pour les concepts audiovisuels, qui ne reposent généralement que sur des choix superficiels, d'échapper bien souvent, voire par principe⁸⁵⁵, à toute protection. Pas pour leur appartenance à l'univers des idées, mais bien pour leur défaut d'originalité. Car, à l'évidence, tout n'est pas original⁸⁵⁶.

En tout état de cause, ce critère des choix régulièrement utilisé dans les jurisprudences françaises depuis plus d'une trentaine d'années va être par la suite validé par le juge de la Cour de justice de l'Union européenne dans certaines jurisprudences absolument fondamentales. La révolution de la matière se poursuit.

Section 2 : Le recours au critère des choix validé par le juge européen et harmonisé sur tout le territoire de l'Union

Plébiscité par le juge français, le recours au critère des choix pour déterminer l'originalité d'une création intellectuelle va également l'être au niveau européen *via* l'action du juge de la Cour de justice de l'Union européenne.

Pour sortir de la crise européenne du droit d'auteur et du concept d'originalité, le juge de la CJUE va tout d'abord chercher à harmoniser les conditions à la protection du droit d'auteur sur

⁸⁵⁵ Voir notamment *CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1er juin 2018, n° 17/00610, Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ SAS Enibas Productions et SA France Télévisions : RTD com. 2018, p. 673, obs. F. Pollaud-Dulian.*, qui refuse toute protection au concept qui ne serait pas un... format.

⁸⁵⁶ « *Tout serait-il original ?* », J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, p. 272.

tout le territoire de l'Union, en imposant au droit commun des législations nationales certaines dispositions de droit spécial. Le concept d'originalité est à présent une notion autonome du droit de l'Union européenne qui s'impose à toutes les juridictions de ses États membres (Paragraphe 1).

Evidemment, il reste encore à en préciser les contours ! Puisque les juridictions nationales ne savaient pas comment trancher certaines affaires litigieuses relatives à ce concept d'originalité à *définition variable*, il revint au juge de la CJUE de le redéfinir, au travers de nombreuses décisions de justice (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le principe de cohérence poussant l'originalité européenne à l'harmonie

Nous l'avons vu, la crise du concept d'originalité ne s'est malheureusement pas arrêtée à la juste détermination des contours de la notion. Jusqu'au début du XXIe, la notion était en effet envisagée de différentes manières par certaines législations européennes. Rétablir une cohérence européenne des règles à la protection du droit d'auteur permettrait ainsi de délier le nœud européen dans lequel est embourbé le concept d'originalité, notamment divisé par les nombreuses doctrines ou juridictions nationales lui portant diverses qualités. Car, comme a pu le dire un auteur, « *[c]ohérence et lisibilité : tels sont les deux maîtres mots de la régulation judiciaire* »⁸⁵⁷.

Suivant le principe de cohérence du droit d'auteur européen (Sous-paragraphe 1), un des nombreux apports des décisions des juges de la CJUE traitant du concept d'originalité sera ainsi d'en faire une notion autonome, garantissant enfin une certaine harmonie des conditions à la protection du droit d'auteur, au moins au niveau européen (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Le principe de cohérence du droit d'auteur européen

« *Selon le principe de cohérence, une même notion utilisée dans plusieurs directives différentes doit recevoir la même interprétation* »⁸⁵⁸. C'est ce principe de cohérence qui poussera la Cour à considérer, dans l'un de ses arrêts, que « *compte tenu des exigences d'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence, les notions utilisées dans l'ensemble de ces directives*

⁸⁵⁷ T. Paris, « Chapitre 8 : Les régulations du droit d'auteur et le règlement des conflits », *Le droit d'auteur l'idéologie et le système*, 2002.

⁸⁵⁸ C. Castets-Renard, « Fasc. 1840, Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur », *Jurisqueur*, LexisNexis.

doivent avoir la même signification, à moins que le législateur n'ait exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente »⁸⁵⁹.

S'agissant du sujet qui nous intéresse, cela revient à considérer que la condition d'originalité, citée dans certaines directives européennes, devrait revêtir pour toutes la même signification. Apparue au niveau européen dans la directive 91/250/CE s'intéressant à la protection juridique des programmes d'ordinateur, la condition d'originalité est définie par le législateur européen comme étant la « *création intellectuelle propre à son auteur* »⁸⁶⁰. Cette formule, qui « *vise à réconcilier l'approche copyright (qui déduit l'originalité de l'absence de copie) et celle, plus subjective, des droits continentaux* »⁸⁶¹, a ensuite été reprise dans les directives européennes ultérieures, lesquelles concerneront aussi bien les photographies⁸⁶² que les bases de données⁸⁶³, soit finalement les créations pour lesquelles la protection pose le plus de difficultés aux juristes de droit d'auteur.

L'affaire est intéressante, mais ne concernait *a priori* que des créations très spécifiques. Doit-on dès lors déduire, à partir du principe de cohérence du droit d'auteur européen, que la condition d'originalité appliquée spécialement pour les bases de données, les logiciels et les photographies, a vocation à l'être également et uniformément pour l'ensemble de la matière ?

⁸⁵⁹ Arrêt *Football Association Premier League*.

⁸⁶⁰ Article premier de la *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur* : « Article premier : *Objet de la protection ; 1. Conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Le terme « programme d'ordinateur », aux fins de la présente directive, comprend le matériel de conception préparatoire. 2. 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. 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.* »

⁸⁶¹ A. Lucas, « Fasc. 1160 : *Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Logiciels* », *JurisClasseur*, Lexis360, 2022 ; C. Castets-Renard, « *Processus d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins en droit de l'Union* », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, septembre 2014, texte actualisé en juin 2021.

⁸⁶² Article 6 de la *Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins* : « *Les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1er. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection. Les États membres peuvent prévoir la protection d'autres photographies.* » ; ou encore dans sa version codifiée, l'article 6 de la *Directive 2006/116*.

⁸⁶³ Article 3 de la *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données* : « *Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection* ».

Alors même que la directive 2001/29/CE, qui concerne plus particulièrement les règles gouvernant le droit commun du droit d'auteur, ne fait pas état à un seul instant d'une quelconque exigence d'originalité⁸⁶⁴.

Alors même que le législateur européen n'a donc pas souhaité intégrer cette condition d'originalité à sa législation de droit commun, en tout cas au moment où l'arrêt *Infopaq* a été rendu⁸⁶⁵.

Sous-paragraphe 2 : La consécration d'une notion autonome de droit de l'Union européenne

Questionnée dans l'arrêt *Infopaq* sur la protection des parties d'une création littéraire par le droit d'auteur, *in fine* sur l'interprétation de certaines dispositions de la directive 2001/29/CE⁸⁶⁶, la Cour va justement se fonder sur des directives de droit spécial afin d'explicitier ses attentes s'agissant des conditions à ladite protection.

Elle rappelle tout d'abord et sans surprise que, conformément aux directives de droit spécial, les « *œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur* »⁸⁶⁷. La surprise intervient au point suivant, lorsque la Cour déduit de ces dispositions, pourtant non applicables au cas d'espèce, que « *la directive 2001/29 est fondée [...] sur le même principe* »⁸⁶⁸. Ainsi, et « *[d]ans ces conditions, le droit d'auteur au sens de [...] la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur* »⁸⁶⁹. La Cour est ainsi affirmative et catégorique : la condition

⁸⁶⁴ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁸⁶⁵ Désormais, l'article 14 de la 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE fait mention de la condition d'originalité, appliquée aux œuvres d'art visuel : « *Les États membres prévoient que, lorsque la durée de protection d'une œuvre d'art visuel est arrivée à expiration, tout matériel issu d'un acte de reproduction de cette œuvre ne peut être soumis au droit d'auteur ni aux droits voisins, à moins que le matériel issu de cet acte de reproduction ne soit original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur* ».

⁸⁶⁶ Point n°1 de l'arrêt *Infopaq* : « *La demande de décision préjudicielle porte, d'une part, sur l'interprétation de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10), et, d'autre part, sur les conditions d'exemption des actes de reproduction provisoires au sens de l'article 5 de cette directive.* »

⁸⁶⁷ Point n°35 de l'arrêt *C-5/08 Infopaq*.

⁸⁶⁸ Point n°36 de l'arrêt *Infopaq*.

⁸⁶⁹ Point n°37 de l'arrêt *Infopaq*.

d'originalité, qui est une règle législative de droit spécial, s'applique désormais à l'ensemble du droit commun du droit d'auteur. Concrètement, la Cour a décidé de passer d'un principe d'harmonisation verticale (la condition d'originalité proposée par certaines directives de droit spécial n'est appliquée que dans certaines situations particulières) à un principe d'harmonisation horizontale (la condition d'originalité est appliquée à l'ensemble des créations candidatant à la protection du droit d'auteur)⁸⁷⁰.

Ainsi, et comme a pu le dire un auteur, l'arrêt *Infopaq* est important notamment « *en ce qu'il consacre, de façon générale, [l'originalité comme critère de protection], preuve que l'harmonisation communautaire peut aussi se réaliser, indépendamment des directives, par les arrêts de règlement de la Cour de justice des Communautés européenne* »⁸⁷¹.

Cette position de la Cour, exprimée dans l'arrêt *Infopaq*, va se poursuivre dans ses futurs arrêts malgré la critique par une partie de la doctrine de la méthode employée⁸⁷². La Cour expliquera ainsi une nouvelle fois dans l'arrêt *Painer* que « *le droit d'auteur n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet, telle une photographie, qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur* »⁸⁷³. Elle retiendra la même position dans l'arrêt *Football Association Premier League*⁸⁷⁴.

Plus tard, la Cour proposera même la consécration de « l'œuvre » en notion autonome qui devra dès lors revêtir une interprétation uniforme sur tout le territoire de l'Union⁸⁷⁵. Il en ira ainsi dans l'arrêt *Levola* qui va considérer que la notion d'œuvre citée par la directive 2001/29/CE « *doit normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme [eu égard aux exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité]* »⁸⁷⁶. Dit autrement, cela signifie que les juridictions des États membres n'ont plus la possibilité d'appréhender autrement la notion d'œuvre et doivent, de fait, se plier à la position de la CJUE. Et puisque, pour revêtir la qualité d'œuvre, les créations doivent respecter les

⁸⁷⁰ Michel M. Walter, « Du développement du droit d'auteur européen », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 796.

⁸⁷¹ C. Caron, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Communication Commerce électronique n° 11*, LexisNexis, 2009.

⁸⁷² « *La méthode est contestable puisque la Cour ne se contente pas d'étendre l'interprétation de la notion d'originalité mais à en étendre le principe, qui plus est en droit d'auteur général, alors même qu'elle a été élaborée en droit spécial* », C. Castets-Renard, « Fasc. 1840, Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur », *Jurisclasseur*.

⁸⁷³ Point n°87 de l'arrêt *Painer*, souligné par nous.

⁸⁷⁴ Point n°97 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

⁸⁷⁵ Point n°22 de l'arrêt *C-245/00 – SENA*.

⁸⁷⁶ Point n°33 de l'arrêt *Levola*.

exigences posées par la Cour dans ce même arrêt, les États n'ont pas la possibilité d'envisager une autre condition d'originalité que celle qui est envisagée par la Cour. Cette position sera une nouvelle fois validée dans les arrêts postérieurs de la Cour traitant de cette notion d'œuvre, notamment les arrêts *Cofemel* et *Brompton*.

*

Ainsi, c'est bien le principe de cohérence qui va permettre au juge de la CJUE d'appliquer au droit commun du droit d'auteur une condition – l'originalité – uniquement envisagée par le droit spécial du droit d'auteur européen, au travers des différentes directives citées plus haut.

En tout état de cause, et c'est peu de le dire, « *la Cour de justice va bien au-delà de la volonté harmonisatrice du législateur* »⁸⁷⁷ dans ses différentes jurisprudences. N'ayons pas peur des mots : « *la Cour supplée le législateur de l'Union* »⁸⁷⁸, y compris s'agissant de la détermination des contours de la condition d'originalité.

Paragraphe 2 : Une originalité redéfinie et précisée par le juge de l'Union européenne

Dans ses différentes jurisprudences, le juge de la CJUE va abandonner l'inlassable référence exclusive à la personnalité, souvent insaisissable, de l'auteur.

Le tremblement de terre judiciaire que l'on aurait pu envisager n'arriva toutefois pas. En effet, les critères trouvés par le juge de l'Union afin de dessiner les contours de la condition d'originalité ne font que valider ceux qui étaient déjà, et depuis quelques temps maintenant, utilisés par certaines juridictions nationales (Sous-paragraphe 1).

Les contours de la protection par le droit d'auteur sont à présent explicites. Ils le sont d'autant plus que la Cour les précise davantage encore à chaque nouvelle jurisprudence. Il devient notamment plus simple pour le juge de refuser la protection du droit d'auteur à certaines créations (Sous-paragraphe 2).

⁸⁷⁷ C. Caron, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Communication Commerce électronique* n° 11, LexisNexis, novembre 2009.

⁸⁷⁸ C. Castets-Renard, « Processus d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins en droit de l'Union », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, septembre 2014, texte actualisé en juin 2021.

Sous-paragraphe 1 : La caractérisation de l'originalité par le juge de l'Union européenne

D'abord envisagé par le juge de la Cour de justice des Communautés européennes (ancienne Cour de justice de l'Union européenne) dans l'arrêt *Infopaq*⁸⁷⁹, le renouvellement du concept d'originalité va être explicité puis étendu à l'ensemble des créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur.

Les apports de l'arrêt *Infopaq* au droit d'auteur sont nombreux, mais c'est bien dans ses explications quant à la détermination des contours du concept d'originalité qu'il prendra toute son importance à nos yeux. Ce célèbre arrêt va ainsi amorcer d'une manière bien étonnante le renouveau européen d'une originalité tant discutée.

Le juge de l'Union européenne va par la suite affiner sa position afin d'offrir aux juridictions nationales un cadre leur permettant de déterminer au cas par cas l'originalité des créations qui leur font face.

1. Le critère des choix validé par le juge de l'Union : l'arrêt *Infopaq*

L'affaire qui nous intéresse se retrouve au point n°26 de l'arrêt *Infopaq*. Celui-ci expose les différentes questions préjudicielles pour lesquelles les juridictions nationales danoises ont saisi la CJCE, notamment la première qui est posée en l'état à la Cour : « *[l]e fait de mettre en mémoire, puis d'imprimer, un extrait d'un article tiré d'une publication, extrait constitué d'un mot clé, des cinq mots qui le précèdent et des cinq mots qui le suivent, peut-il être considéré comme étant un acte de reproduction bénéficiant de la protection prévue à l'article 2 de la directive [2001/29]*⁸⁸⁰ ? »⁸⁸¹. Dit autrement, il était ainsi question de savoir si un extrait d'un

⁸⁷⁹ CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International*.

⁸⁸⁰ Article 2 de la directive [2001/29] :

« *Droit de reproduction*

Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;

b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;

e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite. »... et l'existence de ce droit de reproduction implique immanquablement la présence d'une œuvre protégée par le droit d'auteur.

⁸⁸¹ CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International*.

ouvrage littéraire composé de onze mots pouvait donner prise au droit d'auteur, dès lors être protégé contre tout acte de reproduction sans avoir obtenu l'autorisation de l'auteur.

A cette question, la Cour va fort justement répondre par la positive⁸⁸².

a. Une originalité caractérisée par les choix de l'auteur

A première vue, rien ne semble indiquer dans les législations de droit d'auteur, qu'elles soient nationales, européennes ou internationales, que la protection ne serait réservée qu'aux créations justifiant d'une longueur ou encore d'une durée *minimale*. La solution de la Cour doit à ce titre être saluée : une suite de onze mots peut tout à fait être protégée par le droit d'auteur, du moment qu'elle satisfait aux conditions de la protection. Sans être indispensable au droit positif⁸⁸³, cette précision reste salutaire.

Il reste toutefois intéressant de se pencher sur la condition à la protection par le droit d'auteur de ces onze petits mots. Doit-on s'évertuer à déceler l'empreinte de la personnalité de son auteur, comme le souhaitaient et le souhaitent encore bon nombre d'universitaires français ? La réponse à cette question doit être nuancée.

L'arrêt *Infopaq* indique tout d'abord dans son point n°37 que « le droit d'auteur [...] n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur »⁸⁸⁴, faisant ainsi référence explicite à la personne même de l'auteur.

Il précise toutefois à la suite, dans son point n°45, que « [c]e n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit

⁸⁸² Point n°76 de l'arrêt *Infopaq* : « Un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, si — ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier — les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur. »

⁸⁸³ Il avait par exemple été déjà jugé que le vers « *Le soleil a rendez-vous avec la lune* » tiré de la chanson éponyme de Charles Trenet était protégé par le droit d'auteur : « Considérant que ce vers, [...] ainsi que l'a pertinemment relevé le tribunal, est un jeu de mots, le terme "rendez-vous" signifiant une rencontre convenue entre deux ou plusieurs personnes ; Que le choix de ce terme, nécessairement ignoré des astres qui n'obéissent qu'à des lois astronomiques, est original pour désigner l'occultation passagère du soleil lorsque la lune passe entre cet astre et la terre ; Que l'expression d'une telle idée porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ; que ce vers bénéficie de la protection du droit d'auteur », dans *CA Paris, 4e ch., sect. A, 18 mars 2003, SA Le Figaro c/ SA Éd. Raoul Breton et M. Gauthier : Juris-Data n° 2003-209198*.

⁸⁸⁴ Arrêt *Infopaq*, point n°37.

créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle »⁸⁸⁵. Cet arrêt *Infopaq* expose ainsi déjà les contours de la condition d'originalité, nécessairement composée par la personnalité de l'auteur laquelle sera indubitablement révélée par les choix de ce dernier.

Les choix marqueurs d'originalité d'une création littéraire peuvent dès lors se retrouver dans « *la manière dont est présenté le sujet* »⁸⁸⁶ par l'auteur ou encore dans son « *expression linguistique* »⁸⁸⁷. Mais en tout état de cause, ces choix ne peuvent évidemment pas se retrouver dans les seuls mots « *qui, considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise* »⁸⁸⁸, contrairement à « *certaines phrases isolées, ou même certains membres de phrases du texte concerné, [qui peuvent] transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article* »⁸⁸⁹. De fait, « *[l]es mots en tant que tels ne constituent donc pas des éléments sur lesquels porte la protection* »⁸⁹⁰. A moins d'en inventer un de toute pièce, il semble en effet compliqué de revendiquer la protection d'un simple mot par le droit d'auteur pour la seule raison qu'on l'aurait adroitement choisi, ce choix devant, dans la quasi-totalité des situations, être considéré comme étant d'une grande banalité⁸⁹¹. Toutefois, le droit nous l'apprend presque tous les jours, il ne faut jamais dire jamais⁸⁹².

Le juge européen va également apporter dans cet arrêt quelques précisions sur les éléments pouvant être protégés au sein d'une œuvre de l'esprit, par le droit d'auteur.

b. La protection des seules parties originales d'une œuvre de l'esprit

Si l'œuvre de l'esprit est bien évidemment protégée par le droit d'auteur dans sa totalité du moment que celle-ci réponde correctement à l'exigence d'originalité, les différentes parties qui la composent peuvent également l'être. Comme l'indique en effet le point n°38 de l'arrêt

⁸⁸⁵ *Ibid.*, point n°45.

⁸⁸⁶ Arrêt *Infopaq*, point n°44.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*, point n°45.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, point n°47.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ « *On imagine mal qu'un auteur puisse exprimer une originalité en utilisant un mot du langage courant qu'il n'a pas créé* », C. Caron, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2009, comm. 97.

⁸⁹² Le nom « Angélique » fut ainsi protégé par le droit d'auteur en tant que titre d'une série de romans, *CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 11 janv. 2001, SARL Colmax c/ SARL Archange international : Juris-Data n° 143817.*

Infopaq, « rien [...] n'indique que [les] parties sont soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière. Il s'ensuit qu'elles sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière »⁸⁹³.

Autrement dit, l'œuvre entière est protégée par le droit d'auteur si elle est originale. Or, à moins de ne l'être que par elle-même, elle est originale si certaines de ses parties le sont : souvenons-nous à titre d'exemple qu'une œuvre audiovisuelle peut être composée d'un scénario, d'une musique, de dialogues... Ces éléments, ces parties de l'œuvre audiovisuelle, peuvent tous être protégés par le droit d'auteur en ce qu'ils permettent parfois à leur auteur d'exprimer ses choix créatifs. Ils participent de fait à l'originalité de l'œuvre tout entière.

Ainsi, « les différentes parties d'une œuvre bénéficient [aussi] d'une protection [...] à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre »⁸⁹⁴, à condition qu'elles soient donc originales. Dès lors, certaines parties d'une œuvre peuvent, au même titre que n'importe quelles créations, ne pas être protégées par le droit d'auteur.

Concrètement, « [c]ela signifie que si la partie non originale de l'œuvre est exploitée isolément, il n'y aurait pas d'atteinte au droit d'auteur »⁸⁹⁵. Et « [p]ar conséquent, le juge national doit s'abstenir d'accorder systématiquement la protection à la partie au motif que le tout est original et contrôler l'originalité de la partie »⁸⁹⁶. *Quid* alors des courts extraits d'œuvres audiovisuelles reproduits sur des serveurs en ligne puis représentés sur internet à échelle planétaire ?

Nous ne partageons en revanche pas l'avis de certains auteurs qui considèrent qu'une partie d'une création peut tout à fait être protégée par le droit d'auteur sans que la création entière ne le soit elle-même⁸⁹⁷. Il ressort en effet de la lettre de l'arrêt *Infopaq* que les parties de l'œuvre entière « sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à

⁸⁹³ Point n°38 de l'arrêt *Infopaq*.

⁸⁹⁴ Point n°39 de l'arrêt *Infopaq*.

⁸⁹⁵ C. Caron, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2009, comm. 97.

⁸⁹⁶ V. L. Benabou, « L'originalité, un Janus politique », *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 33.

⁸⁹⁷ « Un dernier mot sur une question rarement, sinon jamais évoquée : on peut très bien imaginer qu'un fragment soit original alors que le tout ne le serait pas. Par exemple, un manuel d'utilisation très froidement technique dans lequel figureraient quelques paragraphes différents du reste », J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, p. 283.

l'originalité de l'œuvre entière »⁸⁹⁸. La protection de l'une des parties originales d'une création implique ainsi nécessairement la protection de la création tout entière, également originale.

Toutefois, une œuvre protégée dans sa totalité peut tout à fait ne pas être constituée de parties protégées par le droit d'auteur. Il en ira par exemple ainsi lorsque les onze mots de l'arrêt *Infopaq* ne seront pas envisagés en tant que simple partie d'une œuvre, mais plutôt en tant qu'œuvre entière, protégée à ce titre par le droit d'auteur. Dans cette situation, il nous semble effectivement bien impossible de soutenir la protection d'une partie de cette phrase composée de onze mots⁸⁹⁹.

En tout état de cause, si le critère des choix de l'auteur est effectivement employé par le juge de la CJCE dans cette jurisprudence, aucune précision n'est pour le moment formulée quant aux caractéristiques attendues judiciairement afin d'accorder au résultat desdits choix la protection du droit d'auteur.

2. L'absence de liberté dans la création : l'arrêt *Football Association Premier League*⁹⁰⁰

Si l'arrêt *Football Association Premier League* ne se concentre pas exclusivement sur la condition d'originalité en droit d'auteur et sur le critère des choix, il va apporter de nouvelles précisions à propos de l'exigence de liberté dans l'acte créatif de l'auteur. Il était *in fine* question de savoir si une rencontre de football pouvait être protégée, en tant que telle, par le droit d'auteur. La réponse de la Cour ne laisse pas place au doute. Ainsi, la « *FAPL [Football Association Premier League Ltd.] ne peut faire valoir un droit d'auteur sur les rencontres de « Premier League » elles-mêmes, celles-ci n'étant pas qualifiables d'œuvres* »⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ Point n°38 de l'arrêt *Infopaq*.

⁸⁹⁹ Nous aurions également pu prendre l'exemple d'une courte création audiovisuelle, composée essentiellement d'éléments banals, et qui n'accéderait à la protection du droit d'auteur que par le choix et la disposition de ces différents éléments, par exemple *via* la réalisation d'un montage particulier. La protection porterait ici effectivement sur l'œuvre audiovisuelle dans son ensemble, mais elle ne devrait pas pouvoir s'étendre sur ses différentes parties, toutes plus ou moins banales. Evidemment, l'efficacité de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur s'en trouvera alors très fortement réduite et l'auteur de l'œuvre protégée dans son entièreté ne pourra pas s'opposer à la reprise des éléments banals qui la composent.

⁹⁰⁰ C-403/08 - *Football Association Premier League e.a.*

⁹⁰¹ Point n°96 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

a. L'existence de règles du jeu anéantissant toute originalité

Pour dénier toute protection aux rencontres sportives de *Premier League*, le juge de la CJUE commence par rappeler le principe découvert dans l'arrêt *Infopaq* : « pour revêtir [la qualification d'œuvre], il faudrait que l'objet concerné soit original en ce sens qu'il constitue une création intellectuelle propre à son auteur (voir, en ce sens, arrêt du 16 juillet 2009, *Infopaq International*, C-5/08, Rec. p. I-6569, point 37) »⁹⁰².

Le juge poursuit : « les rencontres sportives ne sauraient être considérées comme des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres au sens de la directive sur le droit d'auteur »⁹⁰³ pour la simple et bonne raison que « les matchs de football, lesquels sont encadrés par des règles de jeu, qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur »⁹⁰⁴. De fait et « [d]ans ces conditions, ces rencontres ne sont pas susceptibles d'être protégées au titre du droit d'auteur »⁹⁰⁵. Cette protection pourrait toutefois être accordée d'une autre manière par « les différents ordres juridiques internes »⁹⁰⁶.

Liberté et créativité, la Cour maintient de fait sa position tenue dans l'arrêt *Infopaq*. La protection par le droit d'auteur au titre d'œuvre⁹⁰⁷ n'est donc accordée qu'aux créations résultant de la liberté créative de leur auteur.

En réalité, la CJUE ne fait *in fine* rien d'autre que d'appliquer une exigence déjà existante en droit interne français qui impose aux choix effectués par un créateur d'avoir été pris librement, sans que la liberté attendue par le juge ait à être nécessairement absolue. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le vérifier, une liberté toute relative est suffisante pour donner prise au droit d'auteur, une fois que l'exigence de créativité est évidemment vérifiée.

⁹⁰² Point n°97 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

⁹⁰³ Point n°98 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ Point n°99 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

⁹⁰⁶ Point n°100 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

⁹⁰⁷ Le juge de la CJUE semble en l'espèce amalgamer « l'œuvre objet de la protection et le critère de la protection » (V. L. Benabou, *op. cit.*, p. 24), puisqu'il n'y aurait d'œuvre qu'en présence d'une création intellectuelle propre à son auteur, c'est-à-dire originale (voir notamment l'arrêt *Infopaq*). Nous verrons que malgré les critiques d'une partie de la doctrine (voir notamment V. L. Benabou, *ibid.*) cet amalgame va se poursuivre dans les jurisprudences ultérieures de la CJUE. La Cour va en effet proposer sa propre version du concept d'œuvre, lequel renverrait à toute création originale et exprimée. Il n'existerait ainsi pas d'œuvre non originale et l'œuvre serait ainsi, nécessairement, l'objet protégé par le droit d'auteur.

Ainsi, ce sont bien les règles du jeu qui empêchent toute protection aux rencontres de football en ce qu'elles « *ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur* »⁹⁰⁸.

Mais contrairement à ce qui a toutefois pu être dit par Valérie-Laure Benabou⁹⁰⁹, nous ne pensons pas que la Cour s'oriente en l'espèce vers une conception plus subjective de la condition d'originalité. En effet, l'exigence de liberté créative s'entend toujours indépendamment de l'empreinte ou du reflet de la personnalité de l'auteur, voire de sa « *touche personnelle* »⁹¹⁰. Cette liberté dans la création doit en réalité s'envisager de manière objective, après l'analyse des choix de l'auteur.

Ainsi, c'est bien de manière purement objective que les juges de la cour d'appel de Paris ont pu admettre l'absence d'originalité de la création audiovisuelle représentant un cheval au galop dans les rues de Paris, les images ne permettant pas de démontrer que les différents choix effectués par l'auteur de la création, ait été réalisés librement⁹¹¹. Partant, ce n'est donc que dans un second temps et une fois seulement que la liberté et la créativité de l'auteur seront démontrées que sa personnalité sera révélée.

Le rappel de ce dernier exemple apporte enfin une précision quant à la portée de cet arrêt. Celle-ci ne doit ainsi évidemment pas se limiter à l'appréhension des seules rencontres sportives par le droit d'auteur. Au contraire, les règles du jeu énoncées par l'arrêt *Football Association Premier League* peuvent s'exporter dans bon nombre d'autres situations, notamment en matière d'audiovisuel.

⁹⁰⁸ Point n°100 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

⁹⁰⁹ V. L. Benabou, *op. cit.*, p. 25.

⁹¹⁰ Point n°92 de l'arrêt *Painer*.

⁹¹¹ « *Que sa marge de manœuvre était en réalité extrêmement étroite (conditionnée en particulier, durant la cavalcade, par la trajectoire du cheval, le véhicule de police ou la circulation et, ensuite, par le positionnement des forces de l'ordre) et si la prise de vue n'a pas été purement automatique, mais a mis en œuvre des choix tels que des plans plus ou moins rapprochés de l'équidé dans son environnement (y compris une fois secouru), manifestement ceux-ci étaient dictés par les circonstances, et ne permettent pas de révéler la personnalité, au sens du droit d'auteur, du professionnel ayant réalisé la vidéo ; qu'en particulier le suspens invoqué naît du déroulement même de l'événement filmé avec les aléas d'une prise d'images en direct* », CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 6 juin 2012, n° 10/21371, J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France : *JurisData* n° 2012-016964 ; *RLDI* juill. 2012, n° 2817.

b. Une limite récurrente en droit d'auteur

Si une rencontre de football n'est pas considérée par le juge européen comme étant une œuvre protégée à ce titre par le droit d'auteur, c'est ainsi parce que les règles du jeu, inhérentes à ce type d'activité sportive, privent les acteurs de ces matchs de football de toute liberté créative.

Comme l'indique une autrice, la liberté créative impose à « *l'auteur d'être capable de liberté dans son travail de création ; il doit pouvoir s'émanciper de règles par trop contraignantes et décider de ses actes en étant animé par son esprit créateur* »⁹¹².

Si des règles du jeu ne limitent pas à proprement parler la plupart des créations dont on pourrait réclamer la protection par le droit d'auteur comme cela a été le cas dans cette situation particulière des rencontres sportives, d'autres règles ou contraintes vont parfois restreindre, voire dicter les choix du créateur. Outre les règles du jeu, il en ira ainsi pour toutes les contraintes de temps ou de lieu qui empêcheraient par exemple un créateur de l'audiovisuel de choisir librement l'angle de capture de ses images, comme cela a pu être le cas dans l'affaire précitée du cheval au galop. Il ne faut ainsi pas limiter la portée de l'arrêt à sa lettre même, et le critère relatif aux règles du jeu a vocation à s'adapter et à s'appliquer à différentes situations.

Cette solution sera d'ailleurs reprise par la CJUE dans ses arrêts *Football Dataco* et *Cofemel*, puis précisée dans les affaires *BSA* et *Brompton* que nous envisagerons plus tard.

3. Des choix créatifs : l'arrêt Painer

S'inscrivant dans la lignée des arrêts *Infopaq* et *Football Association Premier League*, l'arrêt *Painer*⁹¹³ a permis au juge de la CJUE d'explicitier davantage les contours de la condition d'originalité en mettant en avant, une fois de plus, le critère des choix de l'auteur afin de caractériser l'originalité de toute création. Nous nous contenterons là encore de l'analyse des apports de la jurisprudence relatifs à la question de l'originalité, telle qu'elle est à présent envisagée au niveau européen.

L'affaire qui nous intéresse concerne une photographie de portrait réalisée par une photographe professionnelle – la dénommée Mme Painer – puis réutilisée sans son accord par plusieurs journaux. La question posée à la Cour, que l'on peut retrouver au point n°43 de l'arrêt, était

⁹¹² V. L. Benabou, *op. cit.*, p. 26.

⁹¹³ CJUE, 3^e ch., 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer*.

ainsi la suivante : « [...] convient-il d'interpréter les dispositions combinées des articles 1^{er}, paragraphe 1, et 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29 et de l'article 12 de la convention de Berne [...] en ce sens que le droit d'auteur confère à des œuvres photographiques et/ou à des photographies, en particulier des photographies de portrait, une protection 'moindre', voire nulle, du fait que, en ce qui concerne la 'photographie réaliste', celles-ci offrent des possibilités de création artistique trop réduites ? »⁹¹⁴. En d'autres termes, il est ainsi question de savoir si une création photographique de portrait, ou réaliste, résultant de choix créatifs forcément limités de la part de son auteur, peut voir sa protection par le droit d'auteur limitée, voire refusée. Sans surprise, la Cour répondra par la négative⁹¹⁵, rien ne permettant d'exclure *a priori* une quelconque création exprimée du champ de protection du droit d'auteur.

Les apports de cet arrêt s'agissant de la condition d'originalité envisagée par la CJUE sont en outre particulièrement nombreux.

a. La détermination de la créativité de l'auteur

Le juge de la CJUE rappelle tout d'abord l'évidence : une photographie, y compris de portrait, « est susceptible d'être protégée, dès lors qu'elle manifeste une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier »⁹¹⁶, renouvelant ainsi l'attachement des juges européens à la personne de l'auteur, *in fine* à l'approche en partie subjective de la condition d'originalité⁹¹⁷. Le juge précise alors immédiatement sa pensée : « une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci [...] or tel est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs »⁹¹⁸. Ainsi, le juge admet une nouvelle fois⁹¹⁹ que les choix de l'auteur, critère objectif, permettent de refléter la personnalité de l'auteur, critère subjectif. Son

⁹¹⁴ Point n°43 de l'arrêt *Painer*.

⁹¹⁵ Point n°150 de l'arrêt *Painer* : « L'article 6 de la directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, doit être interprété en ce sens qu'une photographie de portrait est susceptible, en vertu de cette disposition, d'être protégée par le droit d'auteur, à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'elle soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie. Dès lors qu'il a été vérifié que la photographie de portrait en cause présente la qualité d'une œuvre, la protection de celle-ci n'est pas inférieure à celle dont bénéficie toute autre œuvre, y compris photographique. »

⁹¹⁶ L. Idot, « Droit d'auteur et photographies », *Lexis360*, février 2012.

⁹¹⁷ Point n°88 de l'arrêt *Painer* : « une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci ». Il renvoie également explicitement aux points n°35 et 37 de l'arrêt *Infopaq* précité.

⁹¹⁸ Points n°88 et 89 de l'arrêt *Painer*.

⁹¹⁹ Puisque le critère des choix avait déjà été employé dans le point n°45 de l'arrêt *Infopaq*.

analyse se distingue ainsi encore de ceux qui souhaiteraient faire de la condition d'originalité un concept soit purement subjectif, soit purement objectif.

Plus intéressant encore, le juge vient réaffirmer dans l'arrêt *Painer* les contours des choix judiciairement attendus et pouvant donner prise au droit d'auteur. Ainsi, seuls les « *choix libres et créatifs* »⁹²⁰ sont vecteurs d'originalité, ce que nous avons déjà eu l'occasion de vérifier en droit interne. La seule présence de choix dans la création ne suffit donc pas à cette dernière pour obtenir la protection du droit d'auteur.

Quelques explications sont en outre offertes par le juge dans l'arrêt *Painer* s'agissant des moyens permettant d'une part aux juges nationaux de vérifier l'existence des choix créatifs dans le cas d'une photographie de portrait, et d'autre part à l'auteur de les prouver.

Afin d'appréhender la créativité des choix de l'auteur d'une photographie⁹²¹, le juge considère en effet « *que l'auteur pourra effectuer ses choix libres et créatifs de plusieurs manières et à différents moments de sa réalisation* »⁹²², trois sont notamment identifiés par le juge. Tout d'abord lors de la phase préparatoire, « *l'auteur pourra choisir la mise en scène, la pose de la personne à photographier, ou l'éclairage* »⁹²³. Au moment de la prise de la photographie en tant que telle, l'auteur pourra ensuite « *choisir le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée* »⁹²⁴. Enfin, et *a posteriori* de la prise de la photographie, « *l'auteur pourra choisir parmi diverses techniques de développement qui existent celle qu'il souhaite adopter, ou encore procéder, le cas échéant, à l'emploi de logiciels* »⁹²⁵. Nous verrons plus tard que ces moments s'accordent pour la plupart parfaitement avec l'acte créatif duquel résulte l'œuvre audiovisuelle.

Pour être tout à fait clair, ce n'est pas le choix de l'emploi *stricto sensu* d'un logiciel dans l'acte créatif de la photographie qui permettra au juge de caractériser la créativité de l'auteur. Ce sont donc bien les différents choix réalisés par l'auteur, éventuellement à l'aide d'un logiciel, qui lui permettront, ou non, de faire preuve de créativité afin « *d'imprimer sa « touche personnelle* »⁹²⁶

⁹²⁰ Point n°89 de l'arrêt *Painer*.

⁹²¹ Qui sera donc considérée comme originale si et seulement si les choix créatifs ont été pris librement.

⁹²² Point n°90 de l'arrêt *Painer*.

⁹²³ Point n°91 de l'arrêt *Painer*.

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ Soit le reflet de la personnalité de l'auteur, mais dit autrement. On peut toutefois se poser la question de l'intérêt véritable de l'utilisation de cette nouvelle expression par le juge. En effet, celle-ci n'apporte finalement rien de

à l'œuvre créée »⁹²⁷. En tout état de cause, « [c]es « trois temps » de l'originalité sont classiques en droit français pour déterminer l'originalité des photographies »⁹²⁸. De fait, et « s'agissant d'une photographie de portrait, la marge dont dispose l'auteur pour exercer ses capacités créatives ne sera pas nécessairement réduite, voire inexistante »⁹²⁹. A ce titre, une photographie de portrait, ou réaliste, peut tout à fait obtenir la protection du droit d'auteur⁹³⁰.

Evidemment, le juge de la CJUE ne donne toutefois pas de définition concrète de la créativité telle qu'il l'attend. Dès lors, il revient encore⁹³¹ « à la juridiction nationale de vérifier [...] les choix libres et créatifs »⁹³² de l'auteur et ce « dans chaque cas d'espèce »⁹³³. Partant, le travail de la doctrine s'agissant de la question de la détermination de la créativité des choix de l'auteur demeure alors toujours aussi primordial.

Selon Daniel Gervais, déterminer la créativité d'un auteur « [e]n pratique, cela revient souvent à se demander si deux auteurs dans des situations identiques (type d'œuvre, outils, ressources, etc.) auraient vraisemblablement créé une œuvre similaire. Si la réponse à cette question est affirmative, il n'y avait probablement pas de place pour des choix générateurs d'originalité et, partant, pas de protection par le droit d'auteur »⁹³⁴. Autrement dit, déterminer si un choix est créatif c'est ainsi vérifier que celui-ci n'est pas banal. Concrètement, et comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, c'est s'assurer que le choix de l'auteur s'écarte « de ce qui est connu [...] et de ce qui en découle directement »⁹³⁵.

Les enseignements de l'arrêt *Painer* ne s'arrêtent pas à la seule exposition de l'exigence de choix créatifs, en partie révélatrice de l'originalité d'une création.

plus à l'arrêt. Alors à quoi bon alambiquer les choses ? « Ensuite, et quelle que soit la portée de l'arrêt, comment comprendre cette conjonction de formules diverses ? », J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, p. 277.

⁹²⁷ Point n°92 de l'arrêt *Painer*.

⁹²⁸ C. Caron, « Droit d'auteur de l'Union européenne : des photographies et des exceptions », *Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2012, comm. 26, Lexis360.

⁹²⁹ Point n°93 de l'arrêt *Painer*.

⁹³⁰ Ce qui sera évidemment confirmé par le juge de la CJUE dans son arrêt *Renckhoff* rendu le 7 août 2018.

⁹³¹ « dans certains cas, la fidélité du photographe peut mettre en valeur un beau savoir-faire, mais pourra néanmoins chasser toute originalité (V. par exemple, des portraits d'hommes politiques sur des affiches, CA Lyon, 23 mars 1989 : D. 1989, inf. rap. p. 214) », C. Caron, « Droit d'auteur de l'Union européenne : des photographies et des exceptions », *Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2012, comm. 26, Lexis360. En l'espèce, si le savoir-faire chasse effectivement toute originalité, c'est d'abord parce qu'il chasse la créativité de l'auteur.

⁹³² Point n°94 de l'arrêt *Painer*.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ D. Gervais, « Originalité(s) », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 398.

⁹³⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133.

b. Une originalité sans « seuils »⁹³⁶

Après avoir répondu aux questionnements de la juridiction nationale à propos de la protection des photographies de portrait par le droit d'auteur, la Cour s'est par la suite penchée sur la teneur d'une telle protection.

Le juge explique ainsi que, si la créativité des choix de l'auteur d'une photographie de portrait est nécessairement limitée par la nature même de cette catégorie de création, la protection qui pourrait être accordée à cette photographie ne devra pas être « *inférieure à celle dont bénéficient d'autres œuvres, notamment les œuvres photographiques* »⁹³⁷.

Le juge de la CJUE considère en effet « *qu'aucun élément [...] ne permet de considérer que l'étendue d'une telle protection serait tributaire d'éventuelles différences dans les possibilités de création artistiques, lors de la réalisation de diverses catégories d'œuvres* »⁹³⁸. De fait, « *la protection [d'une photographie de portrait] ne saurait être inférieure à celle dont bénéficient d'autres œuvres, y compris les œuvres photographiques* »⁹³⁹.

Une œuvre « *faiblement originale* »⁹⁴⁰ sera ainsi aussi bien protégée qu'une œuvre « *fortement originale* »⁹⁴¹ puisque « *dès lors que l'originalité est constatée, l'œuvre bénéficie de la protection, indépendamment de l'intensité de son caractère original* »⁹⁴². Autrement dit, si une photographie de portrait, ou réaliste, doit bénéficier d'une protection par le droit d'auteur, cette protection doit être strictement la même que celle potentiellement accordée à toutes les autres créations, issues aussi bien des beaux-arts que de la « *petite monnaie* » du droit d'auteur⁹⁴³.

⁹³⁶ V. L. Benabou, « L'originalité, un Janus politique », *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 30.

⁹³⁷ Point n°95 de l'arrêt *Painer*.

⁹³⁸ Point n°97 de l'arrêt *Painer*.

⁹³⁹ Point n°98 de l'arrêt *Painer*.

⁹⁴⁰ C. Caron, « Droit d'auteur de l'Union européenne : des photographies et des exceptions », *Communication Commerce électronique n° 3*, Mars 2012, comm. 26, Lexis360.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ Comme a toutefois pu le dire un auteur, « *[i]l n'en demeure pas moins que, officieusement, une faible originalité produira tout de même des conséquences sur l'exercice des droits et, par exemple, sur la caractérisation des atteintes au droit moral, à l'instar de ce qui existe en droit des marques où une forte distinctivité n'est pas sans effets pour prouver le risque de confusion* », *ibid.* La protection accordée par le droit d'auteur à chaque œuvre est la même, mais son efficacité sera forcément plus ou moins importante selon les œuvres.

Il n'existerait ainsi aucun « *seuils de protection* »⁹⁴⁴ et les « *États membres qui le prévoyaient perdent donc le pouvoir de moduler le contenu de la protection octroyée en fonction d'un seuil d'originalité* »⁹⁴⁵.

Cette solution n'est pas bien surprenante pour le juriste français, *a priori* bien au courant du principe de non-discrimination qui permet à chaque œuvre originale d'être protégée et ce « *quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* »⁹⁴⁶. Ainsi, « *[l]a protection de l'œuvre ne dépend pas de la qualité du résultat, de sa valeur esthétique ou économique, ou de son utilité* »⁹⁴⁷. L'affaire est régulièrement rappelée en jurisprudence⁹⁴⁸.

Sous-paragraphe 2 : Une jurisprudence désormais constante

Déjà envisagée dans de nombreuses jurisprudences françaises, l'exigence de choix libres et créatifs, révélateurs de la personnalité de l'auteur, est à présent véritablement consacrée par le juge de la CJUE.

De nombreuses autres affaires judiciaires offriront à ce dernier la possibilité de préciser encore davantage son raisonnement, *in fine* de poursuivre le renouvellement du concept d'originalité.

1. L'arrêt *Dataco*⁹⁴⁹, originalité ou savoir-faire ?

Trois questions sont notamment posées dans cet arrêt au juge de la CJUE. Elles vont permettre à ce dernier de s'intéresser à la protection des bases de données par le droit d'auteur.

Il était ainsi question de savoir, d'abord si « *les efforts intellectuels et le savoir-faire consacrés à la création de données doivent être exclus dans le cadre de l'application de cette disposition*⁹⁵⁰ »⁹⁵¹, ensuite si « *le «choix ou la disposition» des matières, au sens de ladite*

⁹⁴⁴ V. L. Benabou, « L'originalité, un Janus politique », *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 30.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ Article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

⁹⁴⁷ V. L. Benabou, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁴⁸ Voir notamment : *Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014*, cité par J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, p. 277 ; ou encore *Cass. Com., 19 janv. 2010, n°08-15.216*, cité par V. L. Benabou, *op. cit.*, p. 30 : « *qu'en opérant une distinction [...] entre des éléments représentant une « totale » originalité et des éléments présumés moins originaux, cependant que le degré d'originalité est totalement indifférent en matière de droit d'auteur, la cour d'appel s'est déterminée par une motivation inopérante et a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle* ».

⁹⁴⁹ *Football Dataco Ltd e.a. contre Yahoo! UK Ltd e.a.* du 1^{er} mars 2012.

⁹⁵⁰ L'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/9.

⁹⁵¹ Point n°25 de l'arrêt *Dataco*.

*disposition*⁹⁵², implique un ajout significatif à la donnée préexistante »⁹⁵³, enfin si « la notion de « création intellectuelle propre à [l']auteur », au sens de cette même disposition⁹⁵⁴, requiert davantage qu'un travail et un savoir-faire significatifs de la part de l'auteur et, le cas échéant, quelle est cette exigence supplémentaire »⁹⁵⁵. En d'autres termes, la condition d'originalité peut-elle être satisfaite par la simple mise en œuvre d'un savoir-faire ou par les efforts intellectuels du créateur ?

La réponse de la Cour est limpide : « les efforts intellectuels et le savoir-faire consacrés à la création desdites données ne sont pas pertinents pour déterminer l'éligibilité de ladite base à la protection par ce droit »⁹⁵⁶.

Deux conséquences s'ensuivent. D'une part, « il est indifférent, à cette fin, que le choix ou la disposition de ces données comporte ou non un ajout significatif à celles-ci »⁹⁵⁷. D'autre part, « le travail et le savoir-faire significatifs requis pour la constitution de cette base ne sauraient, comme tels, justifier une telle protection s'ils n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition des données que celle-ci contient »⁹⁵⁸.

Les choix résultant simplement d'un savoir-faire ne permettent donc pas d'obtenir la protection par le droit d'auteur. En revanche, la mise en œuvre d'un savoir-faire lors du processus créatif ne permet pas d'exclure, par principe, la création de la protection. Finalement, cette solution reflète l'état du droit positif, notamment français, au moment où cet arrêt a été rendu⁹⁵⁹. Elle sera d'ailleurs confirmée plus tard par le juge de la CJUE⁹⁶⁰.

En outre, et comme elle avait déjà pu le faire dans ses précédents arrêts, la Cour rappelle une nouvelle fois que « la notion de création intellectuelle propre à son auteur renvoie au critère

⁹⁵² L'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/9.

⁹⁵³ Point n°25 de l'arrêt *Dataco*.

⁹⁵⁴ L'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/9.

⁹⁵⁵ Point n°25 de l'arrêt *Dataco*.

⁹⁵⁶ Point n°46 de l'arrêt *Dataco*.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ Souvenons-nous que « [l']exécution personnelle dans la création artistique, et même littéraire, impose toujours une part de savoir-faire », C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

⁹⁶⁰ Point n°23 de l'arrêt rendu par la CJUE le 29 juillet 2019 *Funke Medien NRW GmbH/République fédérale d'Allemagne* : « il incombe au juge national de vérifier si, lors de l'élaboration de ces rapports, l'auteur a pu effectuer des choix libres et créatifs aptes à transmettre au lecteur l'originalité des objets en cause, une telle originalité découlant du choix, de la disposition et de la combinaison des mots par lesquels l'auteur a exprimé son esprit créateur d'une manière originale et a abouti à un résultat constituant une création intellectuelle [...], les seuls efforts intellectuels ainsi que le savoir-faire consacrés à la création desdits rapports étant à cet égard dénués de pertinence ».

de l'originalité »⁹⁶¹ tel qu'il a été découvert⁹⁶² dans ses jurisprudences *Infopaq*, *Football Association Premier League* et *Painer*. C'est-à-dire qu'une création, par exemple une base de données, sera protégée par le droit d'auteur au titre d'œuvre du moment qu'à travers ses « choix libres et créatifs »⁹⁶³ l'auteur « imprime ainsi sa « touche personnelle » »⁹⁶⁴ dans la création exprimée⁹⁶⁵. Ce ne sera pas le cas lorsque la base de données sera jugée banale, le « travail de compilation d'informations [n'étant] pas protégé en soi »⁹⁶⁶. De manière à présent classique, aucune protection ne sera accordée à la base de données dont la constitution sera « dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative ». Le juge de la CJUE met ainsi, ici encore⁹⁶⁷, en avant le critère objectif des choix libres et créatifs, associé au critère subjectif du reflet de la personnalité de l'auteur afin de révéler l'originalité d'une création.

D'ailleurs, « aucune autre condition, aucun autre critère ne conditionne la protection par le droit d'auteur »⁹⁶⁸. L'harmonisation européenne des conditions à la protection du droit d'auteur est en marche⁹⁶⁹.

La mention par le juge de la solution rendue dans ces précédents arrêts « révèle une construction conceptuelle »⁹⁷⁰ de la condition d'originalité. Il apparaît en effet que « [l]es arrêts, bien que rendus par des formations différentes, et à propos d'œuvres distinctes, se renvoient les uns aux autres et peaufinent au fur et à mesure une définition plus précise de l'originalité »⁹⁷¹. Nous aurons encore l'occasion de le vérifier.

⁹⁶¹ Point n°37 de l'arrêt *Dataco*.

⁹⁶² Pour le droit commun du droit d'auteur.

⁹⁶³ Point n°38 de l'arrêt *Dataco*.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ Toute solution différente aurait dans tous les cas été bien étonnante, puisque la Cour ne fait en l'espèce qu'appliquer une disposition de droit spécial, au départ propre aux créations que sont les bases de données.

⁹⁶⁶ *Cass. Ire civ.*, 2 mai 1989, n° 87-17.657, cité par C. Caron, « L'originalité de la base de données en droit de l'Union européenne », *Communication Commerce électronique* n° 5, LexisNexis, mai 2012.

⁹⁶⁷ Il avait également pu le faire au point n°67 de l'arrêt *SAS Institute Inc. contre World Programming Ltd*, cette fois relatif à la protection par le droit d'auteur d'un manuel d'utilisation d'un programme informatique : « Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots, de ces chiffres ou de ces concepts mathématiques qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat, le manuel d'utilisation du programme d'ordinateur constituant une création intellectuelle (voir, en ce sens, arrêt *Infopaq International*, précité, point 45) ».

⁹⁶⁸ Point n°40 de l'arrêt *Dataco*, qui fait directement référence à l'article 3, paragraphe 1, et au seizième considérant de la directive 96/9, cité par J. Larrieu, « L'originalité d'un calendrier de matchs de football », *Propriété industrielle* n° 10, LexisNexis, octobre 2012, comm. 75.

⁹⁶⁹ C. Caron, « L'originalité de la base de données en droit de l'Union européenne », *Communication Commerce électronique* n° 5, LexisNexis, mai 2012.

⁹⁷⁰ V. L. Benabou, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁷¹ *Ibid.*

2. Les arrêts *Levola*⁹⁷², *Cofemel*⁹⁷³ et *Brompton*⁹⁷⁴, la seule protection des parties originales de l'œuvre ?

Les trois affaires qui nous intéressent en l'espèce ne posent absolument aucune difficulté s'agissant de la détermination des contours du concept d'originalité. Ainsi, dans les arrêts *Levola*, *Cofemel* et *Brompton*, le juge de la CJUE poursuit le chemin qu'il avait déjà eu l'occasion d'entreprendre dans ses précédentes jurisprudences. Partant, il rappelle que pour qu'une création puisse être protégée par le droit d'auteur au titre d'œuvre, celle-ci doit d'une part être exprimée⁹⁷⁵, d'autre part satisfaire à la condition d'originalité⁹⁷⁶. S'agissant de cette dernière condition, la création doit donc constituer en une « *création intellectuelle propre à son auteur* »⁹⁷⁷, tel sera le cas si la création concernée est jugée « *original[e]* »⁹⁷⁸, et pour se faire « *il est à la fois nécessaire et suffisant que [celle-ci] reflète la personnalité de son auteur, en manifestant les choix libres et créatifs de ce dernier* »⁹⁷⁹. Rien de bien nouveau à l'horizon, le juge se servant d'ailleurs encore des conceptions objective et subjective de la condition d'originalité.

En tout état de cause, le juge apporte une nouvelle fois quelques précisions s'agissant de ses exigences de liberté et de créativité dans les choix effectués par le créateur.

Tout d'abord, le juge ne remet pas en question la possibilité, pour une saveur d'un produit alimentaire, d'être une création intellectuelle propre à son auteur, c'est-à-dire originale⁹⁸⁰.

⁹⁷² C-310/17 – *Levola Hengelo* du 13 novembre 2018.

⁹⁷³ C-683/17 – *Cofemel* du 12 septembre 2019.

⁹⁷⁴ C-833/18 – *Brompton Bicycle* du 11 juin 2020.

⁹⁷⁵ Nous reviendrons sur cette condition par la suite.

⁹⁷⁶ Et non pas, comme a pu le dire un auteur, que la qualification « d'œuvre » au sens du juge de la CJUE est constituée une fois que la création réunit les conditions « d'originalité » et... « d'œuvre ». Dit comme cela, il s'agit effectivement d'une tautologie qui n'a finalement pas beaucoup de sens : « *La CJUE, dans son arrêt de grande chambre du 13 novembre 2018, rendu sur avis conforme de l'avocat général Melchior Wathelet, commence par rappeler, en s'appuyant sur l'arrêt Infopaq, que la notion d'œuvre est une notion autonome du droit de l'Union européenne. Celle-ci doit répondre à deux conditions cumulatives : l'originalité, et la qualification d'œuvre, ce qui semble à ce stade quelque peu tautologique* », T. Gisclard, « L'identification des fragrances et des saveurs en droit de la propriété intellectuelle », *Propriété industrielle* n° 2, LexisNexis, Février 2019.

⁹⁷⁷ Points n°36, 29 et 22 des arrêts précités, lesquels renvoient respectivement à l'arrêt *Football Association Premier League*, puis, pour les deux derniers, à « *la jurisprudence constante de la Cour* ».

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Points n°30 et 23 des arrêts *Cofemel* et *Brompton*, le premier des deux renvoyant aux arrêts *Painer* et *Renckhoff*, le second à l'arrêt *Cofemel*.

⁹⁸⁰ Point n°42 de l'arrêt *Levola*. Si elle n'est pas protégée au titre d'œuvre, c'est en effet parce qu'elle ne répond pas à la deuxième condition posée par la Cour, soit celle relative à l'expression. Nous l'envisagerons plus tard.

Ensuite, en parfaite harmonie avec les dispositions du droit d'auteur français, « *la circonstance qu'un modèle génère un effet esthétique ne permet pas, en soi, de déterminer si ce modèle constitue une création intellectuelle reflétant la liberté de choix et la personnalité de son auteur, et satisfaisant donc à l'exigence d'originalité* »⁹⁸¹. Rendre toute autre solution reviendrait en effet à faire entrer le mérite dans le giron de la condition d'originalité, or la création résultant de choix libres et créatifs n'a pas nécessairement à être esthétique pour être protégée. De la même manière, une création certes esthétique mais ne résultant pas des choix libres et créatifs de son créateur échappera à toute protection. « *Autrement dit, la beauté peut provenir, certes, de l'originalité, mais aussi de la banalité* »⁹⁸².

Enfin, l'originalité suppose, outre l'exigence de créativité, celle de liberté dans l'acte créatif, ce qui implique que « *lorsque la réalisation d'un objet a été déterminée par des considérations techniques, par des règles ou par d'autres contraintes qui n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative, cet objet ne saurait être regardé comme présentant l'originalité nécessaire pour pouvoir constituer une œuvre et bénéficier en conséquence de la protection conférée par le droit d'auteur* »⁹⁸³. La protection par le droit d'auteur sera donc refusée lorsque le créateur aura subi le processus créatif et que ses choix seront ainsi dictés par, dans notre cas d'espèce, des « *considérations techniques* »⁹⁸⁴. Par ailleurs, « *l'existence d'une forme alternative ne permet pas de démontrer l'originalité de l'œuvre, et constitue au mieux un indice de la liberté de choix du créateur* »⁹⁸⁵. Telle solution existait déjà en droit français⁹⁸⁶.

*

Ceci étant dit, une difficulté apparaît toutefois lorsque le juge réserve dans ses arrêts *Levola* et *Cofemel* la qualification d' « œuvre », donc la protection par le droit d'auteur, aux « *éléments qui sont l'expression d'une telle création intellectuelle* »⁹⁸⁷.

⁹⁸¹ Point n°54 de l'arrêt *Cofemel*.

⁹⁸² C. Caron, « L'esthétique ne fait pas l'œuvre », *Communication Commerce électronique n° 11*, LexisNexis, Novembre 2019.

⁹⁸³ Point n°24 de l'arrêt *Brompton*.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ P. Kamina, « Sur la protection des formes fonctionnelles », *Communication Commerce électronique n° 9*, LexisNexis, Septembre 2020.

⁹⁸⁶ Voir par exemple *Cass. com.*, 9 mars 2010, n° 08-19.877, cité par P. Kamina, *ibid.*

⁹⁸⁷ Points n°37 et 29 des arrêts *Levola* et *Cofemel*, le premier des deux renvoyant aux arrêts *Infopaq* et *Football Association Premier League*, le second à l'arrêt *Levola*.

Certains auteurs s'étaient déjà interrogés, à propos de l'arrêt *Infopaq*, sur l'étendue de la protection d'une œuvre par le droit d'auteur. La protection peut-elle se limiter à la seule partie d'une création ?⁹⁸⁸

Lorsque le juge, dans les arrêts *Levola* et *Cofemel*, évoque ces « éléments » auxquels on doit réserver la protection du droit d'auteur, il semble à première vue suivre effectivement ce chemin. Aucune protection ne devrait alors être accordée à l'objet en tant que tel et seules ses parties pourraient accéder au statut d'œuvre, du moment bien évidemment qu'elles soient exprimées et originales. Si l'on rejoint cette analyse, « [l]'œuvre, pour la Cour, n'est pas le roman, mais les éléments originaux du roman »⁹⁸⁹. Ce constat doit, selon nous, être nuancé.

Rappelons tout d'abord notre analyse de l'arrêt *Infopaq* dans laquelle nous avons convenu que si le juge ouvrait effectivement, et fort justement, la protection par le droit d'auteur aux parties d'une œuvre, c'était à la condition que « [les parties de l'œuvre] participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière »⁹⁹⁰. Dès lors, la protection de l'œuvre dans son entièreté, indépendamment de la protection de ses parties, est ici reconnue par le juge de la CJUE.

Ensuite, puisque la qualification d' « œuvre » est « réservée aux éléments qui sont l'expression d'une [...] création intellectuelle »⁹⁹¹, pourquoi limiter ces « éléments » aux seules parties d'une création ? A notre avis, ces « éléments » qui, pour être protégés par le droit d'auteur au titre d'œuvre, doivent être d'une part exprimés et d'autre part originaux, englobent aussi bien les parties de la création que la création elle-même. La création est ainsi protégée par le droit d'auteur dans son entièreté si elle répond aux conditions de la protection. L'ensemble de ses différentes parties ne le sera en revanche pas, seules celles répondant aux conditions de la protection pouvant l'être. Et si elles obtiennent la protection, elles participent dès lors à l'originalité de l'œuvre entière. C'est précisément l'apport de l'arrêt *Infopaq*, repris notamment dans les arrêts *Football Association Premier League*, *Levola* et *Cofemel*.

⁹⁸⁸ « Un dernier mot sur une question rarement, sinon jamais évoquée : on peut très bien imaginer qu'un fragment soit original alors que le tout ne le serait pas. Par exemple, un manuel d'utilisation très froidement technique dans lequel figureraient quelques paragraphes différents du reste », J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, p. 283.

⁹⁸⁹ E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD Eur.*, 2019, p. 930.

⁹⁹⁰ Point n°38 de l'arrêt *Infopaq*.

⁹⁹¹ Points n°37 et 29 des arrêts *Levola* et *Cofemel*, le premier des deux renvoyant aux arrêts *Infopaq* et *Football Association Premier League*, le second à l'arrêt *Levola*.

Pour finir de s'en convaincre, il convient enfin de se tourner vers la troisième jurisprudence qui nous intéresse. L'arrêt *Brompton*, qui concerne la protection par le droit d'auteur d'un vélo pliable, est pour le moins explicite.

D'une part nous dit-il, « *un objet satisfaisant à la condition d'originalité peut bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur, quand bien même la réalisation de celui-ci a été déterminée par des considérations techniques, pour autant qu'une telle détermination n'a pas empêché l'auteur de refléter sa personnalité dans cet objet, en manifestant des choix libres et créatifs* »⁹⁹².

D'autre part, « *le critère de l'originalité ne saurait être rempli par les composantes d'un objet qui seraient uniquement caractérisées par leur fonction technique* »⁹⁹³.

En distinguant très nettement l'objet et ses composantes, le juge de la CJUE semble une nouvelle fois admettre que si les parties d'une création peuvent être protégées par le droit d'auteur, la création tout entière peut également l'être, du moment qu'elle respecte les conditions que l'on connaît désormais.

Selon nous, l'œuvre, au sens du juge de la CJUE, c'est ainsi le roman mais également, quelquefois, ses éléments originaux. Et comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser après l'analyse de l'arrêt *Infopaq*, si la création dans son entièreté n'implique pas systématiquement la protection de ses parties, la protection d'une partie de la création suppose nécessairement celle du tout⁹⁹⁴.

En tout état de cause, ces règles ont vocation à s'appliquer de manière uniforme, pour toutes les créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur, sur tout le territoire de l'Union.

⁹⁹² Point n°26 de l'arrêt *Brompton*.

⁹⁹³ Point n°27 de l'arrêt *Brompton*.

⁹⁹⁴ Voir *a contrario* sur ce dernier point l'arrêt *Funke Medien NRW GmbH/République fédérale d'Allemagne* qui indique en son point 22 que « *[c]'est au juge national qu'il appartient de déterminer si des rapports de situation militaire, tels que ceux en cause au principal, ou certains éléments de ceux-ci peuvent être qualifiés d'« œuvres »* ». Ainsi, s'il est ici réaffirmé qu'une création peut être protégée dans son entièreté par le droit d'auteur, la Cour semble en l'espèce également indiquer qu'il est possible qu'une partie d'une création puisse être protégée sans que la création toute entière ne le soit. Cette solution semble pourtant aller en contradiction avec celle retenue dans l'arrêt *Infopaq*. A notre sens, il aurait ainsi été plus juste de remplacer le « ou » de la Cour par un « et ». Ainsi, un rapport de situation militaire, ainsi que certaines de ses parties, peuvent être qualifiés d'œuvres.

Chapitre 2 : Les conséquences du renouveau du concept d'originalité

Les conséquences du renouveau français, mais surtout européen, du concept d'originalité sont multiples. Dans le cadre de ce travail, deux nous intéressent toutefois davantage.

Tout d'abord, l'approche européenne de la condition d'originalité autorise désormais d'envisager une remise en cause, au moins relative, de la dichotomie idée-forme. En effet, alors que le concept d'originalité de la fin du XXe siècle ne justifiait pas l'émancipation totale des conditions à la protection du droit d'auteur des concepts d'idée et de forme, l'originalité explicitée dans les nombreux arrêts de la CJUE devrait permettre de se pencher sur le débat français sur la pertinence de la dichotomie idée-forme en droit d'auteur (Section 1).

Ainsi, ce renouvellement de la condition d'originalité laisse enfin espérer harmonie et sécurité juridique devant les juridictions nationales et européennes. En revanche, les débats entourant ce nouveau statut d'œuvre européenne ne sont toujours pas achevés (Section 2).

Section 1 : La relative remise en cause européenne de la dichotomie idée-forme

Résoudre la crise du concept d'originalité en déterminant justement ses contours n'est pas résoudre la crise du droit d'auteur. Nous l'avons vu dans notre première grande partie : jusqu'au début du XXIe siècle, le droit d'auteur était frappé par deux incertitudes fondamentales. L'une concernait la condition d'originalité. L'autre, peut-être plus obscure encore, concernait et concerne toujours la dichotomie idée-forme. Mais quoi qu'ont pu en dire les doctrines nationales s'opposant aux concepts d'idée et de forme, il apparaît que cette dichotomie est toujours mentionnée dans la plupart des textes internationaux et européens, sans être pour autant définie par ces derniers (Paragraphe 1).

La nouvelle approche des conditions à la protection du droit d'auteur au niveau européen mériterait toutefois qu'on se penche sur la dichotomie idée-forme. Car si la Cour continue d'évoquer dans certaines de ses jurisprudences les concepts d'idée et de forme issus des textes internationaux ou de la législation européenne, il apparaît désormais très nettement que ni l'idée ni la forme ne sont véritablement au cœur des débats judiciaires. La CJUE a en effet décidé de suivre une voie intermédiaire plus pragmatique, en se tournant vers la notion d'œuvre européenne, seule à pouvoir être protégée par le droit d'auteur. Deux conditions doivent toutefois être réunies afin qu'une création puisse revêtir cette qualification d'œuvre :

l'originalité et l'expression rendant l'œuvre identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La mention de la dichotomie dans la législation internationale et européenne

Loin de réserver ses errements à la doctrine et au juge français, la dichotomie, donc les concepts d'idée et de forme, se retrouve dans de nombreux traités internationaux qui n'en disent généralement pas assez, ou en disent trop, selon le point de vue doctrinal que l'on souhaite emprunter (Sous-paragraphe 1).

Le droit européen puisant certaines de ses dispositions du droit international, il n'est alors pas surprenant de voir que la dichotomie est également exploitée par le législateur européen qui se contentera, une nouvelle fois, d'évoquer la dichotomie en ne l'explicitant d'aucune façon. On anticipe dès lors les difficultés du juge européen, par voie de conséquence celles des juges nationaux, pour appliquer concrètement cette dichotomie qui interdit, par principe, toute protection aux idées, qu'elles soient exprimées ou non (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : La dichotomie en droit international

La dichotomie opposant l'idée et la forme et refusant toute protection aux idées se retrouve dans la plupart des traités internationaux, traitant du droit d'auteur, qui intéressent l'Union européenne, donc la France.

1. La dichotomie dans la convention de Berne

La convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques est la première convention multilatérale adoptée dans le domaine du droit d'auteur⁹⁹⁵. Elle a été adoptée le 9 septembre 1886. Nous nous intéresserons seulement à la dernière version du texte, modifié le 28 septembre 1979. Cette convention constitue « *une véritable communauté de droits [créée] dans le but de protéger les droits des auteurs* »⁹⁹⁶. Logiquement, pour pouvoir protéger

⁹⁹⁵ J.-S. Bergé, « Droit européen et droit international de la propriété littéraire et artistique », *Jurisclasser Propriété littéraire et artistique*, 22 mars 2021.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

justement les droits des auteurs, il convient au préalable d'en dessiner les contours, donc d'aborder les concepts d'idée et de forme⁹⁹⁷.

Dans son article 2 issu de la modification de 1979, la convention de Berne expose le fait que « [l]es termes « œuvres littéraires et artistiques » comprennent toutes les productions du domaine littéraire et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression »⁹⁹⁸. Cette notion de « forme d'expression »⁹⁹⁹ n'apparaîtra plus dans le reste de la convention. Celle d'idée en est totalement absente. Et puisque l'indifférence de la « forme d'expression » permet uniquement d'affirmer que « le support matériel de l'œuvre ou le procédé employé pour sa réalisation est sans incidence sur la protection »¹⁰⁰⁰, il n'est pas envisageable de tirer de la lettre de cet article 2 une règle dichotomique, de laquelle résulterait l'absence de protection des idées par le droit d'auteur. Cette dernière a pourtant fait son bonhomme de chemin, tant en doctrine que dans les jurisprudences de ces deux derniers siècles.

Peut-être que d'autres textes internationaux sauront pour leur part répondre aux plaintes du juriste en droit d'auteur ?

2. La dichotomie dans les textes internationaux ultérieurs

Parmi les nombreux instruments internationaux traitant de la question du droit d'auteur, deux s'intéressent notamment à la dichotomie idée-forme : l'accord ADPIC et le traité de l'OMPI. Ils font suite à la convention de Berne, aujourd'hui assimilée par Henri-Jacques Lucas à une « sorte de convention-cadre aussi bien du droit international que du droit communautaire en la matière »¹⁰⁰¹.

a. La dichotomie dans l'accord ADPIC

Membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) depuis le 1^{er} janvier 1995, l'Union européenne est tenue de respecter les dispositions de l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce¹⁰⁰² (ADPIC), adopté en annexe de l'Accord

⁹⁹⁷ Nous avons déjà évoqué le fait que la convention de Berne ne s'intéresse pas à la condition d'originalité.

⁹⁹⁸ Article 2 de la convention de Berne.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985, p. 81.

¹⁰⁰¹ H.-J. Lucas, « La CJUE et les conventions internationales », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 556.

¹⁰⁰² Décision du Conseil n° 94/800/CE du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations

de Marrakech du 15 avril 1994. Cet accord, sorte de « *convention de Berne bis* »¹⁰⁰³, cherche notamment à faire intégrer la propriété intellectuelle « *sur la scène du commerce mondial* »¹⁰⁰⁴. En outre, son article 9 paragraphe 1 oblige « *l'Union à se conformer à la convention de Berne dans sa version de 1971* »¹⁰⁰⁵.

L'article 9 paragraphe 2 de l'accord ADPIC prévoit ainsi notamment que « *[l]a protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels* »¹⁰⁰⁶. Si aucune référence explicite n'est faite au concept de forme, la dichotomie idée-forme apparaît ici très nettement dans cette opposition entre l'expression, seule à même de pouvoir obtenir la protection du droit d'auteur, et l'idée.

Sans avoir à reprendre tous les enseignements que nous avons pu découvrir lors de notre analyse en première partie de la dichotomie opposant l'idée et la forme, il semble en l'espèce évident de voir que la lettre de l'accord ADPIC reproduit strictement les mêmes erreurs que celles qui ont plongées le droit d'auteur en crise au cours de ces deux derniers siècles. La protection est certes accordée à la seule expression. Elle est refusée *de facto* aux procédures, méthodes de fonctionnement et concepts mathématiques, très bien. Mais dire tout ceci, c'est finalement ne rien dire ! A quoi correspond la notion d'idée telle qu'elle est présentée dans l'article 9 de l'accord ADPIC ? Comment arriver à la déterminer ? Autant de questions qui restent, une nouvelle fois, en suspens. A moins que l'idée envisagée par l'accord ADPIC ne soit finalement que la création purement idéale, celle qui demeurerait seulement dans l'esprit de son créateur.

Une chose est toutefois sûre, nous ne voyons pas comment l'accord, qui vise selon son préambule à « *promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle* »¹⁰⁰⁷, pourrait accéder en l'état à cet objectif s'agissant tout du moins du droit d'auteur.

multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), JOCE L. 336 du 23 décembre 1994, citée par A. R. Bertrand, « Droit d'auteur », *Dalloz action*, 2010.

¹⁰⁰³ A. Kerever, « Le GATT et le droit d'auteur international », *RTD com.* 1994. 633, cité par A. R. Bertrand, *ibid.*

¹⁰⁰⁴ J.-S. Bergé, « Droit européen et droit international de la propriété littéraire et artistique », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 22 mars 2021.

¹⁰⁰⁵ H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 561.

¹⁰⁰⁶ Article 9 paragraphe 2 de l'accord ADPIC.

¹⁰⁰⁷ Préambule de l'accord ADPIC.

b. La dichotomie dans le traité de l'OMPI

Le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), adopté à Genève le 20 décembre 1996 et ratifié par l'Union européenne le 14 décembre 2009, vise entre autres à adapter les dispositions de la convention de Berne dépassées, en 1996, par plus de trente ans d'innovations juridiques et artistiques. S'il renvoie ainsi expressément aux dispositions de la convention de Berne dans son article 1 paragraphe 4, ce traité porte plus particulièrement sur la protection des œuvres et des droits des auteurs sur leurs œuvres dans l'environnement numérique. Il s'intéresse notamment à deux catégories d'objets du droit d'auteur : les programmes d'ordinateur et les compilations de données.

Le traité de l'OMPI expose en son article 2 relatif à l'étendue de la protection que « *[l]a 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* »¹⁰⁰⁸. Voilà une formule qui ne surprendra personne. L'absence totale de définition des concepts d'expression et d'idée ne surprend maintenant pas davantage.

Malgré tout, la dichotomie opposant l'idée et la forme est encore une fois mise en avant dans ce traité. En effet, l'article 2 précité fait mention de l'idée en totale opposition avec l'expression. Les articles 4 et 5, respectivement relatifs aux programmes d'ordinateur et aux compilations de données, font également état de la protection de ces créations, « *quelque qu'en soit le mode ou la forme d'expression* »¹⁰⁰⁹ ou encore « *sous quelque forme que ce soit* »¹⁰¹⁰. La seule précision offerte par le texte nous indique simplement que les dispositions des articles 4 et 5 sont compatibles avec celles de l'article 2 de la Convention de Berne. La belle affaire ! Car comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer, l'indifférence de la « *forme d'expression* » explique simplement que « *le support matériel de l'œuvre ou le procédé employé pour sa réalisation est sans incidence sur la protection* »¹⁰¹¹. Aucune conséquence s'agissant de la protection des idées ne peut donc être tirée de ces articles 4 et 5, et l'article 2 est trop chiche en informations pour que l'on puisse réellement comprendre, expliquer et justifier la distinction entre l'idée et la forme en droit d'auteur. Mais après tout, même la doctrine n'y est jamais parvenue¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ Article 2 du traité de l'OMPI.

¹⁰⁰⁹ Article 4 du traité de l'OMPI.

¹⁰¹⁰ Article 5 du traité de l'OMPI.

¹⁰¹¹ I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985, p. 81.

¹⁰¹² Se référer notamment à notre première partie.

Sous-paragraphe 2 : La dichotomie en droit de l'Union européenne

Etant partie des différents traités internationaux cités plus haut, l'Union européenne va intégrer la dichotomie idée-forme dans son droit par le biais de l'action de son législateur. Ce dernier sera logiquement confronté aux mêmes difficultés que les rédacteurs des textes internationaux quant à la détermination des contours des concepts d'idée et de forme. Comme ses prédécesseurs, il préférera les occulter.

1. La directive portant sur la protection juridique des programmes d'ordinateur

La directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, qui traite de la protection juridique des programmes d'ordinateur, énonce dans le paragraphe 2 de son article 1er que « *[l]es idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur [...] ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive* »¹⁰¹³. Elle précise également que « *[l]a personne habilitée à utiliser une copie d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation du titulaire du droit, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme [...]* »¹⁰¹⁴.

L'affaire est intéressante mais bien imprécise, et il est ainsi compliqué d'en tirer quelconques éléments nous permettant d'identifier ce que signifie le concept d'idée. Il semble d'ailleurs que l'idée évoquée en l'état, aussi bien par le législateur français¹⁰¹⁵ qu'europpéen, n'a en réalité jamais été exprimée dans l'œuvre logicielle finalement réalisée. Or, l'exigence d'expression est une nouvelle fois bien présente dans le texte de la directive concernant la protection des programmes d'ordinateur. Le paragraphe 2 de son article 1er précise en effet que « *[l]a protection prévue par la présente directive s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur* »¹⁰¹⁶. Ce principe est également rappelé dans les considérants de ladite directive, lesquels exposent notamment que « *seule l'expression d'un programme d'ordinateur*

¹⁰¹³ Article 1 paragraphe 2 de la directive 91/250/CEE.

¹⁰¹⁴ Article 5 paragraphe 3 de la directive 91/250/CEE.

¹⁰¹⁵ Qui a repris la lettre même de la directive précitée dans son article L122-6-1, comme nous avons pu l'évoquer dans notre première partie.

¹⁰¹⁶ Article 1 paragraphe 2 de la directive 91/250/CEE.

est protégée »¹⁰¹⁷. En revanche, « *l'expression de ces idées et principes doit*¹⁰¹⁸ *être protégée par le droit d'auteur* »¹⁰¹⁹.

S'agissant de la création logicielle, si l'idée qui est à la base d'un logiciel est, par exemple, de permettre à un logiciel de repérer du plagiat dans une thèse en droit d'auteur, cette idée ne sera pas exprimée dans la création achevée, celle-ci étant principalement composée d'un langage informatique. Ce dernier est bien évidemment incapable d'accueillir l'expression de l'idée de base de son auteur, qui est *in fine* la finalité de l'auteur, celle qui guide notamment sa créativité¹⁰²⁰.

A défaut d'expression, la volonté première de l'auteur échappe bien évidemment à toute protection ! En l'espèce, ce serait ainsi pour défaut d'expression que l'idée serait insusceptible de protection par le droit d'auteur, et non pas pour son appartenance à la catégorie indéchiffrable des idées.

Cette mention de l'absence de protection des idées, s'agissant cette fois du cas particulier de la création logicielle, ne permet une nouvelle fois pas de saisir précisément les spécificités du concept d'idée tel qu'il est envisagé par le législateur international, européen ou encore national. L'idée est malgré tout évincée, par principe, de la protection du droit d'auteur par ces derniers.

Si le concept d'idée est ainsi effectivement évoqué par le législateur européen dans sa directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, il convient en tout état de cause de vérifier si celui-ci a choisi d'étendre ce principe à d'autres catégories de créations.

2. Les autres directives européennes

Ni le concept d'idée, ni celui de forme, voire celui d'expression, ne sont explicitement ou implicitement évoqués une seule fois dans les autres directives européennes s'intéressant à la matière.

¹⁰¹⁷ Préambule de la directive 91/250/CEE.

¹⁰¹⁸ Il serait plus juste d'écrire que « l'expression de ces idées et principes *peut être* protégée par le droit d'auteur ». Selon nous, si l'idée ne doit pas être exclue par principe de la protection du droit d'auteur, l'expression de cette dernière ne doit pas non plus l'être à chaque fois.

¹⁰¹⁹ Préambule de la directive 91/250/CEE.

¹⁰²⁰ Il en ira de même pour les algorithmes et les fonctionnalités du programme, voir par exemple : *CA Paris, Pôle 5, 1re ch., 10 mai 2016, n° 14/25055*.

La directive relative à la protection des bases de données estime ainsi que « *les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur* »¹⁰²¹, d'ailleurs « *[a]ucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection* »¹⁰²².

La directive relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins précise quant à elle, s'agissant de la protection des œuvres photographiques, que « *[l]es photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1^{er}* »¹⁰²³. Une nouvelle fois, « *[a]ucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection* »¹⁰²⁴.

La directive portant sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information n'en dira pas plus. Il en ira de même pour la directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

*

La fâcheuse histoire de la condition d'originalité semble bien se répéter. Un concept (au choix : l'originalité, l'idée ou encore la forme) apparaît en doctrine et est réutilisé par la jurisprudence. La logique juridique imposerait au législateur national ou européen de déterminer précisément ces différents concepts. Mais comme nous l'avons déjà vu, le législateur français a préféré garder silence. Manifestement, le législateur européen a suivi ce – très – mauvais exemple.

Le juge, de l'Union européenne en l'espèce, doit ainsi encore une fois se débrouiller avec ces concepts qu'on lui impose. A la manière des précisions qu'il a rendues au gré de ses différentes décisions de justice s'agissant de la condition d'originalité, le juge de la CJUE va se pencher sur ces concepts d'idée et de forme litigieux pour finalement mieux les soustraire de l'équation s'intéressant à la seule notion d'œuvre. Nous verrons que ces derniers n'ont en réalité d'existence véritable qu'en doctrine et dans les quelques textes législatifs cités plus haut, même s'ils continuent d'être cités par un juge européen contraint de le faire.

¹⁰²¹ Article 3 de la directive 96/9/CE.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ Article 6 de la directive 93/98/CEE.

¹⁰²⁴ *Ibid.*

Paragraphe 2 : La notion d'œuvre européenne

Si l'affaire semble être entendue du côté de la doctrine majoritaire et des dispositions internationales et européennes, les dernières jurisprudences de la CJUE continuent pourtant à semer le trouble. Les concepts de l'idée et de la forme ne sont ainsi presque jamais clairement évoqués par le juge qui préfère même recourir à certains artifices afin de ne pas trop s'appesantir sur ces concepts (Sous-paragraphe 1).

Le juge de la CJUE a en effet décidé de s'émanciper encore davantage des dispositions internationales et européennes en créant une nouvelle notion autonome du droit de l'Union européenne¹⁰²⁵ : la notion d'œuvre européenne. Si son utilité pour le droit d'auteur reste encore à démontrer pour certains auteurs¹⁰²⁶, il apparaît très clairement que celle-ci n'emprunte plus pour son argumentaire la rhétorique dichotomique. Afin d'être protégée par le droit d'auteur au titre d'œuvre européenne, il semble en effet suffire à toute création d'être d'une part originale, d'autre part exprimée et identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité.

Il semble désormais adéquat de considérer que, pour le juge de la CJUE, l'expression et l'originalité sont les deux seules véritables conditions à la protection par le droit d'auteur (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Une dichotomie discutée dans les jurisprudences de la CJUE

Contraint par certains textes internationaux de recourir à la dichotomie idée-forme au moment de dire le droit, il apparaît pourtant très nettement que le juge de la CJUE ne mentionne que rarement et de manière très superficielle les concepts d'idée et de forme.

Lorsqu'il le fait, il semble d'ailleurs curieusement opposer non pas l'idée à la forme, mais l'idée à la condition d'originalité.

¹⁰²⁵ La Cour avait déjà eu recours à cette pratique dans plusieurs de ses jurisprudences, notamment dans les arrêts *SENA* (s'agissant de la notion de rémunération équitable) et *Football Association Premier League* (à propos de la notion de communication au public).

¹⁰²⁶ « *Inutile en droit d'auteur, la notion d'œuvre pourrait néanmoins marquer un rapprochement des différentes branches de la propriété intellectuelle, autour de cette exigence d'identification précise de l'objet protégé* », E. Treppoz, « La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD Eur.* 2019 p. 930.

1. La mention superficielle de la dichotomie dans les jurisprudences de la CJUE

Rares sont les jurisprudences de la CJUE à évoquer les concepts d'idée et de forme. Lorsque celles-ci le font, elles n'offrent généralement pas au lecteur et au juriste suffisamment de matière pour comprendre et étudier la dichotomie.

Ainsi, les arrêts *Infopaq*, *Football Association Premier League* ou encore *Painer*, rendus pourtant essentiels par la Cour en ce qu'ils apportent un certain nombre de précisions quant à la détermination des contours de la protection du droit d'auteur, n'aborderont pas à un seul instant la question de la protection de la seule forme au détriment des idées.

L'absence de protection des idées sera en revanche évoquée dans un arrêt du 22 décembre 2010, qu'on appellera *BSA*¹⁰²⁷, qui explique dans un premier temps que « *l'interface utilisateur graphique* »¹⁰²⁸ d'un programme d'ordinateur « *ne constitue pas une forme d'expression* »¹⁰²⁹ dudit programme « *au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2 de la directive 91/250 et qu'elle ne peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur en vertu de cette directive* »¹⁰³⁰. Doit-on conclure de cette solution que le juge enlève toute possibilité à une interface graphique d'être protégée par le droit commun du droit d'auteur ? Absolument pas. Immédiatement après, la Cour précise : « *[t]outefois, une telle interface peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur en tant qu'œuvre, en vertu de la directive 2001/29, si cette interface constitue une création intellectuelle propre à son auteur* »¹⁰³¹. La protection de droit commun sera en revanche refusée à l'interface utilisateur graphique « *lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique [...] car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent* »¹⁰³² puisque, « *[d]ans une telle situation, les composantes de l'interface utilisateur graphique ne permettrait pas à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle propre à cet auteur* »¹⁰³³. Malgré son expression, l'idée serait ainsi exclue de toute protection par le droit d'auteur en vertu de la directive 91/250 et de son article 1^{er} cité plus haut.

¹⁰²⁷ *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury C-393/09.*

¹⁰²⁸ Point 51 de l'arrêt *BSA*.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² Point 49 de l'arrêt *BSA*.

¹⁰³³ Point 50 de l'arrêt *BSA*.

L'arrêt *SAS Institute* ira également en ce sens, rappelant sans grande originalité les dispositions du droit international et européen s'agissant de l'absence de protection des idées d'un programme d'ordinateur. Ainsi, et de manière classique, « *seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée par le droit d'auteur* »¹⁰³⁴. La raison de cette exclusion des idées du champ de protection du droit d'auteur en est d'ailleurs relativement classique, puisque « *admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel* »¹⁰³⁵.

*

Si l'arrêt *Levola* évoque explicitement les dispositions de l'accord ADPIC et du traité de l'OMPI lorsqu'ils interdisent toute protection aux idées¹⁰³⁶, le juge décide curieusement de ne pas valider judiciairement la dichotomie opposant l'idée à la forme. En effet, celui-ci préfère se référer à la notion « d'expression » pour préciser encore davantage les contours de sa notion « d'œuvre européenne », partant, les conditions à la protection du droit d'auteur.

Il expose ainsi en son point 40 que « *la notion d' « œuvre » visée par la directive 2001/29 implique nécessairement une expression de l'objet de la protection au titre du droit d'auteur qui le rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, quand bien même cette expression ne serait pas nécessairement permanente* »¹⁰³⁷. Partant, ce n'est pas la création de forme originale qui accéderait à la protection, mais la création originale et exprimée, donc identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. Le juge semble en l'espèce faire écho à la notion d'expression qu'il avait utilisé dans l'arrêt *Infopaq*, lorsque celui-ci expliquait que la protection était réservée aux « *éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre* »¹⁰³⁸.

Le juge confirmera sa position dans l'arrêt *Cofemel*, en imposant une nouvelle fois à la création voulant être protégée par le droit d'auteur d'être, d'une part originale¹⁰³⁹, d'autre part exprimée avec suffisamment de précision et d'objectivité¹⁰⁴⁰. Et « *[l]orsqu'un objet présente les*

¹⁰³⁴ Point 32 de l'arrêt *SAS Institute*.

¹⁰³⁵ Point 40 de l'arrêt *SAS Institute*.

¹⁰³⁶ La Cour cite alors l'article 9 de l'accord ADPIC et l'article 2 du traité de l'OMPI.

¹⁰³⁷ Point 40 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰³⁸ Point 39 de l'arrêt *Infopaq*.

¹⁰³⁹ Point 29 de l'arrêt *Cofemel*.

¹⁰⁴⁰ Points 29 et 32 de l'arrêt *Cofemel*. A noter toutefois qu'au point 32, le juge évoque non pas la notion d'expression, mais impose à l'objet d'être « *identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* ». Puisque

caractéristiques rappelées aux points 30 et 32 du présent arrêt, et constitue donc une œuvre, il doit, en cette qualité, bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur, conformément à la directive 2001/29 »¹⁰⁴¹. En tout état de cause, il n'est « pas certain que la distinction entre l'idée et la forme résiste à ce contrôle de précision et d'objectivité »¹⁰⁴² proposé dans les arrêts *Levola* et *Cofemel*. Nous le vérifierons par la suite.

*

Mais chassez l'idée et la forme et ils reviennent au – petit – galop ! Le récent arrêt *Brompton* que nous avons déjà eu l'occasion d'analyser en partie en est une parfaite illustration. Prenant appui sur l'article 2 du traité de l'OMPI que nous connaissons déjà¹⁰⁴³, le juge est catégorique : « la protection au titre du droit d'auteur ne s'étend pas aux idées »¹⁰⁴⁴, notamment car « [p]rotéger ces dernières par le droit d'auteur reviendrait, en effet, à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment, notamment, du progrès technique et du développement industriel »¹⁰⁴⁵. La Cour précise alors, en citant l'arrêt *BSA* étudié plus haut, que « lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent »¹⁰⁴⁶. Voilà pour l'absence de protection des idées.

S'agissant de la notion de forme maintenant, la Cour explique ensuite que « [d]ans le cas où la forme du produit est uniquement dictée par sa fonction technique, ledit produit ne pourrait relever de la protection au titre du droit d'auteur »¹⁰⁴⁷ et qu'il revient dès lors « à la juridiction de renvoi de déterminer si, à travers ce choix de la forme du produit, son auteur a exprimé sa capacité créative de manière originale »¹⁰⁴⁸. Le juge en conclut que c'est « au travers de cette

le juge renvoie ici à la lecture du point 40 de l'arrêt *Levola* qui cite cette notion d'expression, nous estimons que c'est bien ce dernier critère qui fixe précisément la seconde condition à la protection du droit d'auteur selon la CJUE. Celle-ci serait ainsi respectée en cas d'identification suffisamment précise et objective de l'objet pour lequel on réclame la protection du droit d'auteur.

¹⁰⁴¹ Point 35 de l'arrêt *Cofemel*.

¹⁰⁴² E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD Eur.*, 2019, p. 930.

¹⁰⁴³ Article 2 du traité de l'OMPI : « 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. »

¹⁰⁴⁴ Point 27 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ Point 33 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁴⁸ Point 34 de l'arrêt *Brompton*.

forme [que] son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs de sorte que ladite forme reflète sa personnalité »¹⁰⁴⁹.

En l'espèce, le juge de la CJUE semble pour la première fois valider l'approche dichotomique de la doctrine majoritaire en droit d'auteur, laquelle rejette toute protection aux idées. Seule la forme serait ainsi à même de refléter la personnalité de l'auteur. De ce fait, elle seule pourrait donc obtenir la protection du droit d'auteur au titre d'œuvre européenne. Deux remarques s'imposent toutefois à cette analyse.

D'une part, si la forme est effectivement mentionnée par le juge dans cet arrêt, ce n'est que dans un second temps. En effet, le juge va tout d'abord rappeler les deux seules conditions à la protection d'une création par le droit d'auteur selon la CJUE. Ainsi, et « [s]elon une jurisprudence constante de la Cour »¹⁰⁵⁰, la notion d'œuvre « implique un objet original qui est une création intellectuelle propre à son auteur et [...] exige l'expression de cette création »¹⁰⁵¹. La forme ne serait ainsi pas la condition mais la conséquence de la notion d'œuvre européenne. Elle n'apparaît dès lors pas indispensable à la caractérisation des contours de la protection du droit d'auteur. Il nous semble d'ailleurs que si le juge évoque de manière explicite la notion de forme en l'espèce, c'est avant tout parce que le tribunal qui a saisi la CJUE mentionne cette notion dans ses deux questions préjudicielles¹⁰⁵². Il n'est ainsi pas certain que le juge aurait pris la peine de se servir de cette notion de forme dans d'autres circonstances, puisqu'il ne l'a pas fait dans ses nombreux arrêts antérieurs.

D'autre part, il est assez évident qu'en l'espèce le juge n'oppose pas la notion de forme à celle d'idée. Au contraire, toute son argumentation est, dans cet arrêt, tournée vers la condition d'originalité, la question de la forme de la création étant résolue presque immédiatement. L'idée

¹⁰⁴⁹ Point 38 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁵⁰ Point 22 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² Point 19 de l'arrêt *Brompton* : « Dans ces conditions, le tribunal de l'entreprise de Liège a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes : 1) Le droit de l'Union, et plus particulièrement la directive [2001/29], laquelle fixe notamment les différents droits exclusifs reconnus aux titulaires de droit d'auteur à ses articles 2 à 5, doit-il être interprété comme excluant de la protection par le droit d'auteur les œuvres dont la forme est nécessaire pour aboutir à un résultat technique ? 2) Afin d'apprécier le caractère nécessaire d'une forme pour aboutir à un résultat technique, faut-il avoir égard aux critères suivants :

- L'existence d'autres formes possibles permettant d'aboutir au même résultat technique ?
- L'efficacité de la forme pour aboutir audit résultat ?
- La volonté du prétendu contrefacteur d'aboutir à ce résultat ?
- L'existence d'un brevet antérieur, aujourd'hui expiré, sur le procédé permettant d'aboutir au résultat technique recherché ? »

ne serait ainsi pas opposée à la forme, mais à la condition d'originalité. Cette précision est majeure.

2. L'arrêt *Brompton* : l'idée promotrice d'originalité

La problématique liée à la caractérisation de l'expression suffisamment précise et objective de la création, donc à la forme de l'objet réclamant la protection du droit d'auteur, est écartée au point 28 de l'arrêt *Brompton*. Dans celui-ci, le juge explique ainsi que « *les interrogations de la juridiction de renvoi visent non pas le second élément évoqué au point 22 du présent arrêt, car ce vélo paraît être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, mais le premier élément* »¹⁰⁵³, c'est-à-dire celui relatif à la condition d'originalité. Et souvenons-nous : la notion d'œuvre européenne « *implique un objet original qui est une création intellectuelle propre à son auteur* »¹⁰⁵⁴.

Ainsi, lorsque le juge précise au point 27 que dans la situation où « *l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent* »¹⁰⁵⁵, c'est bien dans l'objectif de préciser les contours, non pas des conditions d'expression ou de forme, mais de celle d'originalité. Comme nous l'avons déjà vu, cette dernière ne serait ainsi pas remplie s'agissant des « *composantes d'un objet qui seraient uniquement caractérisées par leur fonction technique* »¹⁰⁵⁶, ces composantes qui auraient donc laissé insuffisamment de liberté au créateur durant le processus créatif.

La Cour le confirmera d'ailleurs elle-même aux points 30 et 31 : « *il appartient à la juridiction de renvoi de rechercher si [...] ce vélo constitue une œuvre originale résultant d'une création intellectuelle* »¹⁰⁵⁷, « *tel ne saurait être le cas lorsque la réalisation d'un objet a été déterminée par des considérations techniques, par des règles ou par d'autres contraintes qui n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative ou une place à ce point limitée que l'idée et son expression se confondent* »¹⁰⁵⁸. Si l'idée et l'expression se confondent, c'est que l'idée est

¹⁰⁵³ Point n°28 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁵⁴ Point n°22 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁵⁵ Point n°27 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ Point n°30 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁵⁸ Point n°31 de l'arrêt *Brompton*.

exprimée. Si l'expression de l'idée n'a toutefois pas « *laissé de place à l'exercice d'une liberté créative* »¹⁰⁵⁹, c'est que l'idée exprimée n'est pas originale¹⁰⁶⁰.

On comprend alors enfin l'argumentation de la Cour : si « *la protection au titre du droit d'auteur ne s'étend pas aux idées* »¹⁰⁶¹, c'est avant tout en raison de leur défaut d'originalité. La dichotomie idée-forme vole ainsi en éclat.

Il convient évidemment de saluer cette solution puisque la protection des éléments non originaux par le droit d'auteur serait faite « *au détriment, notamment, du progrès technique et du développement industriel* »¹⁰⁶².

Comme la forme, l'idée n'aurait ainsi pas d'existence *a priori* en droit d'auteur. Elle n'existerait qu'*a posteriori*, n'étant qu'une conséquence de l'analyse jurisprudentielle d'une création, permettant au juge de regrouper au sein de cette catégorie – finalement inutile – tous les éléments non originaux ou non exprimés d'une création. Les éléments d'une création ne répondant pas à la double exigence posée par la Cour s'agissant de la condition d'originalité, c'est-à-dire celle de liberté et de créativité, appartiendraient donc à la catégorie des idées, malgré leur expression suffisamment précise et objective.

Cette analyse pouvait d'ailleurs déjà se faire à propos de l'arrêt *BSA*, lequel explicitait à son point 49 que « *lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent* »¹⁰⁶³. Elle pouvait encore se faire dans l'arrêt *Funke Medien NRW GmbH/République fédérale d'Allemagne*¹⁰⁶⁴ dans lequel le juge reprendra peu ou prou la même argumentation que dans son arrêt *BSA*, mais sans faire cette fois référence à la notion d'idée. Ainsi, « *[d]ans l'hypothèse où des rapports de situation militaire, tels que ceux en cause au principal, constitueraient des documents purement informatifs, dont le contenu est essentiellement déterminé par les informations qu'ils*

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ La Cour semble en l'espèce adopter la théorie américaine dite de la « fusion » qui explique qu'un « *tribunal ne protégera pas une œuvre si l'idée qu'elle sous-tend ne peut être exprimée que d'une seule façon, sous peine de constituer un monopole sur l'idée sous-jacente* ». Comme a pu le dire un auteur, « *dans un tel cas, l'idée et l'expression « fusionnent* » », rendant alors insusceptible son appropriation, P. Kamina, « Principes relatifs à la dichotomie idée/expression et à l'appréciation de la contrefaçon », *Propriété industrielle* n°5, mai 2003.

¹⁰⁶¹ Point n°27 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ Point n°49 de l'arrêt *BSA*.

¹⁰⁶⁴ Affaire C-469/17 du 29 juillet 2019.

contiennent, de sorte que ces informations et leur expression dans ces rapports se confondent et que lesdits rapports sont ainsi caractérisés par leur seule fonction technique, excluant toute originalité, il y aurait lieu de considérer [...] que, lors de la rédaction de tels rapports, l'auteur a été dans l'impossibilité d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle qui lui est propre »¹⁰⁶⁵.

*

Alors qu'il semble dans un premier temps ne faire rien d'autre qu'appliquer les jurisprudences européennes antérieures, le juge de la CJUE apporte en réalité dans son arrêt *Brompton* une précision fondamentale sur les contours de la condition d'originalité. En effet, puisque l'idée exprimée échappe à toute protection du fait de son défaut d'originalité, c'est que l'idée ne doit pas être opposée avec une quelconque exigence de forme mais bien à la condition d'originalité. Par le truchement de la notion d'idée, le juge de la CJUE opère ainsi la promotion définitive de la condition d'originalité. Finalement, le concept d'originalité devient le cœur des conditions à la protection du droit d'auteur au niveau européen.

En définitive, cette position du juge européen se confronte frontalement avec la doctrine française, laquelle refuse traditionnellement toute protection à des créations pour leur seule appartenance à la catégorie des idées, quand bien même elles seraient originales. En appliquant les enseignements de l'arrêt *Brompton* aux jurisprudences françaises, il semble désormais permis de considérer que lorsque les juges français refusent la protection de créations au titre de leur appartenance aux idées, ils la leur refusent en réalité pour leur absence d'originalité. Un auteur comme Ivan Cherpillod envisageait déjà cette hypothèse à la fin du XXe siècle : « [q]uand bien même nombre d'éléments qualifiés d'idées ne dénotent pas une originalité suffisante¹⁰⁶⁶, l'absence de protection des idées en général ne pourrait se fonder que sur une

¹⁰⁶⁵ Point n°24 de l'arrêt *Funke Medien NRW GmbH/République fédérale d'Allemagne*.

¹⁰⁶⁶ « l'examen des cas déférés aux tribunaux laisse bien plutôt entendre que l'idée non protégée ne constitue le plus souvent rien d'autre qu'un thème général ou une intrigue banale (en France par exemple : DP 1910.1.296 (Cass.) (amant caché dans un placard qu'ouvre ensuite un rival qui se jette aux genoux de la femme infidèle après avoir chassé l'opportuniste) ; DA 1923, 94 (Cour de Paris) (deux femmes, en même temps et par le même homme, compromises aux yeux de leurs maris et exposées à leurs accès de jalousie) ; DA 1934, 78 (Trib. Comm. Seine) (intrusion d'un cambrioleur dans le domicile d'un homme sans ressources, lequel cambrioleur se voit obligé, pour éviter scandale et arrestation, d'acquitter diverses dettes de celui qu'il voulait voler et lui avance même de l'argent) ; Vaulnois, *Lettre de France*, DA 1948, 6 ss, à p.9 rapporte un arrêt du Tribunal civil de la Seine du 5 XII 1947, qui considère comme idée non protégée celle d'une jeune fille hésitant entre trois prétendants, hésitations qui se traduisent par trois rêves s'appliquant successivement à chacun d'eux) ; RIDA 26 (1960) 107 (Trib. grde inst. Seine) (rencontre avec l'abominable homme des neiges) ; RIDA 73 (1972) 234 (Trib. grde inst. Paris) (une jeune femme quitte la province pour Paris, où elle exerce la profession de chauffeur de taxi, et trouve le bonheur sentimental après quelques aventures) ; RIDA 80 (1974) 101 (Trib. grde inst. Paris) (homme enceint) ;

acception très restrictive des notions de création et d'originalité, qui éliminerait systématiquement du droit d'auteur des œuvres que le législateur a voulu protéger »¹⁰⁶⁷.

Les juges ne refusent donc pas la protection aux idées, mais aux seules créations exprimées et non originales. Et si les idées exprimées mais non protégées sont en réalité non originales, il convient, selon cette hypothèse, de se fonder uniquement sur la condition d'originalité afin d'appréhender au mieux les contours de la protection du droit d'auteur.

Ainsi, « *si l'on admet que c'est le manque d'originalité qui exclut le thème de la protection, il suffit alors d'observer si l'élément sur lequel on entend se prévaloir d'un droit d'auteur est original ou pas ; tout raisonnement effectué à partir de la notion de « thème » [donc d'« idée »] est inutile, voir erroné* »¹⁰⁶⁸. En tout état de cause, c'est formuler « *une tautologie* »¹⁰⁶⁹, qui non seulement s'avère peu pertinente en droit positif – la condition d'originalité suffit pour déterminer ce qui est protégeable parmi les créations exprimées – mais apporte en sus son lot de difficultés que l'on connaît désormais. L'utilisation de la notion d'idée, et dans une moindre mesure de celle relative à la forme, apparaît dès lors comme étant profondément inutile en pratique, l'étude de la condition d'originalité suffisant en effet bien souvent. La dichotomie idée-forme semble dans tous les cas avoir été totalement abandonnée par le juge européen depuis l'adoption, dans ses jurisprudences, du critère de l'expression.

Sous-paragraphe 2 : L'adoption du critère de l'expression par le juge de la CJUE

Lorsque le juge ne se réfère pas directement à la dichotomie dans ses jurisprudences, celui-ci préfère recourir à la condition de l'expression laquelle constitue l'une des facettes de la notion d'œuvre européenne, l'autre étant la condition d'originalité. Cette condition relative à l'expression de l'objet de la protection dispose en réalité d'un champ d'application extrêmement réduit. Contrairement aux concepts d'idée et de forme, elle permet en fait à un

RIDA 114 (1982) 156 (Cass.) (couple dont les relations se détériorent) ; RIDA 111 (1982) 188 (Cour de Paris) (un homme encore jeune, comptable médiocre et sans avenir, trouve par hasard dans la rue une pochette remplie de bijoux apparemment de grande valeur et n'hésite pas à se les approprier ; sa logeuse les découvre en furetant dans sa chambre lorsque le journal local révèle qu'ils ont été dérobés à un homme assassiné, elle est convaincue que son locataire est l'auteur de ce crime ; la Cour a qualifié ces péripéties de « résidu superficiel et sans originalité ») ». I. Cherpillod., *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 93.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 66.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

plus grand nombre de créations d'obtenir la protection du droit d'auteur. Sous couvert, bien évidemment, que ces dernières respectent la condition d'originalité évoquée plus haut.

Malgré tout, l'utilisation dans plusieurs jurisprudences de la CJUE de l'adverbe « *suffisamment* » suscite quelques questionnements. La condition d'expression suppose-t-elle une identification strictement précise et objective de l'objet pour lequel on réclame la protection du droit d'auteur ou est-elle permissive, permettant dès lors au juge d'accorder la protection à des objets identifiés de manière *suffisamment* précise et objective ? Elle laisserait, le cas échéant, la part belle à la seule condition d'originalité.

1. L'étendue du champ d'application du critère de l'expression

La seconde condition que doit respecter n'importe quelle création afin d'obtenir la qualité d'œuvre européenne, donc la protection du droit d'auteur, est celle de l'expression. Pour être validée par le juge, cette dernière doit en outre être suffisamment précise et objective. Manifestement, ce critère semble être bien plus accueillant que celui de la forme issu de la dichotomie. En effet, nombreuses sont les créations respectant cette condition d'expression et étant dès lors identifiables avec suffisamment de précision et d'objectivité.

a. L'exigence d'identification suffisamment précise et objective dans l'arrêt *Levola*

Si les conditions d'originalité et d'expression étaient déjà évoquées par le juge dans ses précédentes jurisprudences¹⁰⁷⁰, c'est bien dans l'arrêt *Levola* que le juge de la CJUE va, pour la première fois, les imposer explicitement et cumulativement à toutes les créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur. Dans cet arrêt, le juge va également venir définir la notion d'œuvre européenne « *sans aucun fondement textuel* »¹⁰⁷¹. En tout état de cause, cette dernière doit recevoir sur tout le territoire de l'Union une « *interprétation autonome et uniforme* »¹⁰⁷².

Pour répondre aux exigences posées par le juge de la CJUE et être protégée par le droit d'auteur au titre d'œuvre européenne, toute création doit ainsi se confronter à « *deux conditions*

¹⁰⁷⁰ Voir notamment notre analyse des arrêts *Infopaq*, *Painer*, *Football Association Premier League*...

¹⁰⁷¹ V.-L. Benabou, « De l'europanisation du droit d'auteur », *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2020.

¹⁰⁷² Point 33 de l'arrêt *Levola*.

cumulatives »¹⁰⁷³, à savoir « *que l'objet concerné soit original* »¹⁰⁷⁴ et que son « *expression [...] le rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »¹⁰⁷⁵.

Dans l'arrêt *Levola*, il était en l'espèce question de savoir si « *[l]e droit de l'Union s'oppose-t-il à ce que la saveur d'un produit alimentaire, en tant que création intellectuelle propre à son auteur, soit protégée au titre du droit d'auteur ?* »¹⁰⁷⁶. Dit autrement, il revenait ainsi à la Cour de répondre à la question suivante : une saveur alimentaire peut-elle être protégée par le droit d'auteur ?

Il apparaît tout d'abord que la saveur alimentaire peut tout à fait répondre à la première des deux conditions posées par la CJUE, celle relative à l'originalité de la création. En effet, si la Cour s'oppose finalement « *à ce que la saveur d'un produit alimentaire soit protégée par le droit d'auteur* »¹⁰⁷⁷ c'est uniquement parce que cette saveur alimentaire ne répondrait pas à la deuxième condition, relative à l'expression de la création. Pour ainsi dire, le critère de l'originalité n'est évoqué dans tout l'arrêt qu'au point 36. Pour le juge européen, la saveur alimentaire devrait donc être exclue de la protection du droit d'auteur pour une tout autre raison.

Appuyant son analyse sur des dispositions de droit international que nous connaissons déjà¹⁰⁷⁸, la Cour précise que « *la notion d'« œuvre » visée par la directive 2001/29 implique nécessairement une expression de l'objet de la protection au titre du droit d'auteur qui le rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, quand bien même cette expression ne serait pas nécessairement permanente* »¹⁰⁷⁹. La justification du juge tombe d'abord sous le sens : « *[e]n effet, d'une part, les autorités chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur doivent pouvoir connaître avec clarté et précision les objets ainsi protégés* »¹⁰⁸⁰. Il en va d'ailleurs « *de même des particuliers, notamment des opérateurs économiques, qui doivent pouvoir identifier avec clarté et précision les objets protégés au profit de tiers, notamment de concurrents* »¹⁰⁸¹. La Cour poursuit : « *[d]'autre part, la nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification de l'objet protégé implique que ce dernier puisse faire l'objet d'une*

¹⁰⁷³ Point 35 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁷⁴ Point 36 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁷⁵ Point 40 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁷⁶ Point 25 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁷⁷ Point 46 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁷⁸ La Cour cite en l'espèce les articles 2 du traité de l'OMPI et 9 de l'accord ADPIC.

¹⁰⁷⁹ Point 40 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁸⁰ Point 41 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁸¹ Point 41 de l'arrêt *Levola*.

expression précise et objective »¹⁰⁸². Pour la CJUE, la particularité de la saveur alimentaire, dont « *l'identification [...] repose essentiellement sur des sensations et des expériences gustatives qui sont subjectives et variables puisqu'elles dépendent, notamment, de facteurs liés à la personne qui goûte le produit concerné, tels que son âge, ses préférences alimentaires et ses habitudes de consommation, ainsi que de l'environnement ou du contexte dans lequel ce produit est goûté* »¹⁰⁸³, ne lui permet pas de répondre favorablement à la condition relative à l'expression suffisamment précise et objective. Pour assurer une certaine sécurité juridique, la saveur alimentaire ne « *saurait être qualifiée d' « œuvre », au sens de la directive 2001/29* »¹⁰⁸⁴ et ne peut pas être protégée par le droit d'auteur.

La même argumentation sera reprise plus tard par la Cour dans ses arrêts *Cofemel*¹⁰⁸⁵ et *Brompton*¹⁰⁸⁶. Dans le premier des deux, le juge de la CJUE expliquera ainsi notamment, et fort justement, que « *l'effet esthétique susceptible d'être produit par un modèle est le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci* »¹⁰⁸⁷. En conséquence, « *cet effet de nature subjective ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »¹⁰⁸⁸. Plusieurs commentaires s'imposent toutefois.

b. Un critère discriminant pour certaines catégories de créations seulement

Si l'arrêt *Levola* porte avant tout sur la seule saveur alimentaire, l'argumentation de la Cour ne laisse pas place au doute. Elle devrait s'étendre à toutes les créations à l'identification volatile. Cette solution ne surprend d'ailleurs pas le droit d'auteur français, lequel rejetait déjà toute protection aux créations olfactives, y compris la fragrance d'un parfum. Selon une célèbre jurisprudence, cette dernière « *ne peut [...] bénéficier de la protection par le droit d'auteur* »¹⁰⁸⁹, n'étant pour le moment pas « *identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication* »¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸² Point 41 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁸³ Point 42 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁸⁴ Point 44 de l'arrêt *Levola*.

¹⁰⁸⁵ Point 32 de l'arrêt *Cofemel*.

¹⁰⁸⁶ Point 25 de l'arrêt *Brompton*.

¹⁰⁸⁷ Point 53 de l'arrêt *Cofemel*.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Cass. com.*, 10 déc. 2013, n° 11-19.872.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

La possibilité de pouvoir identifier justement l'objet protégé est absolument indispensable à la bonne sécurité juridique recherchée devant les juridictions. En effet, comme a pu le dire un auteur, « *[c]omment déterminer l'existence d'une originalité si l'on ne sait pas exactement de quoi l'on parle ? Comment établir l'existence de ressemblances entre les éléments constitutifs originaux de l'œuvre première et les traits caractéristiques de l'œuvre seconde, lors d'un procès en contrefaçon, si l'objet de la protection revendiquée est flou ou indicible ?* »¹⁰⁹¹. Les créations ne pouvant pas être précisément déterminées ne devraient pas pouvoir être protégées par le droit d'auteur, quand bien même elles répondraient à l'exigence d'originalité. Il en irait pareillement pour les créations olfactives et gustatives.

Les critères de précision et d'objectivité posés par la CJUE rejoindraient donc la logique tenue par le juge français depuis maintenant un peu moins de dix ans. Ainsi, « *[l]'exigence d'objectivité s'inscrit dans le sillon de celle de précision* »¹⁰⁹² puisqu'il « *s'agit toujours de connaître les contours de l'objet du droit de propriété* »¹⁰⁹³. Dans le cas contraire, et « *sans identification précise, la défense de cette protection, notamment dans le cadre des procès en contrefaçon, s'avère incertaine et hasardeuse* »¹⁰⁹⁴.

Plusieurs auteurs¹⁰⁹⁵ se sont toutefois interrogés sur la portée réelle de cette jurisprudence. Doit-on déduire de la solution du juge de la CJUE que les créations gustatives et olfactives doivent être exclues définitivement de la protection du droit d'auteur ?

Dans l'arrêt *Levola*, l'exclusion de la saveur alimentaire de la protection du droit d'auteur « *résulterait du droit international, et plus précisément de la convention de Berne* »¹⁰⁹⁶. A ce propos, Melchior Wathelet, l'avocat général de cette affaire, expliquera dans ses conclusions¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹¹ P. Sirinelli, « Protection des saveurs – solutions d'aujourd'hui et de demain. Du néant à de possibles réservations ? », *Dalloz IP/IT*, 2020.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD Eur.*, 2019, p. 930.

¹⁰⁹⁵ Lire notamment, P. Sirinelli, *op. cit.*, F. Pollaud-Dulian, « Saveur ou fragrance d'un produit et le droit d'auteur : le goût du « Heksenkaas » n'ensorcelle pas la Cour de justice », *Dalloz*, 2018.

¹⁰⁹⁶ E. Treppoz, *ibid.*

¹⁰⁹⁷ Conclusions AG, n° 51 : « *Je relève toutefois que, nonobstant le fait que, selon l'article 2, paragraphe 1, de la convention de Berne, « [l]es termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression* », cette disposition ne fait référence qu'aux œuvres qui sont perçues par des moyens visuels ou sonores, tels que les livres et les compositions musicales, à l'exclusion des productions qui peuvent être perçues par d'autres sens comme le goût, l'odorat ou le toucher », citées par P. Sirinelli, *op. cit.*

que l'article 2 de la convention de Berne¹⁰⁹⁸ ne comprend « aucune référence à des saveurs ou à des parfums »¹⁰⁹⁹, ce qui aurait pour conséquence « l'exclusion implicite du droit d'auteur pour ces typologies d'œuvres »¹¹⁰⁰. Cette crainte est légitime mais se heurte à la lettre même du texte qui indique explicitement que « [l]es termes « œuvres littéraires et artistiques » comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression »¹¹⁰¹. Nous rejoignons de fait l'avis de cet auteur qui estime que « [l]'interprétation implicite de la liste pour en exclure les parfums et les saveurs se confronte expressément à la lettre du texte »¹¹⁰².

S'il est ainsi vrai que les créations qui répondent uniquement à l'odorat ou au goût ne répondent aujourd'hui pas au critère de l'expression tel qu'il est formulé par le juge de la CJUE, il serait également absolument faux de considérer que, par cette jurisprudence, le juge a eu la volonté de leur empêcher d'accéder définitivement à la protection du droit d'auteur.

Cette dernière affirmation est d'ailleurs d'autant plus vraie qu'il s'avère que le critère de l'expression est en réalité particulièrement accueillant pour bon nombre de créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur.

c. Un critère au champ matériel finalement très réduit

Si la saveur alimentaire n'a pas la possibilité d'être protégée par le droit d'auteur en ce qu'il ne serait pas possible de l'identifier de manière suffisamment précise et objective, il en irait en réalité autrement pour la majorité des autres créations.

En effet, la plupart des créations des beaux-arts ou de la « petite monnaie » du droit d'auteur ont la possibilité d'être identifiées précisément et objectivement. La Cour le précise d'elle-

¹⁰⁹⁸ Article 2 paragraphe 1 de la convention de Berne : « Les termes « œuvres littéraires et artistiques » comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences ».

¹⁰⁹⁹ E. Treppoz, *op. cit.*

¹¹⁰⁰ E. Treppoz, *ibid.*

¹¹⁰¹ Article 2 paragraphe 1 de la convention de Berne.

¹¹⁰² E. Treppoz, *op. cit.*

même, lorsqu'elle affirme « *par exemple* »¹¹⁰³, qu'« *une œuvre littéraire, picturale, cinématographique ou musicale [...] est une expression précise et objective* »¹¹⁰⁴. Finalement, le raisonnement tenu par le juge de la CJUE semble être particulièrement accueillant vis-à-vis de la grande majorité des créations exprimées d'une quelconque manière. La condition d'expression sera par exemple directement écartée des débats dans l'arrêt *Brompton*, dans lequel le juge va considérer que le « *vélo paraît être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »¹¹⁰⁵. Le « *paraît* » semble presque en trop...

D'ailleurs, le juge lui-même semble valider l'hypothèse d'un critère au champ matériel particulièrement réduit. Tout d'abord, le juge admet dans l'arrêt *Levola* qu'une création peut tout à fait être protégée par le droit d'auteur et ce quand bien même son expression « *ne serait pas nécessairement permanente* »¹¹⁰⁶. Dès lors, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'expliquer, il suffit qu'une création ait été exprimée à un moment donné pour qu'elle puisse revendiquer la protection du droit d'auteur.

Ensuite, le critère de l'expression n'empêche, *a priori* que provisoirement, l'accès aux créations olfactives et gustatives à la protection du droit d'auteur.

La Cour précise ainsi dans son arrêt *Levola* que l'« *identification précise et objective de la saveur d'un produit alimentaire, qui permette de la distinguer de la saveur d'autres produits de même nature, n'est pas possible par des moyens techniques en l'état actuel du développement scientifique* »¹¹⁰⁷. Il faut ici bien comprendre que le juge ne refuse donc pas définitivement la protection par le droit d'auteur à de telles créations qui pourront peut-être, d'ici quelques années, être identifiées avec suffisamment de précision et d'objectivité. Comme a pu le dire Edouard Treppoz, « *[l]orsque la technique permettra une parfaite notation d'un parfum ou d'une saveur, le droit d'auteur devrait s'ouvrir à ces œuvres* »¹¹⁰⁸. La technique le permet d'ailleurs peut-être déjà !

¹¹⁰³ Point 42 de l'arrêt *Levola*. Ce terme permet de comprendre que cette liste proposée en l'espèce par le juge de la CJUE est heureusement non exhaustive.

¹¹⁰⁴ Point 42 de l'arrêt *Levola*.

¹¹⁰⁵ Point 28 de l'arrêt *Brompton*.

¹¹⁰⁶ Point 40 de l'arrêt *Levola*.

¹¹⁰⁷ Point 43 de l'arrêt *Levola*.

¹¹⁰⁸ E. Treppoz, « Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle – La notion d'œuvre en droit d'auteur européen », *RTD Eur.*, 2019, p. 930.

En revanche, à partir du moment où l'on s'écarte des clous de la précision et de l'objectivité, le critère de l'expression ne saura être validé par le juge. De fait, les intentions de l'auteur d'une quelconque création échappent *a priori* toujours à la protection du droit d'auteur.

Il n'est malgré tout pas certain que le juge de la CJUE attende que les créations originales soient identifiables de manière strictement précise et objective, pour accéder à la protection du droit d'auteur. L'utilisation par le juge de l'adverbe « *suffisamment* » nous permet en effet d'en douter.

2. L'utilisation de l'adverbe « suffisamment » : une place laissée ouverte à la subjectivité

Le juge de la CJUE aurait tout à fait pu imposer aux créations pour lesquelles on réclame la protection d'être exprimées d'une manière qui rende leur identification précise et objective. Il n'y aurait eu alors aucun doute et toute subjectivité aurait été à proscrire au moment de l'identification de l'objet de la protection. Pour une raison qu'on ignore, le juge a toutefois préféré précéder les critères de précision et d'objectivité par l'adverbe « *suffisamment* »¹¹⁰⁹. L'utilisation de cet adverbe par le juge étonne. Faut-il alors considérer que ce dernier n'attend pas que les créations soient identifiées de manière strictement précise et objective ? Si l'argumentation du juge dans ses arrêts ne semble pas aller dans le sens de cette dernière hypothèse, celle-ci a toutefois quelques intérêts pratiques.

a. Une expression strictement ou suffisamment précise et objective ?

Les arguments en faveur d'une identification strictement précise et objective sont légions dans deux des trois jurisprudences de la CJUE qui traitent de la notion d'œuvre européenne, à savoir les arrêts *Levola*, *Cofemel* et *Brompton*.

Dans le premier des trois, la Cour explique ainsi qu'il est indispensable pour « *les autorités chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur* »¹¹¹⁰, mais aussi pour les « *particuliers, notamment [les] opérateurs économiques* »¹¹¹¹, de « *pouvoir connaître avec clarté et précision les objets ainsi protégés* »¹¹¹². Il devient nécessaire en

¹¹⁰⁹ Le juge utilise notamment cet adverbe aux points 40, 32 et 25 des arrêts *Levola*, *Cofemel* et *Brompton*.

¹¹¹⁰ Point n°41 de l'arrêt *Levola*.

¹¹¹¹ *Ibid.*

¹¹¹² *Ibid.*

conséquence « *d'écarter tout élément de subjectivité* »¹¹¹³, cette dernière étant « *nuisible à la sécurité juridique* »¹¹¹⁴.

N'étant que des considérations éminemment subjectives, les « *sensations* »¹¹¹⁵ et les « *expériences* »¹¹¹⁶ (en l'espèce gustatives, mais le juge vise évidemment tout type « d'expérience »), qui « *dépendent, notamment, de facteurs liés à la personne qui goûte le produit concerné tels que son âge, ses préférences alimentaires et ses habitudes de consommation, ainsi que de l'environnement ou du contexte dans lequel ce produit est goûté* »¹¹¹⁷ échappent alors logiquement à la protection du droit d'auteur.

Le juge de l'arrêt *Cofemel* met également à défaut toute subjectivité dans l'appréciation par le juge des contours de l'objet protégé. Ainsi, s'il est certes identifiable, « *l'effet esthétique susceptible d'être produit par un modèle est le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci* »¹¹¹⁸. Dès lors, « *cet effet de nature subjective ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »¹¹¹⁹. Et de la même manière que les « expériences » de l'arrêt *Levola* ne se limitaient pas aux seules expériences gustatives, il est évident que le juge ne rejette pas le seul « effet esthétique » de la protection du droit d'auteur, du fait de sa subjectivité certaine. Ainsi, c'est bien tous les effets produits par toutes les créations, que ces dernières soient par ailleurs protégées ou non, qui devraient échapper à la protection du droit d'auteur, du fait de leur subjectivité.

Cette solution fait sens. Souvenons-nous en effet de l'exemple proposé par Ivan Cherpillod à propos de la célèbre peinture de René Magritte, dénommée *Les vacances d'Hegel*, laquelle représente notamment un verre d'eau posé sur un parapluie. Selon Magritte, le parapluie « *a deux fonctions opposées : à la fois ne pas vouloir d'eau (la repousser), et en vouloir (en contenir)* »¹¹²⁰. Il en résulte la réunion dans ce tableau, de deux éléments *a priori* contradictoires, soit un verre d'eau posé sur un parapluie.

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ Point n°42 de l'arrêt *Levola*.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹¹⁸ Point n° 53 de l'arrêt *Cofemel*.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Lettre de René Magritte à Suzi Gablik, reproduite par Bernard Noël, *Magritte*, Paris 1976, p.15 et citée par I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 98.

Cette perception, qui a sans doute guidé le pinceau de l'auteur, est éminemment subjective. Car d'autres pourraient en avoir une différente, voire ne pas en avoir du tout. Pour reprendre les mots de l'auteur, ce tableau pourrait ainsi charmer ou amuser les spectateurs. Ce verre d'eau posé sur un parapluie pourrait réveiller de mauvais souvenirs à certains, qui en auraient alors une perception propre. Peut-être même que chez d'autres encore, l'association du verre d'eau et du parapluie n'aurait rien de contradictoire ! C'est donc fort logiquement que l'objet dont on réclame la protection ne peut ainsi pas s'étendre à toutes ces perceptions, à tous ces « *effet[s] de nature subjective* »¹¹²¹ et encore plus à ceux qu'on n'imagine pas à un seul instant.

Dès lors, il semble cohérent de considérer que la Cour impose une identification strictement précise et objective aux créations pour lesquelles on réclame la protection du droit d'auteur. Un auteur abondera en ce sens, en expliquant que l'argumentation de la CJUE dans l'arrêt *Cofemel* « *exclut toute appréciation subjective* »¹¹²² puisque si une « *identification s'opère par une condition subjective, l'exigence de précision et d'objectivité n'est pas satisfaite* »¹¹²³.

Cela étant dit, il s'avère toutefois que le recours à l'adverbe « suffisamment » est trop fréquent pour qu'il soit issu d'une fâcheuse erreur des juges de la CJUE. Manifestement, ces derniers semblent encore laisser la porte entrouverte à une approche plus subjective de l'identification de l'objet dont on réclame la protection du droit d'auteur.

*

Le point 40 de l'arrêt *Levola* impose à la création pour laquelle on revendique la protection du droit d'auteur qu'elle soit « *identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »¹¹²⁴. Ce critère sera par la suite répété au point 32 de l'arrêt *Cofemel* ainsi qu'aux points 25 et 28 de l'arrêt *Brompton*. Son utilisation par le juge ne procède donc pas du hasard.

En tout état de cause, elle contredit sensiblement une partie de l'argumentation du juge lorsque celui-ci explique qu'il est nécessaire « *d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification de l'objet protégé* »¹¹²⁵.

¹¹²¹ Point n° 53 de l'arrêt *Cofemel*.

¹¹²² E. Treppoz, *op. cit.*

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ Point 40 de l'arrêt *Levola*.

¹¹²⁵ Point 41 de l'arrêt *Levola*.

L'adjectif « objectif » est défini par le dictionnaire *le Robert* dans sa version en ligne comme étant ce « [q]ui existe hors de l'esprit, est indépendant de l'esprit »¹¹²⁶. Un récit objectif est donc « une description de la réalité indépendante des intérêts, des goûts, des préjugés de la personne qui la fait »¹¹²⁷. Concrètement, ce qui est « objectif » s'oppose absolument à ce qui est « subjectif ».

A moins de donner aux mots un sens nouveau, il apparaît ainsi très clairement que si l'on écarte des débats « tout élément de subjectivité »¹¹²⁸, c'est uniquement pour envisager une approche purement « objective » de l'affaire ou encore « précise et objective » pour reprendre la lettre de l'arrêt. Une identification envisagée sans élément subjectif doit donc être strictement objective. Mais cette identification strictement objective est-elle possible ?

Une identification strictement précise et objective est certes *a priori* envisageable. S'agissant du tableau *Les vacances d'Hegel* de René Magritte, les éléments exprimés, donc identifiables d'une manière précise et objective, seraient notamment : les couleurs représentées, la disposition des objets et des couleurs sur la toile, le parapluie, le verre d'eau, l'association d'un verre d'eau posé sur un parapluie, mais encore, de manière plus abstraite, la seule association de deux objets.

Les éléments non exprimés, échappant dès lors à la protection du droit d'auteur, seraient alors notamment l'effet résultant de la réunion de deux éléments sans doute contradictoires, à savoir le verre d'eau posé sur le parapluie. Seraient encore exclus de la protection tous les autres effets produits et intellectualisés par le spectateur.

Ainsi, il apparaît qu'une approche judiciaire strictement précise et objective est envisageable, encore que la plupart des sociologues s'accordent aujourd'hui pour considérer que l'approche purement *objective* d'un objet relève plutôt du mythe. Elle resterait en effet dans tous les cas soumise aux biais du chercheur, juriste ou juge. Il n'est ainsi pas certain que les éléments que nous considérons en l'espèce comme strictement précis et objectifs dans le tableau de René Magritte le soient pour tous.

¹¹²⁶ Définition du dictionnaire *le Robert* dans sa version en ligne, définition consultée le 21/10/2021. <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/objectif>

¹¹²⁷ *Ibid.*

¹¹²⁸ Point 41 de l'arrêt *Levola*.

A propos de l'arrêt *Levola*, un auteur précisa encore que « *pour protéger une oeuvre, il faut pouvoir s'accorder sur sa consistance* »¹¹²⁹. Pourrait-on alors envisager qu'auteurs, juristes et juges puissent s'accorder sur l'identification d'éléments éminemment subjectifs d'une création ?

Il nous semble tout à fait possible de pouvoir s'accorder, y compris devant le juge, sur la consistance d'éléments d'une création, même ceux subjectifs. Certes, l'effet contradictoire recherché par René Magritte dans le tableau *Les vacances d'Hegel* procède d'une intellectualisation de sa part et de la part de tous ceux qui veulent bien le voir. Toutefois, cet effet apparaît presque *immanent* à la peinture, de sorte qu'il serait accessible par le plus grand nombre. Sans être strictement précise et objective, son identification par le public, les « *opérateurs économiques* »¹¹³⁰ et – surtout – par le juge pourrait ainsi l'être *suffisamment*.

L'ensemble des acteurs cités plus haut auraient dès lors la possibilité de « *s'accorder sur [la] consistance* »¹¹³¹ des éléments exprimés et identifiables de manière strictement *et* suffisamment objective du tableau de René Magritte, à savoir, d'une part, les couleurs représentées, la disposition des objets et des couleurs sur la toile, le parapluie, le verre d'eau, l'association d'un verre d'eau posé sur un parapluie ; d'autre part, l'effet contradictoire produit par l'association du verre d'eau et du parapluie. Il resterait alors à confronter ces éléments à la condition d'originalité, c'est-à-dire aux choix libres et créatifs de l'auteur, révélateurs de sa personnalité.

Evidemment, et pour toute création donnée, il n'est, dans tous les cas, pas possible d'accorder tout le monde et tous les effets produits par l'esprit de tout un chacun. Souvenons-nous des propos d'un auteur comme Kasimir Malevitch qui s'exprimait de la sorte à propos de son *Carré blanc sur fond blanc* : « *[j] 'ai trouvé l'abat-jour bleu des limitations colorées, je suis sorti dans le blanc, voguez à la suite, camarades aviateurs, dans l'abîme, j'ai établi les sémaphores du Suprématisme. J'ai vaincu la doublure du ciel coloré après l'avoir arrachée, j'ai mis les couleurs dans le sac ainsi formé et j'y ai fait un nœud. Voguez ! L'abîme libre blanc, l'infini sont devant vous* »¹¹³². Il apparaît dès lors tout à fait certain que toutes les intentions créatives ne peuvent pas être considérées par le juge comme étant *suffisamment* précises et objectives. Il

¹¹²⁹ F. Pollaud-Dulian, « Saveur ou fragrance d'un produit et le droit d'auteur : le goût du « Heksenkaas » n'ensorcelle par la Cour de justice », *Dalloz*, 2018.

¹¹³⁰ Point 41 de l'arrêt *Levola*.

¹¹³¹ F. Pollaud-Dulian, « Saveur ou fragrance d'un produit et le droit d'auteur : le goût du « Heksenkaas » n'ensorcelle par la Cour de justice », *Dalloz*, 2018.

¹¹³² N. Walravens, *op. cit.*, p. 195.

nous semble ainsi qu'une identification saura être vue par le juge comme étant *suffisamment* précise et objective à partir du moment où le juge s'accordera avec l'auteur sur les contours de celle-ci.

Voilà, d'après-nous, le véritable sens de l'utilisation de l'adverbe « suffisamment » dans les différentes jurisprudences du juge de la CJUE. Selon cette acceptation, l'utilisation de l'adverbe « suffisamment » a ainsi pour mérite de donner encore plus de latitude au juge dans l'analyse des créations qui lui sont soumises et de réaccorder *in fine* le droit d'auteur aux auteurs. Cette hypothèse nous permet entre autres d'envisager de nouveau l'arrêt *Paradis*, cette fois sous l'angle des jurisprudences de la CJUE.

b. L'exemple de l'arrêt Paradis

Dans le célèbre arrêt *Paradis* rendu par la Cour de cassation le 13 novembre 2008, le juge accordera la protection à l'œuvre de Jakob Gautel qui consiste, nous l'avons déjà vu, en « [l]'idée d'inscrire « Paradis » sur une porte de toilettes sordide »¹¹³³.

Dans sa solution, le juge énoncera notamment que « l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale »¹¹³⁴. Concrètement, le juge considère dans cet arrêt que l'approche conceptuelle de l'auteur n'est pas protégée par le droit d'auteur, au contraire de l'inscription du mot « paradis » au-dessus d'une porte de toilettes sordide, inscription qui a notamment pour effet de détourner le mot de son sens commun.

Aussi importante qu'elle soit en droit français, cette solution doit-elle être validée du point de vue du droit européen tel que nous venons de le découvrir ? Tout dépend en réalité de la signification et de l'importance que la doctrine et le juge accorderont à l'utilisation de l'adverbe « suffisamment » dans les dernières jurisprudences de la CJUE.

Si l'hypothèse retenue devait être celle d'une expression de l'objet protégé qui le rende identifiable d'une manière strictement précise et objective, l'arrêt *Paradis* ne passerait pas la critique. En effet, il s'avère très nettement que l'approche conceptuelle présentée par le juge français dans l'arrêt cité, soit le fait « d'apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant

¹¹³³ E. Treppoz, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 266.

¹¹³⁴ Arrêt *Paradis*.

de son sens commun »¹¹³⁵, n'est absolument pas identifiable de manière précise et objective dans l'œuvre exprimée. Objectivement, cette idée fait uniquement appel aux sensations et à l'imagination du public ou de l'auteur. Elle n'est, de fait, perceptible par les sens que par une intellectualisation, forcément subjective, de l'œuvre. Si l'on s'en tient à cette hypothèse, et contrairement à ce qu'a pu dire le professeur Edouard Treppoz à ce sujet, ce ne serait pas pour sa banalité¹¹³⁶, pour son défaut d'originalité, que l'idée « *qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun* »¹¹³⁷ échapperait à la protection, mais plus simplement pour son défaut d'expression. A ce titre, elle ne pourrait pas concourir à la protection du droit d'auteur, selon les règles érigées par les différentes jurisprudences de la CJUE.

Si l'on retient *a contrario* notre hypothèse, qui veut que le juge de la CJUE utilise à bon escient l'adverbe « suffisamment » dans ses arrêts *Levola*, *Cofemel* et *Brompton*, l'argumentation tenue par le juge français doit être validée.

A la manière de l'effet contradictoire *quasi-évident* produit par le tableau *Les vacances d'Hegel* de René Magritte, l'inscription du mot « paradis » au-dessus d'une porte de toilettes sordide semble bien détourner le mot de son sens commun.

Que l'on retienne en effet son acception religieuse (« *Lieu où les âmes des justes jouissent de la béatitude éternelle* »¹¹³⁸) ou son sens figuré (« *Séjour enchanteur* »¹¹³⁹), le mot « paradis » offre pour le lecteur, dans la grande majorité des cas, une représentation merveilleuse, enchanteresse. Le voir inscrit au-dessus d'une porte de toilettes sordide le détourne donc effectivement de son sens commun. Abstraction faite du mot « paradis », on retrouverait donc bien ici l'approche conceptuelle identifiée par le juge en l'espèce, soit le fait « *d'apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun* »¹¹⁴⁰.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ « *Ainsi, si « l'idée d'envelopper des objets » n'était pas protégeable par le droit d'auteur, c'est parce qu'elle est banale. La conclusion est la même pour l'approche conceptuelle consistant à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun. C'est sa banalité qui exclut sa protection* », E. Treppoz, *op. cit.* Attention toutefois ! En l'espèce, « l'idée d'envelopper des objets », qui fait référence aux œuvres de Christo, est bien exprimée dans ses dernières qui consistent, objectivement, en des emballages d'objets plus ou moins conséquents.

¹¹³⁷ Arrêt *Paradis*.

¹¹³⁸ Définition du mot *paradis* donnée par le dictionnaire Le Robert dans sa version en ligne, consultée le 22/10/2021. <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/paradis>

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Arrêt *Paradis*.

Alors certes, cette identification ne serait pas strictement précise et objective, puisqu'elle procéderait forcément d'une intellectualisation de la part de l'auteur et du spectateur qui veut bien la voir. Pourtant, cette identification pourrait tout à fait être jugée *suffisamment* précise et objective, puisque le juge et l'auteur auraient la possibilité de s'accorder sur ses contours. Dans l'arrêt *Paradis*, c'est précisément ce que semble faire le juge lorsqu'il admet l'existence de cette approche conceptuelle dans l'œuvre réalisée par Jakob Gautel. A condition d'être originale, cette dernière pourrait ainsi obtenir la protection du droit d'auteur selon les règles posées par la CJUE.

*

Cette deuxième hypothèse a notre préférence. A notre avis, elle a également celle du juge français qui, mis à part cet arrêt *Paradis*, a eu l'occasion à de maintes reprises de se référer aux éléments éminemment subjectifs d'une création, afin de pouvoir les étudier sous l'angle de la condition d'originalité. Mais que l'on retienne l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'expression et l'originalité sont désormais les deux seules véritables conditions d'application du droit d'auteur sur tout le territoire de l'Union.

Et puisqu'elle est rarement discutée devant le juge, la condition relative à l'exigence d'expression s'efface alors devant la seule condition d'originalité, laquelle prend dès lors d'autant plus d'importance aux yeux du juge européen. Nous aurons l'occasion de le justifier au moment d'appliquer nos hypothèses aux créations audiovisuelles.

Section 2 : Le concept d'œuvre européenne toujours débattu

Malgré tout ce qui vient d'être dit, il apparaît très nettement que le concept d'œuvre européenne, et à travers lui les conditions d'originalité et d'expression, est toujours débattu en doctrine et devant le juge.

Pourtant, la notion d'œuvre européenne garantit enfin une harmonie judiciaire des conditions à la protection du droit d'auteur. L'incohésion nationale et européenne des conditions à la protection du droit d'auteur, dénoncée dans la première partie de notre travail, n'a désormais plus cours, l'obscur dichotomie idée-forme s'effaçant impérativement devant les seules conditions d'originalité et d'expression, toutes deux définies par le juge européen (Paragraphe 1).

En conséquence de cette très récente harmonie couplée à l'abandon des concepts litigieux que sont l'idée et la forme, une certaine sécurité juridique est ensuite assurée à tous les auteurs désireux d'obtenir la protection de leurs créations devant le juge.

Mais en l'absence de prise de décision législative et définitive, il est évidemment absolument certain que les différents débats émaillant encore et toujours la matière ne sont pas près de cesser (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le concept d'œuvre européenne garantissant une relative harmonie des conditions à la protection du droit d'auteur

Le renouvellement européen de la condition d'originalité aura notamment eu pour conséquence de repenser les doctrines subjective et objective du concept. Ces doctrines envisageant – presque – systématiquement une originalité soit purement objective, soit purement subjective, doivent maintenant se renouveler.

L'approche européenne de la condition d'originalité semble en effet privilégier une approche plus pragmatique du concept, admettant, pour chaque œuvre protégée par le droit d'auteur, la présence des choix libres et créatifs de l'auteur révélant *in fine* le reflet de sa personnalité (Sous-paragraphe 1).

Toutefois, l'harmonie totale des conditions à la protection du droit d'auteur reste encore un objectif à atteindre. En effet, certaines juridictions européennes appliquent avec de grandes précautions les différentes règles imposées par le juge de la CJUE, leur préférant officiellement une approche bien plus traditionnelle (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : L'unification des conceptions subjectives et objectives de l'originalité

De prime abord, l'approche européenne de la condition d'originalité ne remet pas en cause l'acception traditionnelle et subjective du concept, lequel renvoie toujours au reflet de la personnalité de l'auteur. Toutefois, cette approche se distingue de la doctrine majoritaire qui envisage une acception purement subjective du concept litigieux.

Le juge de la CJUE a en effet préféré emprunter une voie intermédiaire, mêlant officiellement les conceptions subjective et objective de la condition d'originalité. Il apparaît toutefois que

dans ses différentes jurisprudences, la Cour a décidé de se ranger officieusement derrière une approche plus pragmatique et objective du concept litigieux.

En tout état de cause, la dernière conséquence de ce renouveau européen est d'enfin rapprocher les doctrines civilistes et de *common law*, toutes deux issues d'un même mouvement mais opposées depuis près de deux siècles s'agissant de la condition d'originalité.

1. Le reflet de la personnalité d'un auteur, caractérisé par ses choix libres et créatifs

Pour qu'une création soit protégée par le droit d'auteur, celle-ci doit constituer « *une création intellectuelle propre à son auteur* »¹¹⁴¹, c'est-à-dire qu'elle doit « *[refléter] la personnalité* »¹¹⁴² de l'auteur et que « *tel est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs* »¹¹⁴³. Plusieurs enseignements sont à tirer de cette conception européenne de la condition d'originalité, animée par cette volonté de rapprocher les différentes doctrines s'écharpant depuis plus d'un siècle sur la détermination des contours de la condition d'originalité.

a. La persistance des critères traditionnels et subjectifs de l'originalité

L'originalité telle qu'elle est définie par le juge de l'Union européenne n'innove pas sur tous les points. En effet, la plupart des critères traditionnels et relatifs à l'approche subjective de la condition sont repris dans la lettre même des dernières jurisprudences de la CJUE.

i. Le critère de la création intellectuelle

L'affaire ne surprendra personne mais doit être rappelée. L'œuvre européenne, c'est-à-dire toute création exprimée et originale, doit nécessairement « *procéder d'une activité créative* »¹¹⁴⁴, ce qui exclut *a priori* toutes les créations « *du pur hasard* »¹¹⁴⁵ ou encore « *la*

¹¹⁴¹ Point 87 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁴² Point 88 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁴³ Point 89 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁴⁴ A. Lucas, « Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Lexis360 ; voir également l'arrêt suivant, qui confirme que la conscience de créer revêt une qualité indispensable à la protection du droit d'auteur, y compris s'agissant des créations audiovisuelles, *Tribunal judiciaire, Paris, 3e chambre, 2e section, 16 Avril 2021 - n° 19/14555*.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, voir *a contrario* M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e édition, 2013, 106 ; lire également sur la question la thèse de Noémie Enser, laquelle estime pour sa part qu'une « *œuvre totalement due au hasard* » ne peut pas être originale, puisqu'elle n'aura pas permis à son auteur « *d'exprimer sa personnalité* », Noémie Enser, *Conscience de la création et droit d'auteur*, LexisNexis, 2022, p. 124.

simple révélation d'une œuvre préexistante »¹¹⁴⁶. A ce titre, le juge français a déjà eu l'occasion de préciser qu'il est impossible d'obtenir la protection, par le droit d'auteur, d'un nom patronymique¹¹⁴⁷. A moins bien évidemment que ce dernier n'ait été inventé de toute pièce¹¹⁴⁸.

Ce critère se retrouve notamment dans la plupart des jurisprudences de la CJUE s'intéressant aux conditions de la protection du droit d'auteur. Citons à titre d'exemple la lettre du célèbre arrêt *Painer* dans lequel la Cour de justice va considérer qu'on est effectivement en présence d'une création intellectuelle lorsque « *l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre* »¹¹⁴⁹.

Il a ainsi été jugé que les « *documents purement informatifs, dont le contenu est essentiellement déterminé par les informations qu'ils contiennent* »¹¹⁵⁰ ne peuvent pas obtenir la protection du droit d'auteur en l'absence de choix libres et créatifs de leur créateur. En effet, « *[l]e droit d'auteur appréhende les créations qui résultent d'une modification du réel* »¹¹⁵¹.

Puisque le juge évoque explicitement les capacités créatives d'un auteur, c'est que la présence de ce dernier est absolument indispensable à la protection du droit d'auteur. Toute création intellectuelle est ainsi « *nécessairement le résultat de l'intervention humaine* »¹¹⁵². Et cette création se transformera en œuvre lorsqu'elle portera en son sein le reflet de la personnalité de son auteur.

ii. Le critère du reflet de la personnalité de l'auteur

Nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer : le juge de la CJUE subordonne la protection d'une création par le droit d'auteur à la présence du reflet de la personnalité de l'auteur dans son œuvre. Aucune protection ne sera ainsi accordée aux créations imperméables à toute personnalité.

S'il ne mentionne pas explicitement la personnalité de l'auteur, l'arrêt *Infopaq* va préciser que « *le droit d'auteur [...] n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est*

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ *Cass. Ire civ., 10 avr. 2013, n° 12-14.525, cité par A. Lucas, op. cit.*

¹¹⁴⁸ Nous abordons ce point dans notre troisième partie.

¹¹⁴⁹ Point 87 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁵⁰ Point 24 de l'arrêt *Funke Medien NRW GmbH/République fédérale d'Allemagne*.

¹¹⁵¹ A. Bensamoun et J. Groffe, « Fasc. 1134 : Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹¹⁵² *Ibid.*

original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur »¹¹⁵³. La référence à l'approche subjective de la condition d'originalité sera davantage marquée dans l'arrêt *Painer*, lorsque le juge indiquera à plusieurs reprises¹¹⁵⁴ qu'une « *création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci* »¹¹⁵⁵. Il en ira de même dans la grande majorité des jurisprudences de la CJUE évoquées plus haut.

Dans l'arrêt *Brompton*, le juge expliquera encore que, pour qu'un objet accède à la protection du droit d'auteur, « *il est à la fois nécessaire et suffisant que celui-ci reflète la personnalité de son auteur* »¹¹⁵⁶. Le reflet de la personnalité de l'auteur est donc nécessaire à l'accession à la protection du droit d'auteur de toute création. Puisqu'il est suffisant, la seule présence de la personnalité de l'auteur dans son œuvre suffit pour que cette dernière accède à la protection du droit d'auteur.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ce qui vient d'être dit.

Tout d'abord, seule une personne physique est susceptible d'imprégner une création du reflet de sa personnalité, ce qui rappelle forcément les premières réflexions historiques s'agissant d'un droit d'auteur, lesquelles assimilaient l'œuvre à la personne même de l'auteur. Ainsi, une personne morale « *n'étant qu'une entité créée par le droit et non un être de chair, ne saurait, à proprement parler, créer une œuvre de l'esprit* »¹¹⁵⁷.

L'affaire nous intéressera tout particulièrement lorsqu'il sera venu le moment de confronter les créations littéraires et audiovisuelles de l'intelligence artificielle à la condition d'originalité renouvelée par le juge de l'Union.

Enfin, le critère du reflet de la personnalité renvoie à une approche subjective et souvent insaisissable de la condition d'originalité, de surcroît inadaptée à la plupart des créations du XXI^e siècle. Pour cette raison, le juge de la CJUE a donc décidé de l'associer au critère objectif des choix de l'auteur.

¹¹⁵³ Point 37 de l'arrêt *Infopaq*.

¹¹⁵⁴ Points 88, 94, 99 et 150 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁵⁵ Point 88 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁵⁶ Point 23 de l'arrêt *Brompton*.

¹¹⁵⁷ A. Bensamoun et J. Groffe, *op. cit.*

b. Malgré l'exigence de choix libres et créatifs, un critère objectif de l'originalité

Selon les dernières jurisprudences de la CJUE, le reflet de la personnalité de l'auteur dans son œuvre, critère « *à la fois nécessaire et suffisant* »¹¹⁵⁸ pour obtenir la protection du droit d'auteur, se manifeste par « *les choix libres et créatifs* »¹¹⁵⁹ de l'auteur.

Au moment de préciser les différents moments qui permettront à l'auteur d'une photographie d'y « *imprimer sa « touche personnelle* » »¹¹⁶⁰, la Cour de justice apportera dans son arrêt *Painer* quelques précisions à propos de ces choix libres et créatifs, révélateurs de la personnalité de l'auteur.

Ainsi, « *[a]u stade de la phase préparatoire, l'auteur pourra choisir la mise en scène, la pose de la personne à photographier ou l'éclairage. Lors de la prise de la photographie de portrait, il pourra choisir le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée. Enfin, lors du tirage du cliché, l'auteur pourra choisir parmi diverses techniques de développement qui existent celle qu'il souhaite adopter, ou encore procéder, le cas échéant, à l'emploi de logiciels* »¹¹⁶¹.

En l'espèce, si la finalité de l'étude des choix dans une œuvre est bien évidemment la recherche du reflet de la personnalité de l'auteur, il apparaît ici très nettement que la méthode pour vérifier l'existence de cette personnalité repose sur ces choix libres et créatifs, envisagés indépendamment de la question de la personnalité de l'auteur. La Cour associe donc bien dans ses jurisprudences au critère subjectif, le reflet de la personnalité de l'auteur, le critère objectif des choix libres et créatifs de l'auteur.

2. Des choix libres et créatifs suffisants pour caractériser l'originalité d'une création

S'il apparaît dans un premier temps que la Cour subordonne la protection du droit d'auteur à la présence, au sein de toute création, du reflet de la personnalité de l'auteur, il s'avère en réalité que ce critère est tout à fait subsidiaire dans les dernières jurisprudences de la CJUE. Le juge européen semble en effet privilégier une approche plus objective de la condition d'originalité, la personnalité de l'auteur ne se révélant indispensable que dans un second temps.

¹¹⁵⁸ Point 23 de l'arrêt *Brompton*.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ Point 92 de l'arrêt *Painer*.

¹¹⁶¹ Point 91 de l'arrêt *Painer*.

a. *Une originalité officiellement subjective et objective*

Il ne faut pas se tromper. Si la Cour adopte les conceptions subjective et objective de la condition d'originalité afin de déterminer les contours de cette dernière, ce n'est bien évidemment pas pour évincer l'une des deux conceptions lorsque la situation le requiert. Ainsi, le concept d'originalité hybride « à géométrie variable »¹¹⁶² utilisé pour la première fois par le conseiller Jonquères dans son rapport relatif au célèbre arrêt *Pachot* doit être une nouvelle fois absolument rejeté, étant en totale contradiction avec l'approche globale de la Cour de justice dans ses nombreuses jurisprudences.

En effet, « si la démarche [de la CJUE] apparaît objective dès lors qu'elle consiste à identifier les choix effectués par l'auteur, elle conserve néanmoins une part de subjectivité en imposant de déterminer en quoi ces choix constituent une création personnelle »¹¹⁶³. Il n'est ainsi pas question de rechercher le seul reflet de la personnalité s'agissant des créations des « beaux-arts » et de recourir au critère des choix pour les créations de « petite monnaie », mais bien au contraire de considérer que cohabitent systématiquement dans toute œuvre de l'esprit, le reflet de la personnalité de l'auteur d'une part, ses choix libres et créatifs d'autre part. Souvenons-nous alors de ces bons mots : « la réalité n'est jamais qu'affaire de mixte, « où rien n'est jamais ni totalement objectif, ni totalement subjectif mais toujours les deux à la fois »¹¹⁶⁴ »¹¹⁶⁵.

En s'affranchissant de la plupart des doctrines opposant les conceptions strictement subjective et objective de la condition d'originalité¹¹⁶⁶, le juge de la CJUE décide ainsi d'emprunter une voie intermédiaire, en embrassant la dimension à la fois subjective et objective de toute œuvre de l'esprit. Celle-là même qui était envisagée il y a quelques années par Olivier Laligant.

Cette vision de l'œuvre de l'esprit implique ainsi d'appréhender de manière dynamique et statique l'œuvre protégée. Comme a pu le dire Nadia Walravens, « l'œuvre – création – doit être désormais appréhendée à la fois de manière dynamique (y a-t-il activité créatrice de la part de l'auteur ?) et statique (y a-t-il une œuvre reflétant l'empreinte de la personnalité de l'auteur ?) »¹¹⁶⁷. Concrètement, l'approche de la CJUE conduit à considérer que c'est la

¹¹⁶² J. Jonquères, *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203 sous *Ass. plén.*, 7 mars 1986.

¹¹⁶³ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisqueur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹¹⁶⁴ Cité par Olivier Laligant, A. Berque, *Le Sauvage et l'Artifice*, Gallimard, 1986, p. 286.

¹¹⁶⁵ O. Laligant, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁶⁶ Relire notamment notre analyse de la doctrine d'Alexandre Portron.

¹¹⁶⁷ N. Walravens, *op. cit.*, p. 154.

dynamique de l'auteur qui permet de déterminer si l'œuvre statique, laquelle doit donc pouvoir être identifiée de manière suffisamment précise et objective, reflète effectivement la personnalité de l'auteur.

Selon la Cour, toutes les œuvres de l'esprit seraient ainsi marquées « *par un mélange d'objectif et de subjectif* »¹¹⁶⁸. Paradoxalement, il semble qu'en pratique la conception objective de la condition d'originalité a plutôt les faveurs du juge de la CJUE, contrairement à ce qui a pu être affirmé par Christophe Caron¹¹⁶⁹.

b. Une réalité moins nuancée

L'impression d'ensemble laissée par cette nouvelle conception de la condition d'originalité se heurte toutefois à une pratique judiciaire moins nuancée. Certes, la Cour continue d'invoquer au gré de ses décisions le reflet de la personnalité de l'auteur. Il apparaît toutefois indubitablement que cette « *référence [...] reste toute formelle* »¹¹⁷⁰.

Il s'avère en effet que si la Cour subordonne la protection du droit d'auteur à la présence d'un tel reflet dans toute création, elle considère en réalité que cette condition est respectée « *si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs* »¹¹⁷¹.

En tout état de cause, si la personnalité de l'auteur est reflétée dans son œuvre à partir du moment où celui-ci aura « *pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs* »¹¹⁷², ce reflet n'apparaît plus comme étant le véritable déterminant à la caractérisation de l'originalité de l'œuvre.

Le reflet de la personnalité n'intervient en effet que dans un second temps, presque de manière subsidiaire. Ainsi, « *[l]’originalité, dans la définition très générale que retient la Cour de justice, qui s’applique à toutes les œuvres, n’est rien d’autre que l’activité créative, dépouillée*

¹¹⁶⁸ O. Laligant, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁶⁹ Voir notamment l'article de Christophe Caron, lequel explique que la mention dans l'arrêt *Infopaq* de la « *création intellectuelle propre à son auteur* » constitue « *une nouvelle consécration, en droit communautaire, de la notion française d'originalité, théorisée par Desbois* », dans C. Caron, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2009, comm. 97*.

¹¹⁷⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition, LexisNexis, 2017, p. 143.

¹¹⁷¹ Point 89 de l'arrêt *Painer*, cité par A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *ibid.*

¹¹⁷² Point 89 de l'arrêt *Painer*.

de toute connotation subjective »¹¹⁷³. Pour caractériser l'originalité d'une création, il suffit donc pour le juge d'identifier les choix de l'auteur et de leurs faire passer le test de la liberté et de la créativité. Caractériser l'exigence de créativité, c'est ainsi vérifier si les choix librement réalisés par l'auteur s'écartent « *de ce qui est connu et de ce qui en découle directement* »¹¹⁷⁴. Le cas échéant, lesdits choix libres et créatifs (critère objectif) permettront de révéler le reflet de la personnalité de leur auteur (critère subjectif sous-jacent au critère objectif) et assureront à la création originale qui en résultera la protection du droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit.

Cela étant dit, la référence par le juge de la CJUE au reflet de la personnalité de l'auteur nous semble absolument indispensable, quand bien même elle serait fondamentalement inutile pour caractériser l'originalité d'une création.

Comme nous avons eu l'occasion de le dire à propos de l'analyse d'Ivan Cherpillod, la conception qui défendrait une approche strictement objective de la condition d'originalité rendrait injustifiable le droit moral presque absolu accordé aux auteurs, en droit français du moins. Nous rejoignons ainsi l'avis de cet auteur qui explique que « *[l]'œuvre n'est protégée que dans la mesure où elle recèle une empreinte de la personnalité. Cette empreinte fait toute la valeur de l'œuvre* »¹¹⁷⁵. Ce n'est pas parce que cette empreinte ou ce reflet n'existe pas que le juge de la CJUE a recours au critère des choix de l'auteur, c'est parce qu'elle est insaisissable, au contraire desdits choix. Partant, ces deux conceptions sont bien indissociables de la condition d'originalité imposée par le juge de l'Union européenne.

Certains auteurs relèvent cependant que l'approche subjective de la condition d'originalité n'est pas employée dans toutes les jurisprudences de la CJUE. Ainsi, nulle mention ne serait faite à « *un quelconque « reflet » ou une quelconque « empreinte » de la personnalité de l'auteur* »¹¹⁷⁶ dans l'arrêt *Dataco* cité plus haut. On objectera toutefois sur ce point que la dimension subjective de l'œuvre n'est pas totalement absente de l'arrêt *Dataco* puisque le juge précise plusieurs fois que le droit d'auteur n'a vocation à s'appliquer qu'à « *une création intellectuelle*

¹¹⁷³ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *op. cit.*

¹¹⁷⁴ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133. Une autrice abonde en ce sens : « *l'originalité doit être appréciée au regard d'œuvres déjà connues afin de déterminer si la création revendiquée s'en dégage d'une manière suffisamment nette et significative, et si ces différences résultent d'un effort de création, marquant l'œuvre revendiquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur* », C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*

¹¹⁷⁵ P. Gaudrat, *Jurisclasseur, Propriété littéraire et artistique, Droit des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral*, Fasc. 1210, 2001, p. 16, cité par N. Walravens-Mardarescu, *op. cit.*, p. 437.

¹¹⁷⁶ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *op. cit.*, p. 143.

propre à son auteur »¹¹⁷⁷. Si son utilisation se fait moins explicite dans cette décision, l'approche subjective n'a pas non plus été abandonnée par le juge de la CJUE, pour les raisons évoquées plus haut.

En outre, cette nouvelle conception de la condition d'originalité permet d'enfin rapprocher les doctrines civilistes et de *common law* sur la question de la détermination des contours de la condition.

3. En principe : le rapprochement des doctrines de l'originalité civilistes et de *common law*

Lorsqu'elle décida de prendre le virage romantique et personaliste à la fin du XIXe siècle en envisageant un droit moral presque absolu aux auteurs¹¹⁷⁸, la doctrine française développa et explicita le lien qui existe entre la personne de l'auteur et son œuvre. Ce dernier, nous l'avons vu, est symbolisé par la condition d'originalité, laquelle impose à toute création de refléter la personnalité de son auteur. C'est la consécration de l'approche strictement subjective du concept, démocratisé par Henri Desbois au milieu du XXe siècle.

Le droit moral ne s'étant pas autant développé en droit anglais¹¹⁷⁹, on donna à la condition d'originalité une autre acception. Ainsi, et jusqu'à récemment encore, le juge britannique n'admettait le plus souvent la protection qu'aux créations qui ont nécessité le travail, la compétence ainsi que le discernement de l'auteur¹¹⁸⁰. Cette approche est donc strictement objective, en ce qu'elle ne laisse en l'espèce aucune place au reflet de la personnalité de l'auteur.

¹¹⁷⁷ Point 29 de l'arrêt *Dataco*.

¹¹⁷⁸ « *La conceptualisation du droit moral intervient à la charnière des années 1860 et 1870 (V. S. Stroeholm, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave : Stockholm, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1966, t. 1, p. 271 et s.)* », L. Pfister, « Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹¹⁷⁹ « *Toutefois, il serait faux de croire qu'en Angleterre et aux États-Unis, la protection des intérêts moraux des créateurs ait été entièrement ignorée. Revendiquée par des romanciers et compositeurs, elle prend corps dans des hypothèses précises : ici, une disposition du Fine Arts Copyright anglais de 1862 qui sanctionne les atteintes à la paternité et à l'intégrité des peintures, dessins et photographies, là quelques décisions judiciaires, fondées sur un embryonnaire right of privacy, sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle ou encore sur la concurrence déloyale (A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis : Rousseau Paris, 1955, p. 183 et s. – Y. Gendreau, Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais : RRJ, 1988, p. 51-52). Cela étant, la rupture se crée et réside en particulier dans le fait qu'en Angleterre et aux États-Unis, les intérêts moraux ne sont pas convertis en de véritables droits subjectifs, attachés à la personne du créateur* », L. Pfister, *ibid.*

¹¹⁸⁰ *Ladbroke v. William Hill* [1964] 1 All ER 465, 469, cité par J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 263.

En adoptant une voie intermédiaire, qui laisse à l'approche objective de la condition d'originalité, le soin de révéler la part de subjectivité dans la création pour laquelle on réclame la protection du droit d'auteur, la Cour de justice permet ainsi de rapprocher les doctrines civilistes et de *common law* s'agissant des conditions à la protection du droit d'auteur.

Sous-paragraphe 2 : En pratique, une cohérence encore incomplète

L'approche européenne de la condition d'originalité a rapproché en principe les doctrines civilistes et de *common law*. La pratique est toutefois révélatrice d'une réalité tout autre. En effet, si l'harmonie sur le territoire national français devrait désormais être certaine, celle-ci reste encore à construire sur le territoire de l'Union.

1. Une harmonie européenne à construire

L'affirmation du rapprochement entre les doctrines civilistes et de *common law* doit être nuancée, notamment depuis le « Brexit » et la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, quand bien même la plupart des directives européennes ont été transposées en droit interne¹¹⁸¹.

En effet, si la jurisprudence de la CJUE antérieure au 1^{er} janvier 2021¹¹⁸² a toujours vocation à s'appliquer au Royaume-Uni, « *le European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 prévoit que le Gouvernement pourra, par décret, autoriser les tribunaux inférieurs à s'en écarter dans les conditions qu'il déterminera* ». Il n'est ainsi pas certain que l'interprétation particulière des directives européennes rendue par la CJUE subsiste indéfiniment suite au « Brexit » et à la résistance des tribunaux anglais.

En attendant, les décisions les plus récentes du juge de la CJUE, notamment ses arrêts *Levola* et *Cofemel*, continuent d'être appliquées par certaines juridictions anglaises¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ « *L'acquis communautaire a été préservé, hors directive 2019/790 du 17 avril 2019 (non transposée)* », P. Kamina, « Un an de droit anglo-américain », *Communication Commerce électronique* n° 2, Lexis360, février 2021,

¹¹⁸² C'est-à-dire toutes les jurisprudences qui ont permis le renouvellement de la condition d'originalité.

¹¹⁸³ « *L'Intellectual Property Court de Londres (IPEC) a tiré les conséquences, de l'arrêt Cofemel [...] dans un arrêt remarqué du 29 janvier 2020 (Response Clothing Ltd v The Edinburgh Woollen Mill Ltd ([2020] EWHC 148 (IPEC)). Le droit anglais connaît en effet une restriction importante à la protection des œuvres de l'art industriel par copyright. Ces dernières sont en principe couvertes par la catégorie des « works of artistic craftsmanship », qui pose une condition de « caractère artistique ». L'IPEC juge, au visa des arrêts Cofemel et Levola Hengelo, que le terme « artistic craftsmanship » doit être interprété comme n'exigeant pas la démonstration d'un caractère artistique ou esthétique aux fins de la protection. Les conséquences de cette solution sont potentiellement très importantes pour l'industrie du design* », P. Kamina, *op. cit.*

D'autres décident au contraire de passer outre les critères trouvés par le juge européen. Comme ont ainsi pu le dire des auteurs¹¹⁸⁴, « [n]ul se sera surpris de lire que nos voisins anglais n'en font qu'à leur tête... Comme cela a été bien montré¹¹⁸⁵, les cours britanniques, soit ignorent totalement la condition de liberté des choix, soit s'y réfèrent, soit considèrent que le triptyque [...] (labour, skill and judgement) représente son équivalent, ce qui, bien évidemment, est totalement inexact »¹¹⁸⁶.

S'il est ainsi tout à fait exact de dire que « la Cour de justice de l'Union européenne a vraisemblablement sonné le glas de la notion d'originalité fondée uniquement sur le travail (« labeur ») de l'auteur »¹¹⁸⁷, les conséquences du « Brexit » sur l'harmonie européenne restent encore inconnues.

2. Une harmonie nationale certaine

Les nouvelles dispositions européennes s'intéressant à la question des contours de la condition d'originalité ne devraient *a priori* rencontrer aucune difficulté majeure au moment d'être appliquées par les juridictions françaises.

Il est tout d'abord absolument certain que le juge français est tenu de respecter les dispositions du droit de l'Union, transposées en droit interne. Il doit également les faire appliquer telles qu'elles ont été interprétées par le juge de la CJUE. Ainsi, « aucune autre condition, aucun autre critère [que l'originalité] ne conditionne la protection par le droit d'auteur »¹¹⁸⁸. Dès lors, la recherche de l'originalité de toute création par le juge doit se limiter à l'identification et à l'analyse des choix de l'auteur sous le prisme des critères de la liberté et de la créativité, seuls révélateurs de la personnalité de l'auteur. De même, puisque la notion d'œuvre est à présent envisagée au niveau européen par la CJUE¹¹⁸⁹, le juge français devrait pouvoir abandonner

¹¹⁸⁴ Mais aussi Alain Strowel dans « Droit d'auteur et copyright », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 712 : « certains de nos confrères anglais ne semblent pas considérer que le critère mis en avant par la Cour de justice oblige à revoir leur approche des conditions de protection ».

¹¹⁸⁵ E. Derclaye, « La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit d'auteur: évaluation de son impact sur et de sa réception par le droit du Royaume-Uni. Que réserve l'avenir ? », *RIDA* 2014/4, p. 5, cité par J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 263.

¹¹⁸⁶ J.-M. Bruguière, M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 01/2019, note 263.

¹¹⁸⁷ D. Gervais, « Originalité(s) », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 390.

¹¹⁸⁸ Point n°40 de l'arrêt *Dataco*, qui fait directement référence à l'article 3, paragraphe 1, et au seizième considérant de la directive 96/9, cité par J. Larrieu, « L'originalité d'un calendrier de matchs de football », *Propriété industrielle n° 10*, LexisNexis, octobre 2012, comm. 75.

¹¹⁸⁹ Point n°33 de l'arrêt *Levola*.

l'usage des concepts d'idée et de forme pour leur préférer celui relatif à l'expression de la création.

Il apparaît ensuite que le renouvellement européen de la condition d'originalité ne dénature pas le droit d'auteur français, historiquement rattaché à la personne de l'auteur. En effet, si le critère du reflet ou de l'empreinte de la personnalité de l'auteur devient subsidiaire dans l'approche de la CJUE, il n'en reste pas moins indispensable. Les seuls choix ne permettent donc pas de caractériser l'originalité d'une création : c'est parce qu'ils seront libres et créatifs qu'ils permettront de révéler le reflet de la personnalité de l'auteur. Ainsi, la condition européenne d'originalité n'envisage plus une conception strictement subjective de l'originalité. Elle embrasse au contraire la dimension subjective et objective de toute œuvre de l'esprit.

Enfin, comme nous l'avons déjà démontré plus haut, le critère des choix imposé par le juge de la CJUE n'est pas inconnu du juge français qui l'utilisait et l'utilise toujours pour bons nombres de créations de « petite monnaie ». Afin de respecter les nouvelles dispositions européennes, il lui faudra désormais l'appliquer également aux créations des « beaux-arts ». En tout état de cause, cela permettra de garantir une certaine sécurité juridique aux auteurs français et à leurs représentants en justice.

Paragraphe 2 : Le concept d'œuvre européenne garantissant une relative sécurité juridique en droit d'auteur

En abandonnant la dichotomie idée-forme dans ses dernières jurisprudences, le juge de la CJUE accorde uniquement la protection du droit d'auteur aux seules créations exprimées et originales. Dès lors, toutes celles qui ne respectent pas ces deux critères échappent logiquement à toute protection (Sous-paragraphe 1).

Malgré tout, dans le silence du législateur, les débats judiciaires et doctrinaux n'en finissent pas. En découle *in fine* la persistance de critères pourtant absolument inadaptés à la réalité artistique contemporaine et à la sécurité juridique souhaitée par tous (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Les « dispositions fantômes » du droit international et européen

Le critère de l'expression, qui impose à la création pour laquelle on revendique la protection du droit d'auteur d'être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, permet au juge

de s'affranchir des concepts d'idée et de forme, afin de dépasser les difficultés de la dichotomie traditionnelle.

Il nous semble ainsi que les concepts d'idée et de forme n'ont plus de véritable intérêt en droit positif, malgré le fait qu'ils continuent à être utilisés dans certaines jurisprudences de la CJUE et dans quelques textes internationaux.

La notion d'idée, tout d'abord, n'est définie dans aucun des textes cités plus haut¹¹⁹⁰. Elle ne l'est pas bien davantage dans les différentes décisions de justice rendues par la CJUE qui s'intéressent à la notion. En outre, la protection semble parfois être refusée aux idées pour leur défaut d'expression, parfois pour leur manque d'originalité.

La notion de forme n'est pas envisagée différemment. Elle souffre dès lors des mêmes difficultés, en étant finalement presque jamais évoquée par le juge de la CJUE. Et lorsque ce dernier le fait, c'est bien souvent soit pour insister sur le fait qu'il ne pose aucun embarras dans le cas d'espèce, soit pour démontrer que la forme n'est finalement que la conséquence de la protection du droit d'auteur.

En tout état de cause, nous avons également démontré que le juge de la CJUE préfère recourir à la condition d'expression, qui impose à l'objet protégé d'être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, afin de déterminer les contours de la protection du droit d'auteur.

A ce titre, les dispositions internationales et européennes évoquant les notions d'idée et de forme s'apparentent à des « dispositions fantômes » qui sont peu utilisées judiciairement et le plus souvent de manière totalement artificielle.

Ainsi, la décision d'un juge qui refusera la protection à une création pour sa seule appartenance à l'univers des idées devra alors être critiquée, si celui-ci ne justifie pas en quoi cette idée n'est pas exprimée ou n'est pas originale. Dès lors, le recours aux concepts d'idée et de forme semble erroné si la dichotomie est envisagée indépendamment des conditions à la protection du droit d'auteur imposées par le juge de la CJUE. Et finalement, le recours auxdits concepts devient très anecdotique si on doit leur préférer, en pratique, les conditions d'expression et d'originalité.

¹¹⁹⁰ Dans les accords ADPIC et le traité de l'OMPI au niveau international, dans la directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur au niveau européen.

Sous-paragraphe 2 : Un débat doctrinal et judiciaire sans fin

Malgré tout ce qui vient d'être dit, il apparaît que la détermination des contours de la condition d'originalité n'en finit plus de faire débat. Les nombreuses « dispositions fantômes » du droit international et européen continuent également d'être utilisées en justice, donc commentées par la doctrine.

1. Une condition d'originalité malgré tout toujours débattue

A n'en pas douter, notre analyse de la notion d'originalité telle qu'elle est envisagée par le juge de la CJUE ne contentera pas toute la doctrine qui continue toujours de s'écharper sur les contours de la condition. S'il nous semble, comme d'autres, que la Cour de justice a souhaité mettre en exergue la dimension à la fois subjective et à la fois objective de toute œuvre de l'esprit, certains auteurs ne partagent pas cet avis¹¹⁹¹.

Nous avons déjà eu l'occasion de voir que, pour Nadia Walravens par exemple, l'utilisation du critère des choix ne procède pas de l'approche objective de l'originalité, mais s'inscrit au sein du mouvement subjectif du concept, puisque l'étude des choix permet de traduire « *l'activité créatrice de l'artiste, révélatrice de l'empreinte de sa personnalité dans l'œuvre* »¹¹⁹².

Il en va également ainsi pour Christophe Caron qui explique que la mention de la « *création intellectuelle propre à son auteur* »¹¹⁹³ dans l'arrêt *Infopaq* constitue « *une nouvelle consécration, en droit communautaire, de la notion française d'originalité, théorisée par Desbois* »¹¹⁹⁴, soit l'originalité envisagée de manière strictement subjective.

Pierre Sirinelli tient pareil argumentaire, en voyant notamment dans le célèbre arrêt *Painer* la réaffirmation du « *triomphe d'une approche subjective de l'originalité* »¹¹⁹⁵. Il en irait ainsi puisque la protection n'est accordée qu'à « *un objet qui est original en ce sens qu'il est une*

¹¹⁹¹ Ce qui en amuse d'autres, notamment Michel Vivant lorsqu'il tient ses propos, inspirés par certains fervents défenseurs de l'originalité strictement subjective : « *Voilà pourtant qui ne trouble pas certains qui présentent toujours l'originalité comme un concept immuable et stable : l'originalité empreinte de la personnalité, dont le contenu relèverait de l'évidence, tout au plus menacée par quelques tentatives perfides venues de Bruxelles, de Luxembourg ou du monde anglo-saxon* », M. Vivant, « A la recherche de la condition d'originalité », *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2020.

¹¹⁹² N. Walravens, « Le choix, critère déterminant de l'originalité de *Paradis* », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N°19, 1^{er} septembre 2006.

¹¹⁹³ C. Caron, « Festival communautaire autour du droit de reproduction », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2009, comm. 97.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, Recueil Dalloz, 2012, p. 2836.

création intellectuelle propre à son auteur »¹¹⁹⁶, ce qui implique, nous l'avons vu, de vérifier que l'œuvre « *reflète bien la personnalité de son créateur* »¹¹⁹⁷. Pour Pierre Sirinelli, le juge de la CJUE privilégie « *indiscutablement* »¹¹⁹⁸ en l'espèce « *une approche en opposition avec celle – plus objective – retenue par certaines juridictions de pays de copyright pour lesquelles l'originalité pourrait résulter plus simplement des efforts déployés ou du temps passé* »¹¹⁹⁹. L'arrêt *Dataco* irait encore en ce sens¹²⁰⁰.

Sans revenir sur tout ce qui a été dit, « *[l]e seul fait que la doctrine se soit divisée sur l'interprétation à retenir [de la condition d'originalité envisagée par la CJUE], démontre que la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas mis fin au débat* »¹²⁰¹. Et le reconnaître est indiscutable.

2. Une dichotomie malgré tout toujours utilisée

Les précisions apportées par le juge de la CJUE s'agissant des conditions d'originalité et d'expression n'ont également pas mis fin aux débats relatifs à la dichotomie idée-forme. Démocratisée au cours du XXe siècle par Henri Desbois, celle-ci est en effet toujours abondamment utilisée par la doctrine et par la jurisprudence française, y compris récente.

Cela étant dit, les auteurs contemporains ont-ils réussi à appréhender plus justement cette dichotomie, en évitant les errements du passé ? A la lecture de plusieurs ouvrages juridiques affirmant l'opposition idée-forme, il nous semble que non.

Car si Claire Neirac-Delebecque est pleine de certitudes quant à la non-protection des idées¹²⁰², expliquant notamment que même « *[l]'extrême précision de l'idée, son individualisation au sein d'un courant artistique, ne peuvent suffire à lui conférer une existence d'œuvre protégeable* »¹²⁰³, rendant dès lors impossible la revendication d'un droit privatif « *à l'encontre de l'indélicat* »¹²⁰⁴ qui aurait volé une idée, elle indique dans un second temps que l'idée

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹²⁰² C. Neirac-Delebecque, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse publiée par l'Atelier national de reproduction des thèses, 1999, p. 24.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 25

¹²⁰⁴ *Ibid.*

« *devient forme en s'extériorisant* »¹²⁰⁵. Cette précision nous semble toutefois quelque peu tautologique puisqu'il est évident que l'idée non exprimée, donc « *virtuelle* »¹²⁰⁶, doit naturellement échapper à toute appropriation. L'autrice ne précise pas non plus, par des exemples jurisprudentiels explicites, en quoi une idée extrêmement précise et individualisable ne pourrait pas obtenir la protection du droit d'auteur.

Car si André Lucas, Agnès Lucas-Schloetter et Carine Bernault exposent d'abord que l'absence de protection des idées « *coule de source, tant il est évident que tous les auteurs puisent à un fonds commun* »¹²⁰⁷, expliquant par ailleurs que la remise en cause de ce principe « *affecterait nécessairement la portée du droit exclusif dans la mesure où elle devrait s'accompagner d'une généralisation, des licences obligatoires* »¹²⁰⁸, ils déplorent ensuite le fait que « *la distinction entre l'idée et la forme [...] se révèle à l'analyse un peu frustrante pour rendre compte de la réalité* »¹²⁰⁹, concluant même que « *le mot « idée » est parfaitement ambigu* »¹²¹⁰. D'ailleurs, ces mêmes auteurs citent par la suite un certain nombre de jurisprudences, refusant d'un côté la protection aux idées, l'autorisant de l'autre aux idées concrétisées. Mais, là encore, la différence de traitement entre un « *concept* » d'un jeu, d'un concours, d'une émission télévisée »¹²¹¹ assimilé à une idée non protégée, et au « *projet d'émission télévisée [s'incarnant] dans un format* » »¹²¹² ne nous paraît pas évidente, du moment que l'on s'en tient à la seule question de l'idée et de la forme (ou de l'idée concrétisée)¹²¹³. Le concept d'une émission de télévision ne pourrait pas être concrétisé, exprimé, donc identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité ?

Car si Alexandra Bensamoun et Julie Groffé rappellent l'exclusion par principe des idées de la protection du droit d'auteur, elles admettent que « *si la distinction forme-idée paraît a*

¹²⁰⁵ « [a]vant la forme, il n'y a qu'une idée plus ou moins développée, une œuvre virtuelle », *ibid.*, p. 36.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition, LexisNexis, 2017, p., 40.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p. 81

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 84.

¹²¹² *Ibid.*, p. 85.

¹²¹³ Car la solution du juge doit être approuvée dans les deux cas si l'on s'en tient seulement à une analyse de l'originalité des deux créations... nous le vérifierons plus tard.

priori simple, un certain nombre d'hypothèses témoignent du fait que la frontière peut parfois s'avérer ténue »¹²¹⁴, notamment lorsque l'idée aura quitté la seule pensée de l'auteur.

Car si Pierre Sirinelli explique dans son ouvrage pédagogique adressé aux étudiants que « seules les formes que prennent les idées [...] sont protégées par le droit d'auteur »¹²¹⁵, il n'hésite pas à préciser par la suite que « [s]i le principe est clair, sa mise en œuvre est souvent délicate : où s'achève l'idée et où commence vraiment la forme ? »¹²¹⁶.

En tout état de cause, « si la frontière entre la forme et l'idée est délicate à tracer, le malaise rencontré dans l'amont se retrouvera dans l'aval »¹²¹⁷.

Ainsi, et malgré l'affirmation presque unanime en doctrine de l'absence de protection des idées, cette dichotomie et les concepts qui la composent échappent toujours à la clarté. Outre leur inutilité en pratique depuis les dernières jurisprudences de la CJUE, les concepts d'idée et de forme n'ont finalement que l'apparence de la simplicité.

¹²¹⁴ A. Bensamoun, J. Groffe, « Fasc. 1134 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur*, LexisNexis.
https://www.lexis360.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData={%22citationId%22:%22F6RRN101F7%22,%22title%22:%22JCl.%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20litt%C3%A9raire%20et%20artistique,%20Fasc.%201134%22,%22docId%22:%22EF_SY-530942_0KSN%22}

¹²¹⁵ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, Les mémentos Dalloz, 3^e édition, 2016, p. 17.

¹²¹⁶ *Ibid.*, p. 19

¹²¹⁷ P. Sirinelli, note ss CA, 28 juin 2006 : D. 2006, pan. p. 2991.

Conclusion de la partie : Une dichotomie idée-forme devenue inutile en pratique

Malgré les doutes qui existent toujours autour de la détermination du concept d'originalité et de l'effectivité véritable de la dichotomie depuis les dernières jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne, plusieurs enseignements peuvent être tirés de tout ce qui vient d'être dit.

Il convient tout d'abord de rappeler que les juridictions des États membres de l'Union européenne, dont la France, sont tenues d'appliquer en droit interne les différentes jurisprudences de la CJUE.

En conséquence, deux seuls critères doivent désormais être envisagés par le juge lorsque celui-ci est confronté à une création pour laquelle on réclame la protection du droit d'auteur : le critère de l'originalité et celui de l'expression.

La condition relative à l'originalité sera remplie lorsque la création exprimée résultera de choix libres et créatifs, lesquels révéleront la personnalité de l'auteur.

La condition relative à l'expression sera quant à elle remplie lorsque l'objet original pour lequel on réclame la protection sera identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. Nous avons pu déterminer que la condition relative à l'expression sera respectée par la majorité des créations sorties de l'imagination du créateur. Dès lors, il suffira la plupart du temps de se pencher uniquement sur la condition d'originalité afin d'accorder ou non la protection du droit d'auteur auxdites créations.

Finalement, le recours aux concepts d'idée et de forme, donc à la dichotomie, n'a plus véritablement d'intérêt en droit positif, ces deux concepts pouvant tout à fait être supplantés par le critère d'originalité, et dans une moindre mesure par celui de l'expression. La pertinence de cette dichotomie mérite ainsi d'être discutée.

La plupart du temps, la difficulté des auteurs et des juristes ne sera désormais plus de savoir si la création pour laquelle on réclame la protection du droit d'auteur est dotée d'une forme, mais de savoir si elle est originale. Il conviendra de confronter cette théorie à la pratique dans une troisième partie, cette fois relative aux créations audiovisuelles.

Partie 3 : La protection des créations audiovisuelles **par le droit d'auteur**

Considérées par la doctrine et la jurisprudence depuis plus d'un siècle¹²¹⁸, consacrées par le législateur dans la loi de 1992¹²¹⁹ et définies dans le Code de la propriété intellectuelle comme étant des œuvres « *consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non* »¹²²⁰, les créations audiovisuelles, y compris leurs documents préparatoires, souffrent des mêmes difficultés que les créations de droit commun.

Et si nous avons démontré que la dichotomie résultant des concepts d'idée et de forme n'était pas adaptée pour déterminer justement les limites de la protection du droit d'auteur, il n'en reste pas moins que cette dernière est toujours usitée en justice et par la doctrine. Dès lors, il conviendra nécessairement de se pencher une troisième et dernière fois sur ces concepts litigieux en les appliquant, cette fois, aux créations audiovisuelles et à leurs documents préparatoires.

Le recours aux concepts d'idée, de forme et d'originalité, est-il pertinent afin d'appréhender les contours des conditions à la protection du droit d'auteur de l'ensemble des créations ayant trait à la matière audiovisuelle ? Notre réponse à cette question ne surprendra *a priori* pas le lecteur. Le seul concept d'originalité renouvelé par le juge de la CJUE est ainsi la plupart du temps suffisant afin de déterminer les contours de la protection du droit d'auteur.

Nous verrons alors que ce sont bien les choix de l'auteur qui permettront de révéler sa personnalité, aussi bien dans les documents préparatoires de la création audiovisuelle que dans l'œuvre achevée et dans les éléments qui la composent (Chapitre 1).

¹²¹⁸ Pour approfondir la question, lire l'article « Les juristes des années 30 et la question des droits du réalisateur d'œuvres cinématographiques : une approche juridico-historique, à travers l'exemple de l'« affaire » de La croisière jaune (1931-1934) » d'I. Moine-Dupuis et I. Marinone dans *Les Cahiers de droit*, Volume 58, numéro 1-2, mars-juin 2017, qui expliquent ainsi que des questionnements avaient notamment cours dans les années 1930 sur la personne du réalisateur : est-il véritablement auteur ? En réalité, les juges du fond assimilaient souvent le réalisateur et le producteur, rendant ce dernier seul véritable auteur de l'œuvre audiovisuelle. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Paris, LexisNexis, 2015, no 229 : « *La jurisprudence a, dans les années 30, qualifié l'œuvre cinématographique d'œuvre collective en mettant en avant le rôle prépondérant du producteur.* »

¹²¹⁹ Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

¹²²⁰ Article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Il sera enfin l'occasion de se pencher sur le concept d'originalité tel qu'il est appréhendé par le juge s'agissant des créations audiovisuelles en tant que telles. Il conviendra également ici de mettre en relation les différentes décisions du juge français en les étudiant sous le prisme des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'étude des nombreux arrêts s'intéressant à l'originalité des créations relatives à l'audiovisuel nous permettra de systématiser la condition afin de pouvoir dresser un portrait de l'œuvre audiovisuelle protégée (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'originalité : une condition suffisante pour déterminer les contours de la protection des créations relatives à l'audiovisuel

Contrairement aux concepts d'idée et de forme litigieux, la condition d'originalité renouvelée par le juge de la CJUE semble être particulièrement adaptée à l'ensemble des créations relatives à l'audiovisuel, c'est-à-dire aussi bien à la création audiovisuelle en tant que telle qu'à ses documents préparatoires (Section 1).

Ces derniers sont toutefois différemment accueillis en jurisprudence. Ainsi, si le concept audiovisuel n'est *a priori*, et bien souvent par principe, pas protégé par le droit d'auteur, le synopsis, la bible, le format ou encore le scénario audiovisuels peuvent en revanche l'être.

Mais nous verrons que les jurisprudences rejetant la protection de ces documents préparatoires pour leur appartenance au domaine des idées leur refusent en réalité la protection pour défaut d'originalité. Car si la condition relative à l'expression de la création originale s'avère bien être une condition *sine qua non* à la protection du droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit, elle est contrainte en pratique à rester dans l'ombre de la condition d'originalité (Section 2).

Section 1 : Des conditions à la protection renouvelées et adaptées à la matière audiovisuelle dans sa globalité

Les concepts d'idée et de forme, inadaptés aux créations de droit commun, le sont bien évidemment encore s'agissant des créations relatives à l'audiovisuel. Bien heureusement, il revient désormais au juge de leur préférer la condition relative à l'expression, qui impose à la création originale d'être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité (Paragraphe 1).

Le recours au critère du choix par le juge français et européen en droit commun du droit d'auteur est quant à lui adapté à l'ensemble de la matière audiovisuelle. La spécificité de l'œuvre audiovisuelle, marquée par une multiplicité des personnes pouvant être qualifiées d'autrices, s'accorde en effet avec l'utilisation du critère des choix.

Nous verrons ainsi que l'œuvre audiovisuelle s'inscrit pleinement dans le mouvement jurisprudentiel recourant au critère objectif des choix de l'auteur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les concepts d'idée et de forme à l'épreuve du critère de l'expression en matière audiovisuelle

La matière audiovisuelle n'ayant pas à être appréhendée différemment, le juge est tenu de lui appliquer les mêmes règles qu'au droit commun du droit d'auteur. Dès lors, les difficultés soulevées par la dichotomie idée-forme s'agissant des créations « traditionnelles » se retrouvent tout naturellement transposées pour les créations audiovisuelles et leurs documents préparatoires (Sous-paragraphe 1).

Le critère européen de l'expression, qui n'impose aux créations que d'être identifiables avec suffisamment de précision et d'objectivité, semble pour sa part être particulièrement adapté à la matière audiovisuelle. Comme en droit commun du droit d'auteur, son champ d'application semble toutefois être particulièrement réduit, tant et si bien que la question du respect de ce critère par les créations audiovisuelles et leurs documents préparatoires ne se posera finalement presque jamais (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Une dichotomie opposant l'idée et la forme inadaptée à la matière audiovisuelle

Démocratisée en droit commun du droit d'auteur, la dichotomie idée-forme a également été envisagée en droit de l'audiovisuel par certains auteurs comme Benjamin Montels qui, tout en admettant l'opacité de ces concepts, vont chercher à les systématiser aux créations relatives à l'audiovisuel. En résulte une distinction entre l'idée et la forme qui apparaît être, une fois encore, tout sauf évidente.

1. L'idée audiovisuelle

Selon Benjamin Montels¹²²¹, les créations audiovisuelles sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur du moment qu'elles se concrétisent dans une forme, à l'exclusion donc de l'idée.

Sont ainsi exclus de la protection les éléments assimilés au « fonds commun » d'un genre narratif ou audiovisuel, par exemple celui de la science-fiction¹²²².

L'on empêchera toute protection au titre du droit d'auteur à une « *idée d'émission spécifiquement féminine* »¹²²³, à une « *idée de composer un portrait avec des parties de visage de plusieurs personnages pour en faire un jeu* »¹²²⁴, à une « *idée de transplanter un personnage hors de son époque* »¹²²⁵ et plus généralement, à la plupart des concepts audiovisuels, assimilés, bien qu'exprimés, à la catégorie des idées. Il en ira notamment de la sorte pour les concepts de jeux télévisés qui se contentent de « *définir les principes généraux [...] pouvant se décliner sur les thèmes les plus variés* »¹²²⁶ ou lorsque les règles nécessaires au bon déroulement du jeu « *ne constituent qu'une articulation de concepts ou de « principes » insusceptibles de donner prise au droit d'auteur* »¹²²⁷. Le concept de « *créer et de faire exister une entreprise au cours d'une émission télévisée* »¹²²⁸ échappera pareillement à la protection en ce qu'il ne serait que « *l'expression d'une simple idée insusceptible de protection par elle-même* »¹²²⁹. Il en ira de même s'agissant du concept d'une « *émission télévisée visant à confier l'interprétation de scènes de films célèbres à de jeunes comédiens notés par des professionnels et le public [...] dès lors que l'idée [non protégeable] a inspiré plusieurs émissions antérieures et a été mise en œuvre dans une émission diffusée plusieurs années auparavant* »¹²³⁰. Mais alors pourquoi

¹²²¹ B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *LexisNexis*, 2016.

¹²²² *TGI Paris*, 3e ch., 3e sect., 26 juin 2015, n° 11/14132, *Avatar* : *Comm. com. électr.* 2016, *chron.* 8, n° 1, obs. B. Montels.

¹²²³ *CA Paris*, 14 oct. 1975, *Dame Gautier* : *RIDA* 3/1976, p. 136.

¹²²⁴ *Cass. 1re civ.*, 9 juill. 1984, *Antenne 2 c/ Télé Union Production*, inédit.

¹²²⁵ *TGI Nanterre*, 1er mars 1995, *Les Visiteurs* : *RIDA* 1/1996, p. 181, obs. A. Kéréver.

¹²²⁶ *CA Paris*, pôle 5, 2e ch., 28 sept. 2012, n° 11/16075, *Les Grands Examens* : *Comm. com. électr.* 2013, *chron.* 6, n° 1, obs. B. Montels.

¹²²⁷ *CA Paris*, pôle 5, 2e ch., 29 avr. 2011, n° 09/24698, *Gagnez au jackpot TV* : *JurisData* n° 2011-008024 ; *Comm. com. électr.* 2012, *chron.* 6, n° 1, obs. B. Montels.

¹²²⁸ *Trib. gr. inst. Paris (réf.)*, 27 février 1986.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ *Trib. gr. inst. Paris (1re ch. A)*, 12 février 1990.

évoquer le défaut d'antériorité du concept dans ce dernier exemple si sa seule appartenance à la catégorie des idées suffit pour lui dénier toute protection ? En clair, le doute demeure.

En tout état de cause, et comme en droit commun du droit d'auteur, le juge français refuse donc la protection aux idées audiovisuelles, quand bien même elles seraient exprimées, par exemple *via* un concept audiovisuel. Appliquée à la matière audiovisuelle, l'approche européenne de l'idée, qui conduit le juge à refuser cette fois la protection aux idées et notamment à celles qui seraient exprimées d'une manière « *si limitée que l'idée et l'expression se confondent* »¹²³¹, ne permettra pas à la notion de gagner davantage en précision. Nous avons en effet déjà eu l'occasion de préciser que le juge n'opposait pas en l'espèce l'idée à la forme, mais l'idée à la condition d'originalité.

La justification de l'absence de protection de ces idées audiovisuelles, souvent au seul titre de leur appartenance à la catégorie des idées, ne nous satisfait donc pas. Si celles-ci sont exprimées, pourquoi ne pas les rattacher à la catégorie des formes ?

2. La forme audiovisuelle

L'obscur frontière entre l'idée et la forme en matière audiovisuelle se retrouve notamment exposée au grand jour lorsqu'il revient au juge d'appréhender les documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle à l'aune du droit d'auteur.

Contrairement aux concepts audiovisuels, Benjamin Montels explique ainsi que la protection peut quelquefois être accordée aux formats, aux bibles audiovisuels ou encore aux synopsis audiovisuels¹²³² en raison de leur formalisation. Il reste encore à caractériser précisément la limite entre le concept audiovisuel rattaché à la catégorie des idées et le document préparatoire suffisamment formalisé.

*

¹²³¹ Point 27 de l'arrêt *Brompton*.

¹²³² B. Montels, *op. cit.*

Quelques fois défini par le juge¹²³³, le format audiovisuel, qui a trait à l'univers des programmes télévisuels¹²³⁴, serait un document composé de l'idée, du titre mais également de la « *configuration d'un programme de télévision* »¹²³⁵. Cette configuration renvoie notamment à la « *structure* »¹²³⁶ et à « *l'enchaînement des émissions* »¹²³⁷, mais également à la « *composition* »¹²³⁸ de l'œuvre « *laquelle contient ce qui constitue sa « substance »* »¹²³⁹.

Finalement, un format audiovisuel sera ou non formalisé selon « *son degré d'élaboration* »¹²⁴⁰, c'est-à-dire selon si l'idée qui en est à l'origine est suffisamment concrétisée dans un format qui permette d'obtenir une « *précision suffisante quant à l'œuvre future* »¹²⁴¹. Il en irait de même pour la bible ou le synopsis audiovisuels¹²⁴².

Ainsi, et bien qu'exprimé d'une manière ou d'une autre, un concept audiovisuel ne pourrait pas être protégé car il serait susceptible d'être appréhendé différemment par de nombreux auteurs : il manquerait donc de précision. Au contraire, plus l'on retrouverait d'éléments précis et concrets accompagnant ce concept et caractérisant les choix de l'auteur dans un format ou dans une bible, plus l'on se rapprocherait de la protection car cette appropriation particulière du concept par un auteur se distinguerait de ce que pourraient en faire d'autres auteurs. Le format ou la bible seraient ainsi suffisamment précis pour être protégés.

Cela étant dit, cette argumentation semble s'éloigner de celle s'attachant à la dichotomie idée-forme puisqu'un thème général ou un concept¹²⁴³ auront beau ne – presque – jamais obtenir la moindre protection, ils n'en restent pas moins exprimés, donc identifiables avec suffisamment de précision et d'objectivité, ce que nous justifierons par la suite. Ce serait donc plus

¹²³³ Le format audiovisuel a ainsi pu être considéré comme « *une sorte de mode d'emploi qui décrit un déroulement formel, toujours le même, consistant en une succession de séquences dont le découpage est préétabli, la création consistant, en dehors de la forme matérielle, dans l'enchaînement des situations et des scènes, c'est-à-dire dans la composition du plan, comprenant un point de départ, une action et un dénouement, le format constituant un cadre au sein duquel l'œuvre va pouvoir se développer* », Paris, pôle 5, ch. 2, 1^{er} juin 2018, n° 17/00610, RTD com. 2018. 673, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹²³⁴ Par exemple les émissions de télévision.

¹²³⁵ B. Montels, *op. cit.*

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ L'originalité ? *ibid.*

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ B. Montels, *ibid.*, citant P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁴² La bible est le pendant du format s'agissant cette fois des séries télévisuelles. Le synopsis, au contraire, est le « *bref exposé écrit d'un sujet de film, constituant l'ébauche d'un scénario* », selon le Dictionnaire Petit Larousse, cité par B. Montels, *ibid.*

¹²⁴³ Qui appartiendraient donc à la catégorie des *idées exprimées*.

simplement par leur manque de composition, d'élaboration, de précision, de substance, donc leur absence d'originalité, qu'ils ne seraient jamais protégés¹²⁴⁴.

Ce n'est assurément pas l'avis de la majorité de la doctrine qui soutient la dichotomie idée-forme. Mais, nous le savons, cette dernière n'apporte pas la sécurité juridique attendu par les juristes et autres auteurs, en particulier de l'audiovisuel. D'ailleurs, Benjamin Montels ne s'y m'éprend pas. Il le précise lui-même : « [t]outefois, la distinction entre la simple idée générale et le format – suffisamment élaboré ou précis – est souvent difficile à opérer et dépend de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond »¹²⁴⁵.

*

Comme en droit commun de la propriété littéraire et artistique, les concepts d'idée et de forme conduisent une nouvelle fois à l'exclusion *de facto* des idées audiovisuelles de la protection du droit d'auteur. Il apparaît pourtant que ces idées échappent au bénéfice de la protection pour une tout autre raison que leur défaut d'expression, ce critère semblant en effet devoir être validé pour la plupart des créations relatives à l'audiovisuel. Celles-ci devraient donc pouvoir postuler à la protection du droit d'auteur.

Sous-paragraphe 2 : Le critère de l'expression en matière audiovisuelle

Nous avons déjà eu l'occasion d'explicitier les deux conditions à la protection du droit d'auteur modernisées par la CJUE, à savoir d'une part la condition d'originalité, d'autre part celle relative à l'expression de la création pour laquelle on revendique la protection.

Pour être respectée, cette dernière suppose l'identification suffisamment précise et objective de la création litigieuse. Et si la Cour de justice semble admettre dans ses différentes jurisprudences que cette condition ne dispose finalement que d'un champ d'application extrêmement réduit, elle n'en dit mot s'agissant de la matière audiovisuelle. La tâche nous

¹²⁴⁴ Certains exemples jurisprudentiels cités par Benjamin Montels pour justifier de la distinction entre l'*idée* et la *forme* sont d'ailleurs assez probants : « si l'idée du requin dans le film « Les dents de la mer », *monstre marin semant la terreur au bord des plages, n'est pas protégeable ; en revanche, la contrefaçon de cette œuvre cinématographique par le film « La mort au large » est caractérisée par les similitudes relevées dans l'enchaînement des circonstances ou la description des personnages » (CA Paris, 10 déc. 1997 : Cah. dr. auteur 1988, n° 2, p. 31). Ce thème est-il non protégé parce que c'est une *idée*, ou parce qu'il n'est pas *original* ?*

¹²⁴⁵ B. Montels, *op. cit.*

revient ainsi d'appliquer les critères imposés par le juge de l'Union aux créations relatives à l'audiovisuel.

1. L'expression des documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle

La détermination des contours des documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle, partant, de l'étendue de leur protection, est particulièrement importante en pratique. Il s'agit fondamentalement de « *déterminer si le producteur ou la chaîne de télévision¹²⁴⁶ qui a rejeté un projet, avant de réaliser quelques mois plus tard une œuvre reposant sur le même « concept », peut prétendre avoir seulement repris une idée non protégeable* »¹²⁴⁷. Ces documents préparatoires peuvent-ils être assimilés à des idées, insusceptibles de toute protection ?

Notre précédente analyse a amorcé notre future réponse, qui ne surprendra personne : la dichotomie idée-forme, inadaptée au droit commun du droit d'auteur et à l'œuvre audiovisuelle, l'est tout autant s'agissant des documents préparatoires. En outre, la plupart des arguments utilisés par le juge pour leur refuser la protection, *in fine* l'exigence de précision, sont relatifs à la condition d'originalité, à l'exclusion donc des concepts d'idée et de forme.

a. Une assimilation erronée de ces documents à la catégorie des idées

L'argumentation du juge relative aux notions d'idée et de forme tombe bien souvent après analyse desdits documents au regard de la condition de l'expression.

S'agissant par exemple des concepts que nous avons eu l'occasion d'évoquer plus haut et assimilés par le juge à la catégorie des idées, il apparaît très nettement que si l'idée de « *composer un portrait avec des parties de visage de plusieurs personnages* »¹²⁴⁸ est certes insusceptible de protection du fait de sa banalité, elle n'en reste pas moins exprimée et identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité dans le programme audiovisuel réalisé. Son expression n'est d'ailleurs pas remise en question par la Cour, laquelle explique dans sa solution d'espèce que « *l'idée de composer un portrait avec des parties de visage de plusieurs personnages pour en faire un jeu n'a pas d'originalité par elle-même* »¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Ou en réalité toute autre personne ayant pris connaissance du concept litigieux.

¹²⁴⁷ « Plagiat de programme de télévision : Le point sur la jurisprudence », *Gazette du Palais*, La base Lextenso, 6 mars 2004.

¹²⁴⁸ *Cass. Ire civ.*, 9 juill. 1984, *Antenne 2 c/ Télé Union Production*, inédit.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

Il en va pareillement de l'idée de « *créer et de faire exister une entreprise au cours d'une émission télévisée* »¹²⁵⁰ dont l'expression sera validée par le juge lui-même¹²⁵¹. Ou de celle de réaliser une « *émission télévisée visant à confier l'interprétation de scènes de films célèbres à de jeunes comédiens notés par des professionnels et le public* »¹²⁵². Mais aussi de l'idée de « *transplanter un personnage hors de son époque* »¹²⁵³. Il en ira de la même manière pour d'autres idées encore¹²⁵⁴.

Les autres documents préparatoires qui, nous l'avons vu, sont tous constitués par des développements plus importants que ceux du simple concept, devraient également pouvoir répondre favorablement à l'exigence d'expression.

Malgré tout, certaines parties de ces documents seront une nouvelle fois assimilées par le juge au domaine des idées. Il en ira par exemple ainsi d'une partie du synopsis suivant : « *l'idée de la doubleuse/du doubleur qui tente de convaincre l'actrice/l'acteur de la série dont il est la voix de reprendre le tournage de celle-ci, qui n'est pas susceptible d'appropriation* »¹²⁵⁵. Cette idée semble pourtant identifiable avec suffisamment de précision (l'objet de la protection est précisément identifié : il s'agit d'une histoire portant sur un doubleur qui tente de convaincre l'acteur dont il est la voix de reprendre son travail) et d'objectivité (l'identification de cette idée semble même en l'espèce être strictement objective : aucun travail intellectuel n'est nécessaire pour l'appréhender).

Le doute pourrait toutefois survenir s'agissant de certains documents préparatoires qui se contenteront de présenter les objectifs, les intentions de la création et du créateur. Ainsi, l'idée de provoquer la peur, l'épouvante ou alors le rire ne peut bien évidemment pas être appréhendée de manière suffisamment précise et objective par le juge, ces sensations étant éminemment et

¹²⁵⁰ Trib. gr. inst. Paris (réf.), 27 février 1986.

¹²⁵¹ « [le projet des demandeurs n'est que] L'expression d'une simple idée insusceptible de protection par elle-même », *ibid.*

¹²⁵² Trib. gr. inst. Paris (1^{re} ch. A), 12 février 1990.

¹²⁵³ TGI Nanterre, 1^{er} mars 1995, *Les Visiteurs* : RIDA 1/1996, p. 181, obs. A. Kéréver.

¹²⁵⁴ « l'idée de représenter un mari trompé et abusé par la femme adultère » CA Paris, 12 mai 1909 : DP 1910, 2, p. 81, note C. Claro, « l'idée de présenter, dans une méthode de solfège, les notes de la gamme avec des lutins » Cass. com., 29 nov. 1960 : Bull. civ. IV, n° 389 ; RTD com. 1961, p. 607, obs. H. Desbois, « l'idée de placer le héros dans un environnement qui lui est hostile » CA Douai, ch. réunies, 20 mai 1996 : LPA 1997, n° 90, p. 15, note C. Caron, le « thème relatif à un enfant et à un ballon rouge » Cass. com., 18 oct. 2016, n° 14-23.584 : JurisData n° 2016-022172 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 5, obs. M. Malaurie-Vignal.

¹²⁵⁵ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 7 mars 2014, n° 13/07550, H.-G. c/ F. et a. , inédit.

uniquement subjectives. Pareillement, l'« *idée d'une émission spécifiquement féminine* »¹²⁵⁶ ne saurait *a priori* répondre à la condition européenne de l'expression.

Ces quelques précisions mises à part, il apparaît très nettement que les documents préparatoires et leur contenu devraient *a priori* pouvoir candidater à la protection du droit d'auteur.

b. Une protection déterminée par une exigence de précision quant à l'œuvre future ?

On voit en revanche fleurir en doctrine une référence à la « *précision suffisante quant à l'œuvre future* »¹²⁵⁷ s'agissant des modalités de protection de certains documents préparatoires. En cas d'insuffisance de précision, le document est ainsi assimilé à une idée insusceptible de protection, sa potentielle originalité devenant alors indifférente.

Or, un document préparatoire trop imprécis n'est qu'un document préparatoire qui ne permet pas de saisir la créativité des choix effectués par l'auteur. En conséquence de cette imprécision, la création en résultant sera dotée d'une très faible originalité, voire d'aucune originalité. Partant, les éléments de cette dernière qui se retrouveront dans l'œuvre audiovisuelle réalisée par la suite seront pour la plupart banals. Dès lors, l'auteur du document préparatoire n'aura aucunement la possibilité de bénéficier de la fiction légale instituée par le Code de la Propriété intellectuelle, laquelle permet aux auteurs du scénario et des documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle d'être assimilés aux autres coauteurs de l'œuvre réalisée¹²⁵⁸. Il ne pourra pas davantage agir en contrefaçon si les éléments de son document préparatoire sont repris dans une œuvre audiovisuelle future¹²⁵⁹.

Enfin, dire que le document préparatoire doit permettre d'obtenir une « *précision suffisante quant à l'œuvre future* »¹²⁶⁰, c'est dire, comme Ivan Cherpillod, que les idées insuffisamment développées « *n'accèdent probablement pas à l'originalité en tant qu'elles sont des désignations génériques capables de se rapporter à plusieurs œuvres totalement différentes.*

¹²⁵⁶ CA Paris, 14 oct. 1975, *Dame Gautier* : RIDA 3/1976, p. 136. La difficulté intervient en l'espèce en ce qu'il n'est pas certain que l'idée de réaliser une émission spécifiquement féminine puisse être appréhendé de manière suffisamment précise et objective par le juge. Il serait en effet malvenu, en droit comme ailleurs, d'attribuer à un seul genre certaines qualités ou comportements spécifiques. L'idée de réaliser une émission composée exclusivement de femmes, ou d'hommes, est en revanche identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité.

¹²⁵⁷ B. Montels, *op. cit.*, p. 57.

¹²⁵⁸ Article L.113-7 du CPI.

¹²⁵⁹ En revanche, si le document est suffisamment précis quant à l'œuvre future, son auteur pourra être assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle alors réalisée.

¹²⁶⁰ B. Montels, *op. cit.*, citant P.-Y. Gautier, *op. cit.*

*De telles idées n'appartiennent pas à un auteur dans la mesure où elles constituent des dénominateurs communs à nombre de créations réelles ou potentielles. Ainsi, l'idée de prêter un comportement humain à des animaux peut qualifier aussi bien le hérisson Mecki que la souris Mickey. En revanche, celle du dessin précis de l'un de ces personnages est soumise au droit d'auteur : il en va de même pour une idée de film qui consiste en un début de scénario original »¹²⁶¹. En tout état de cause, la précision apparaît effectivement comme étant un critère fondamental pour départager ce qui peut être protégé et ce qui ne le peut pas. Mais cette indication ne nous apprend en vérité rien d'autre que l'évidence : si le document préparatoire n'est pas protégé car il est trop imprécis, c'est *in fine* qu'il ne répond pas à l'exigence d'originalité¹²⁶², indispensable à toute protection par le droit d'auteur¹²⁶³. Parler de précision, c'est ainsi parler, une nouvelle fois, de la condition d'originalité.*

Qu'en est-il à présent de l'expression de l'œuvre audiovisuelle en tant que telle ?

2. L'expression de l'œuvre audiovisuelle

Les images représentées directement à l'écran sont bien évidemment exprimées. Le son, le bruitage et les musiques de la création le sont tout autant.

Si le potentiel scénario de la création audiovisuelle ne transparaît pas explicitement à l'écran, il n'en reste pas moins qu'il est possible d'identifier, à travers les images de la création, les lignes directrices plus ou moins précises qui ont dicté l'enchaînement des séquences animées ou encore des péripéties. Le scénario est ainsi exprimé dans l'œuvre audiovisuelle¹²⁶⁴, donc identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité.

Dès lors, les différentes péripéties et situations quelconques parsemant la création audiovisuelle sont tout autant exprimées et identifiables. Elles concourent donc également à la protection du droit d'auteur. D'ailleurs, puisque la propriété ne s'attache plus à la seule forme *stricto sensu*

¹²⁶¹ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 96.

¹²⁶² Attention toutefois : la précision n'est pas synonyme d'originalité. Nous estimons simplement qu'un document imprécis sera moins susceptible d'être considéré comme étant original par le juge puisqu'il se limitera généralement à présenter le cadre général d'une création ou son thème. Mais à l'inverse, un document extrêmement précis ne sera pas assuré d'être protégé : il en ira notamment ainsi lorsque lesdites précisions seront banales, y compris lorsqu'elles seront articulées par l'auteur de manière tout à fait banales.

¹²⁶³ « Attendu que la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés ; que pour rejeter la demande la cour d'appel [...] a souverainement estimé [...] que les prescriptions et dessins invoqués se réduisaient à des principes généraux exclusifs d'indications suffisamment concrètes et précises », Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2003, *Mmes Bounaix et M. Chevrier c/ Sté Alain Afflelou et a* : *JurisData* n° 2003-019454 ; *Comm. com. électr.* 2003, *comm.* 80, *note C. Caron*.

¹²⁶⁴ Il l'est sous la forme d'un document préparatoire.

mais à l'expression, la péripétie plus ou moins résumée et envisagée en toute indépendance de la création audiovisuelle pourrait elle aussi être protégée par le droit d'auteur. Pour justifier nos propos, reprenons simplement l'exemple proposé par Melville B. Nimmer et repris par Ivan Cherpillod à propos du *pattern* de *Roméo et Juliette*. Dans celui-ci, cet auteur proposa de scinder la célèbre œuvre littéraire en un certain nombre de péripéties qu'il présente de la façon suivante :

« 1. Le garçon et la fille, héros de la pièce, sont membres de groupes hostiles. 2. Ils se rencontrent lors d'une danse. 3. Ils s'avouent leur amour lors d'une nuit. 4. La fille est promise à une autre. 5. Ils veulent se marier. 6. Lors d'une rencontre des deux groupes hostiles, le cousin de la fille/son frère tue le meilleur ami du garçon, alors que cet ami tentait de s'interposer afin d'éviter que le sang ne coule. 7. Le garçon tue le cousin de la fille/son frère, en représailles. 8. Après cela, le garçon part en exil/se cache. 9. Un message lui est envoyé pour lui expliquer comment retrouver sa bien-aimée. 10. Ce message ne lui parvient pas. 11. Le garçon reçoit la nouvelle, erronée, que la fille est morte. 12. Désespéré, il se donne la mort. »¹²⁶⁵.

Toutes ces péripéties, qui ne sont pourtant que des éléments très résumés de l'œuvre littéraire en son entier, sont exprimées et identifiables avec suffisamment de précision et d'objectivité dans l'œuvre citée. Il ne s'agit pas d'une fantaisie de notre part ! Il est en effet possible de les retrouver précisément et objectivement dans l'œuvre littéraire et théâtrale de William Shakespeare. Voici la lettre même du texte, lorsque le personnage de *Roméo* se donne la mort :

« Un dernier regard, mes yeux ! bras, une dernière étreinte ! et vous, lèvres, vous, portes de l'haleine, scellez par un baiser légitime un pacte indéfini avec le sépulcre accapareur ! (Saisissant la fiole.) Viens, amer conducteur, viens, âcre guide. Pilote désespéré, vite ! lance sur les brisants ma barque épuisée par la tourmente ! À ma bien-aimée ! (Il boit le poison.) Oh ! l'apothicaire ne m'a pas trompé : ses drogues sont actives... Je meurs ainsi... sur un baiser ! (Il expire en embrassant Juliette.) »¹²⁶⁶.

Voici à présent le même passage résumé par Melville B. Nimmer et cité par Ivan Cherpillod :

¹²⁶⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁶⁶ W. Shakespeare, *Roméo et Juliette*, Scène XXIV.

« *Désespéré, il se donne la mort* »¹²⁶⁷.

Cette péripétie résumée par notre auteur dans laquelle *Roméo* rend son dernier soupir est exprimée et identifiable précisément et objectivement dans le texte en cause. Elle pourrait donc concourir à la protection du droit d'auteur, comme d'autres : « un homme boit une fiole de poison », « un homme embrasse une femme avant de décéder », *et cætera*.

Le thème même de l'œuvre, c'est-à-dire « *une histoire d'amour entre membres de deux familles marquées par leur hostilité réciproque* »¹²⁶⁸, est également identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité sans avoir besoin de recourir à un quelconque artifice ou à une intellectualisation subjective de l'œuvre dont il est question.

Et puisque le *pattern* précité de la pièce de théâtre *Roméo et Juliette* se retrouve à l'identique dans l'œuvre audiovisuelle *West Side Story*, une action en contrefaçon nous semblerait tout à fait envisageable dans l'hypothèse où la première œuvre serait toujours protégée par le volet patrimonial du droit d'auteur. Nous ne rejoignons ainsi pas l'avis d'un autre auteur qui estime quant à lui que le film *West Side Story* ne constitue qu'un « *plagiat licite* »¹²⁶⁹ de l'œuvre de William Shakespeare, notamment parce qu'« *à partir de [cette] source d'inspiration [l'auteur va réaliser] une œuvre nouvelle et personnelle, qui ne se confond pas et ne se substitue pas à l'œuvre première* »¹²⁷⁰. C'est oublier à notre avis qu'une œuvre seconde réalisée à partir du *pattern* original d'une première œuvre peut parfaitement être originale tout en étant contrefaisante !

En tout état de cause, tous les éléments cités plus haut pourraient ainsi être protégés par le droit d'auteur du fait de leur identification suffisamment précise et objective. Cette solution s'accorde parfaitement aux règles données par la Cour de justice de l'Union européenne. Il en

¹²⁶⁷ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz action, 2010, point n°107.22.

¹²⁷⁰ *Ibid.* Ce même auteur nous perd toutefois quelques lignes plus loin lorsqu'il explique cette fois que « *[p]our analyser la contrefaçon de la composition d'une œuvre littéraire ou audiovisuelle, il suffit en principe de décomposer la trame ou le scénario de l'œuvre en une vingtaine ou une trentaine d'éléments et de vérifier si ceux-ci se retrouvent d'une manière substantielle dans l'œuvre contrefaisante. Ainsi, le film West Side Story, de Jérôme Robbins et de Robert Wise peut être décomposé en une vingtaine de plans (une jeune fille et un jeune homme qui sont membres de groupes rivaux et hostiles, se rencontrent lors d'un bal ou d'une scène de danse, se déclarent leur amour sous un balcon la nuit, la fille est fiancée à un autre homme...)* dont treize se retrouvent dans la pièce *Romeo et Juliette* de Shakespeare, qu'il contrefait indiscutablement ». Nous le rejoignons bien évidemment sur ce point.

ira donc de la même manière s'agissant des différentes péripéties d'une création audiovisuelle¹²⁷¹.

A l'inverse, les intentions de l'auteur de l'œuvre audiovisuelle ne pourront pas obtenir le bénéfice de la protection du droit d'auteur, étant dénuées de toute expression. Il en ira par exemple ainsi pour « *le thème de l'emprise de la télévision sur les esprits* »¹²⁷² qui ne relève que d'une analyse *a priori* strictement subjective des éléments de l'œuvre audiovisuelle.

*

Comme nous l'avons déjà vu, les errements dichotomiques devraient donc pouvoir se régler par le seul usage de la condition d'originalité appliquée au domaine des créations exprimées.

Mais ce concept d'originalité, envisagé à la fois de manière objective (les choix libres et créatifs de l'auteur...) et subjective (...révélateurs de l'empreinte de la personnalité de l'auteur) est-il davantage adapté à la réalité de la matière audiovisuelle ?

Paragraphe 2 : La justification du recours au critère des choix de l'auteur en droit de l'audiovisuel

Mises en lumière par certains auteurs dont Ivan Cherpillod, les difficultés de l'approche purement subjective de la condition d'originalité à propos des nouvelles et nombreuses créations de la « petite monnaie » du droit d'auteur concernent également les créations relatives à l'audiovisuel, qu'elles soient de pure imagination ou non.

Il s'avère en réalité que le critère européen relatif à la caractérisation des choix libres et créatifs de l'auteur s'accorde mieux à la nature même de la création audiovisuelle (Sous-paragraphe 1).

Le recours au critère objectif des choix de l'auteur est ainsi à valider en ce qu'il permet d'éviter de faire reposer la protection d'une création audiovisuelle sur la recherche de l'insaisissable empreinte de la personnalité de l'auteur (Sous-paragraphe 2).

¹²⁷¹ Voir *a contrario*, et à propos du thème du film « *Amélie Poulain* », TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 11 févr. 2005, *Nuzzo c/ SA UGC Images et al.* Mais le fait qu'une femme tombe amoureuse d'un réparateur de photomatons en trouvant ses photographies n'est-il pas exprimé de manière suffisamment précise et objective dans le film « *Amélie Poulain* » ?

¹²⁷² B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *Juriclassueur Propriété littéraire et artistique*, 31 juillet 2016.

Sous-paragraphe 1 : Une multiplicité potentielle d'auteurs d'une œuvre audiovisuelle

L'œuvre audiovisuelle est présentée par le Code de la propriété intellectuelle en son article L112-2, lequel indique qu'elle consiste en « *des séquences animées d'images, sonorisées ou non* »¹²⁷³. L'article L113-7 précise quant à lui que l'œuvre audiovisuelle créée par plusieurs auteurs est nécessairement¹²⁷⁴ une œuvre « *réalisée en collaboration* »¹²⁷⁵, avant d'ajouter que « *[s]ont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle [...] l'auteur du scénario ; l'auteur de l'adaptation ; l'auteur du texte parlé ; l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre ; le réalisateur* »¹²⁷⁶. De plus, « *[l]orsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle* »¹²⁷⁷.

Ainsi, et hors contentieux judiciaire, les différentes créations proposées par ces auteurs sont présumées originales, l'ensemble desdites créations formant l'œuvre audiovisuelle de collaboration. Si l'on devait s'arrêter là, les difficultés du droit positif à appréhender justement l'originalité dans son acception purement subjective ne devraient pas impacter le quotidien des auteurs : leurs créations sont présumées empreintes de leur personnalité.

Un problème apparaît toutefois rapidement : cette présomption légale est une présomption simple, donc réfragable (« *sauf preuve contraire* »¹²⁷⁸). Dès lors, elle ne résout rien. En effet, si action en justice il y a, il reviendra toujours à ces différents créateurs de justifier de la présence du reflet de leur personnalité au sein de leurs créations. Par ailleurs, d'autres créateurs peuvent parfaitement revendiquer la qualité d'auteur.

En conséquence, certaines affaires en justice opposeront par exemple deux réalisateurs s'écharpant afin de déterminer à qui appartient l'« empreinte de la personnalité » qu'on présume au sein de l'œuvre réalisée¹²⁷⁹. A l'un des deux seulement ? Aux deux ? *Quid* lorsque l'un des

¹²⁷³ Article L112-2 du CPI.

¹²⁷⁴ Lorsqu'elle a été réalisée par plusieurs auteurs. Voir notamment dans le cas contraire : *CA Paris, 26 févr. 2016, n° 15/04724*.

¹²⁷⁵ Article L113-7 du CPI.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ Article L113-7 du CPI.

¹²⁷⁹ *CA Paris, 4e ch., sect. B, 9 sept. 2005, G. du Jonchay c/ sté AMIP : JurisData n° 2005-297513 ; RTD com. 2005, p. 723, obs. F. Pollaud-Dulian ; Comm. com. élect. 2006, comm. 76, note Ch. Car on ; Comm. com. élect. 2006, chr on. 5, n° 10, obs. B. Montels.*

acteurs¹²⁸⁰, ou pire lorsque la quasi-totalité des acteurs d'un film¹²⁸¹, s'arrogent la qualité de coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, voire de réalisateurs ?

L'approche purement subjective du concept d'originalité démontre ici toutes ses limites. L'empreinte de la personnalité d'un auteur étant déjà particulièrement compliquée à définir puis à identifier au sein d'une œuvre « traditionnelle », la tâche s'avère ardue si ce n'est impossible en présence de créations aussi complexes que sont les œuvres audiovisuelles, lesquelles permettent à un, mais potentiellement à tous les intervenants du processus créatif, de réclamer la qualité d'auteur.

L'approche subjective du concept d'originalité *via* l'identification de l'empreinte de la personnalité des multiples participants à la réalisation d'une œuvre cinématographique est ainsi inadéquate avec la réalité audiovisuelle. Dès lors, le recours au critère des choix de l'auteur prend ici aussi tout son sens.

Sous-paragraphe 2 : Un critère objectif et pragmatique

L'approche objective d'une originalité déterminée par les choix de l'auteur est effectivement bien plus pertinente s'agissant de l'appréhension judiciaire des créations audiovisuelles. En effet, si le reflet de la personnalité des différents auteurs participant à la réalisation d'une création audiovisuelle est souvent indicible, leurs choix, eux, ne le sont bien évidemment pas et dominant tout le processus créatif de l'œuvre audiovisuelle.

Fonctionnons par analogie. Si le choix est depuis longtemps le critère dominant en matière de créations photographiques et quand bien même le photographe n'est pas maître en tant que tel de la prise photographique, c'est parce qu'il contrôle potentiellement tout le reste, notamment l'angle de vue de la photographie mais aussi l'endroit duquel elle est prise. Le photographe a ensuite souvent la maîtrise des poses des personnes photographiées et de la composition de la photographie. Il joue enfin parfois avec le temps, l'éclairage, voire avec la lumière naturelle, avant d'avoir encore la possibilité de choisir un traitement particulier pour sa photographie et ce après l'avoir prise.

¹²⁸⁰ CA Paris, 29 mars 2006 *Etre et Avoir* ; Cass. Ire civ., 13 nov. 2008, n° 06-16.278, FS-P+B, G. Lopez c/ N. Philibert, Ph. Hersant, SARL MAIA Films et a. : *JurisData* n° 2008-045785.

¹²⁸¹ TGI Paris, 17e ch., 22 no v. 2006, P. et a. c/ Sarl Maïa Films et a. : *Juris-Data* n° 2006-320292 ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 6, obs. Ch. Caron ; *Comm. com. électr.* 2007, étude 9, P. Taffreau.

Tous ces choix peuvent être exprimés dans la création photographique réalisée et ce sans avoir à prendre en compte la méthode employée ou le risque encouru par le photographe afin de parvenir au résultat souhaité, seul vecteur des choix de l'auteur. En effet, si le photographe décide de traiter sa photographie grâce à un logiciel de montage afin d'en renforcer la luminosité ou d'en améliorer le contraste, ce traitement, ce choix, se révélera objectivement une fois la création réalisée¹²⁸².

L'auteur d'une œuvre audiovisuelle a pour sa part la possibilité d'aller plus loin. L'histoire imprégnée dans la photographie lui la raconte¹²⁸³, notamment lorsqu'il choisit les images et qu'il les monte, mais aussi dans le choix des dialogues, des décors ou encore de la musique qui animeront sa création. Certains réalisent ces choix seuls¹²⁸⁴, d'autres sont accompagnés d'une myriade de différents auteurs. Mais ce sont encore les acteurs de l'audiovisuel qui en parlent le mieux.

*

Eminent membre de la Nouvelle Vague cinématographique française, François Truffaut est l'auteur en 1966 du célèbre ouvrage *Hitchcock/Truffaut*¹²⁸⁵ ou *Le cinéma d'après Alfred Hitchcock*¹²⁸⁶, né d'une longue discussion avec le réalisateur Alfred Hitchcock au cours de laquelle ce dernier commentera « *très sévèrement une grande partie de sa production* »¹²⁸⁷. Si l'approche purement artistique et critique des œuvres cinématographiques d'Hitchcock ne nous intéresse guère en l'espèce, cet ouvrage est particulièrement pertinent en ce qu'il présente, de façon très précise et illustrée, tous les choix entrepris par le réalisateur lors du processus créatif de l'œuvre audiovisuelle. Ainsi, « *[i]l ne s'agit pas d'admirer l'œuvre d'Alfred Hitchcock béatement ni de la décréter parfaite, irréprochable et sans faille aucune* »¹²⁸⁸, mais de l'envisager de manière très juridique en vérifiant l'existence des choix de l'auteur dans certaines de ses œuvres audiovisuelles restées célèbres.

¹²⁸² CA Paris, 4e ch., sect. A, 5 déc. 2007, SA Sipa Press c/ SARL Eliot press et sté Prisma Press : Juris-Data n° 2007-350003.

¹²⁸³ Sous la forme d'une fiction, d'un documentaire, d'un reportage, d'une émission de plateau, d'une vidéo amateur...

¹²⁸⁴ Par exemple Alexandre Astier qui, dans son dernier film, porte à la fois la casquette de réalisateur, de scénariste, de compositeur, etc.

¹²⁸⁵ F. Truffaut, *Hitchcock/Truffaut*, Robert Laffont, 1966.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 14.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

L'intention d'Alfred Hitchcock au moment de réaliser le film *La maison du docteur Edwardes* était « *seulement de tourner le premier film de psychanalyse* »¹²⁸⁹. Cette intention étant strictement subjective et n'existant véritablement que dans l'esprit de l'auteur et des spectateurs qui peuvent la retrouver en visionnant l'œuvre, n'intéresse logiquement pas le droit d'auteur.

En revanche, ce réalisateur va décrire avec précision tous les différents choix qu'il a pu réaliser dans certaines scènes, notamment ceux relatifs aux « *séquences de rêve* »¹²⁹⁰ illustrées par Salvador Dali. Alfred Hitchcock explique le recours à cet auteur : « *[l]a seule raison [pour laquelle je voulais Dali] était ma volonté d'obtenir des rêves très visuels avec des traits aigus et clairs, dans une image plus claire que celle du film justement. Je voulais Dali à cause de l'aspect aigu de son architecture [...] les longues ombres, l'infini des distances, les lignes qui convergent dans la perspective... les visages sans forme... Naturellement, Dali a inventé des choses assez étranges qu'il n'a pas été possible de réaliser : une statue craque, des fourmis s'échappent des fissures et rampent sur la statue et ensuite on voit Ingrid Bergman recouverte de fourmis ! [...] J'aurais voulu tourner les rêves de Dali en extérieur afin que tout soit inondé de soleil et devienne terriblement aigu* »¹²⁹¹. Dans cette scène, il apparaît ainsi clairement que deux auteurs ont travaillé de concert, le réalisateur et l'auteur des illustrations. Si Salvador Dali a créé sous les directives du premier, il en a néanmoins conservé dans ses choix une certaine liberté créatrice, en atteste les différentes illustrations proposées puis refusées, peut-être faute de moyens, par le réalisateur et sa production¹²⁹². Alfred Hitchcock pour sa part a choisi les différentes illustrations qu'il souhaitait utiliser, les a montées dans l'ordre qu'il entendait afin de toujours mettre en avant dans ses images cette « *clarté aigue* », omniprésente dans son œuvre cinématographique.

Les choix réalisés dans certaines scènes du célébrissime *Psycho* sont certainement encore plus explicites, donc parlants. Nous n'en citerons qu'une, celle mettant en scène le poignardage de Janet Leigh : « *[l]e tournage en a duré sept jours et il y a eu soixante-dix positions de caméra pour quarante-cinq secondes de film. Pour cette scène, on m'avait fabriqué un merveilleux torse factice avec le sang qui devait jaillir sous le couteau, mais je ne m'en suis pas servi. J'ai préféré utiliser une fille, un modèle nu, qui doublait Janet Leigh. De Leigh, on ne voit que les mains, les épaules et la tête. Tout le reste, c'est avec le modèle. Naturellement, le couteau ne*

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 135.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 137.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 137.

¹²⁹² « *la production ne voulait pas faire certaines dépenses* », *ibid.*

touche jamais le corps, tout est fait au montage. On ne voit jamais une partie taboue du corps de la femme, car nous filmions certains plans au ralenti pour éviter d'avoir les seins dans l'image. Les plans filmés au ralenti n'ont pas été accélérés par la suite, car leur insertion dans le montage donne l'impression de vitesse normale »¹²⁹³. Edulcoré des intentions de leur auteur, on pourrait résumer ce processus créatif devant le juge de la manière suivante : l'auteur de cette scène a choisi la durée de la scène ; les soixante-dix positions de la caméra que l'on peut retrouver à l'image ; le montage et le traitement particulier desdites images ; le fait de filmer alternativement un modèle et l'actrice du film ; le fait de ne voir à l'image que le haut du corps des deux actrices ; le fait de filmer certaines séquences au ralenti.

Une anecdote rapportée par Alfred Hitchcock est encore intéressante : lors du tournage d'une autre scène du film susnommé, Hitchcock est resté « *couché deux jours avec de la fièvre* »¹²⁹⁴, laissant le soin au « *chef opérateur et à l'assistant* »¹²⁹⁵ de tourner la séquence en question. Devant les « *rushes de la scène* », le réalisateur s'est aperçu que les plans ne convenaient pas : il a donc décidé de les retourner en partie, modifiant la hauteur de la caméra filmant la scène, afin notamment « *d'obtenir un fort contraste entre le plan général de l'escalier et le gros plan de sa figure lorsque le couteau s'abattait sur lui. C'était exactement de la musique voyez-vous, la caméra en hauteur avec les violons, et soudain la grosse tête avec les cuivres* »¹²⁹⁶. Des choix, rien que des choix, et tous les choix sont siens.

Pour analyser la créativité des différents choix évoqués deux paragraphes plus haut, il conviendra de les mettre en relation avec les autres choix qui existent déjà. Ainsi, si le choix de raconter l'histoire d'une femme assassinée dans sa baignoire a certes été pris librement, il n'est évidemment pas créatif en l'état, ce type de situation se rencontrant de manière tout à fait banale dans bon nombre d'œuvres littéraires, artistiques ou encore audiovisuelles. Dès lors, c'est bien l'ensemble des choix préalablement cités qui vont conférer à la scène représentée à l'écran une créativité certaine : nul doute en effet que l'assassinat réalisé dans le film *Psycho* est, d'une part, nouveau et se distingue, d'autre part, des autres scènes de meurtre préalablement filmées,

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 235.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, p. 231.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ *Ibid.*, p. 234.

racontées ou encore peintes¹²⁹⁷. Cette scène révèle ainsi la créativité son auteur, Alfred Hitchcock et, partant, sa personnalité.

*

En conclusion de tout ce qui précède, le recours au critère des choix en jurisprudence paraît être bien plus pragmatique que l'approche purement subjective du concept d'originalité. Il doit ainsi être salué, en ce qu'il correspond davantage à la réalité artistique du processus créatif de l'œuvre audiovisuelle. Car ce qui importe, c'est que les choix prédominent véritablement l'œuvre audiovisuelle, qu'elle soit cinématographique ou non, et que le juriste – même profane – a la possibilité de les reconnaître et de les étudier, en leur appliquant les critères que nous venons de découvrir : la liberté ainsi que la créativité. Comme nous le verrons d'ailleurs par la suite, les jurisprudences et la doctrine ne s'y trompent pas.

Section 2 : La condition d'originalité appliquée aux documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle

Les documents préparatoires de toute œuvre de l'esprit ont une valeur absolument certaine. En atteste par exemple l'histoire du célèbre collectionneur d'art conceptuel Herman Daled, notamment connu en ce qu'il acheta quelquefois non pas l'œuvre d'un artiste mais son concept¹²⁹⁸, « *l'idée [étant] de toute façon plus importante que la réalisation* »¹²⁹⁹.

L'affaire est évidemment identique en matière audiovisuelle¹³⁰⁰. Il n'est ainsi pas rare que le document préparatoire d'une émission télévisée étrangère soit racheté par une société de production française (et, sans aucun doute, *vice versa*). Il en ira de la sorte pour le format du jeu télévisé britannique *Who Wants to Be a Millionaire ?* racheté en 2000 par le groupe TF1 et renommé à l'occasion *Qui veut gagner des millions ?*. Mais tous ces documents sont-ils protégés par le droit d'auteur ?

¹²⁹⁷ La scène de l'assassinat s'écarte en effet « *des codes et du fonds commun des techniques de tournage, de réalisation et de production* », A. Furlon, « Le dilemme de la protection juridique des formats d'émissions télévisuelles », *Légipresse*, 2013, p. 19.

¹²⁹⁸ « *En pleine insomnie, je tombe sur l'histoire d'un Belge, Herman Daled [...]. C'était un des plus grands collectionneurs d'art conceptuel. Il n'achetait pas des œuvres mais leur concept. L'artiste décrivait son projet sur une fiche bristol, Daled le payait grassement et il rangeait la fiche dans son casier* », J. Lenine, « Le jour où j'ai percé le mystère de l'art du futur », *Métal hurlant*, 2021, p. 30.

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ « Protéger son format télévisé », *Dossier NPA*, numéro 747, 4 mars 2015.

Si les documents préparatoires concourent bien à la protection du droit d'auteur en ce qu'ils répondent très souvent favorablement à la condition européenne relative à l'expression, tous n'y accèdent bien évidemment pas. Il en ira notamment ainsi pour la plupart des concepts audiovisuels qui, bien qu'exprimés, ne permettent souvent pas à leurs auteurs de réaliser des choix libres et créatifs (Paragraphe 1).

L'affaire sera néanmoins différente s'agissant des principaux autres documents préparatoires. Contrairement aux concepts audiovisuels, simples documents présentant de manière très succincte l'œuvre audiovisuelle envisagée, les synopsis, bibles, formats et autres scénarios ont pour eux davantage de précision, donc, parfois, d'originalité.

Une étude cas par cas reste toutefois nécessaire afin de vérifier quels sont les documents qui bénéficieront effectivement d'une protection. Nous le verrons, celle-ci est loin d'être automatique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'absence d'originalité des concepts audiovisuels

Pour bénéficier de la protection, un concept audiovisuel doit d'une part être exprimé, donc être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. Il doit d'autre part satisfaire à la condition d'originalité envisagée par le juge de l'Union qui impose, aux choix d'un créateur, de répondre à la double exigence de liberté et de créativité.

L'étude de la liberté des choix réalisés n'intéressera *a priori* pas le concept audiovisuel, à l'instar des autres documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle (Sous-paragraphe 1). C'est ainsi l'analyse de la créativité des choix du créateur qui va permettre de démontrer et de justifier l'absence de protection de la grande majorité des concepts audiovisuels. Ces derniers souffrent en effet souvent d'une grande banalité, sonnante fatalement le glas de la plupart des revendications de leur créateur (Sous-paragraphe 2).

Il apparaît finalement qu'à l'exclusion de toute mention de la notion d'idée, la condition d'originalité s'apparente ici comme étant le principal obstacle à la protection du concept audiovisuel par le droit d'auteur.

Sous-paragraphe 1 : L'existence des choix libres de l'auteur du concept audiovisuel

L'exigence de choix pris librement a été clairement posée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Football Association Premier League*. Le juge européen impose donc à la création pour laquelle on revendique la protection de résulter des choix libres et créatifs de son auteur. A défaut, la création ne pourra pas être protégée par le droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit. Cette exigence de liberté est-elle déterminante pour l'accession à la protection du simple concept audiovisuel ?

Lors de notre analyse des dernières jurisprudences de la CJUE, nous avons convenu qu'un certain nombre de situations pouvaient limiter la liberté créative d'un auteur à un point tel que celui-ci ne puisse plus revendiquer la moindre propriété sur sa création. Il en ira notamment ainsi en présence de règles du jeu¹³⁰¹, de certaines contraintes spatiales ou temporelles¹³⁰² ou bien encore de considérations techniques¹³⁰³. La liste n'est bien évidemment pas exhaustive. Un concept audiovisuel, qui s'apparente à un « *court développement, en une ou deux pages [ou moins], d'une idée qui peut donner lieu à une œuvre audiovisuelle* »¹³⁰⁴, qui se contente donc « *de définir un cadre général pouvant se décliner à l'infini sur des thèmes variés* »¹³⁰⁵ pourrait-il freiner, voire supprimer, la liberté créative de l'auteur ?

Il n'en est rien selon nous pour le concept audiovisuel mais également pour tous les autres documents préparatoires des créations audiovisuelles.

Cette solution s'explique en réalité par la nature même de ces documents, qui, rappelons-le, ont pour objectif d'introduire, de présenter et de préparer une éventuelle création audiovisuelle future. Le cahier des charges qui pourrait potentiellement venir limiter la liberté créative de l'auteur de la création audiovisuelle n'existe donc logiquement pas s'agissant de ces documents préparatoires. Il en va de même pour toutes les contraintes éventuellement imposées par les

¹³⁰¹ Point n°98 de l'arrêt *Football Association Premier League*.

¹³⁰² *CA Paris, pôle 5, 1re ch., 6 juin 2012, n° 10/21371, J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France : JurisData n° 2012-016964 ; RLDI juill. 2012, n° 2817.*

¹³⁰³ Point n°24 de l'arrêt *Brompton*.

¹³⁰⁴ B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 49.

¹³⁰⁵ *TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 1er juill. 2011, Sté Waï c/ Sté Degel Prod et al. , inédit ; mais également : CA Paris, pôle 5, 2e ch., 28 sept. 2012, SARL Degel Prod c/ SARL Waï [aff. Les Grands Examens] , inédit ; CA Paris, pôle 5, 1re ch., 17 oct. 2012, n° 10/23778, H. B. c/ SA France Télévisions et SAS Sony Pictures Télévision Production [aff. Karbone 14] : RLDI déc. 2012, n° 2939 ; TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 12 avr. 2013, Sté Shoot Again Productions c/ Sté Morgane Groupe et a. , inédit ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1er juin 2018, n° 17/00610, Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ SAS Enibas Productions et SA France Télévisions : RTD com. 2018, p. 673, obs. F. Pollaud-Dulian.*

producteurs et autres diffuseurs, nécessairement parce que ce sont bien souvent les auteurs qui vont démarcher ces professionnels afin d'obtenir le financement leur permettant de mener à bien leur projet. Une fois obtenu, la solution devrait fort heureusement rester la même, la CJUE n'imposant aux auteurs qu'une liberté relative et non pas absolue lors du processus créatif. Le fait que certains auteurs décident, par eux-mêmes, de limiter leur propre liberté créative (par auto-censure ou pour satisfaire à d'éventuels professionnels ciblés en amont du processus créatif) ne devrait en rien influencer l'originalité de leurs créations, et ce pour la même raison.

Les contraintes précédemment indiquées, qu'on imagine bien plus volontiers venir impacter l'œuvre audiovisuelle en tant que telle, ne devraient donc logiquement pas concerner le processus créatif de ces documents préparatoires. Ce seront au contraire ces derniers qui viendront, quelques fois, limiter par eux-mêmes la liberté créative des auteurs de créations audiovisuelles¹³⁰⁶.

En tout état de cause, il ne semble pas pertinent de s'intéresser à l'exigence de liberté s'agissant du concept audiovisuel et des autres documents préparatoires précités, lesquels répondent tous au même objectif : proposer à un professionnel de l'audiovisuel une ébauche arbitraire et plus ou moins précise d'une future création audiovisuelle. Nous ne nous focaliserons ainsi que sur le critère de la créativité des choix, bien plus déterminant en la matière.

C'est ce dernier qui empêchera la plupart des concepts audiovisuels d'accéder à la protection du droit d'auteur.

¹³⁰⁶ Voir à titre d'exemple une décision très critiquée d'une cour d'appel qui dénia la qualité d'auteur à des réalisateurs du fait que la société de production pour lesquels ils auront travaillé aura notamment « remis à la société [...] une cassette achevée et testée auprès de la clientèle potentielle, afin qu'elle servît de modèle pour la réalisation des vidéogrammes attendus, lesquels devaient s'intégrer parfaitement dans une collection uniforme fournissant au spectateur une identité de sources d'intérêts et de repères historiques, géographiques, artistiques, économiques et autres ». Du fait des documents préparatoires fournis par la société de production, les réalisateurs des créations audiovisuelles ne disposeront dès lors que d'une liberté toute relative dans le processus créatif. Cet argument, parmi d'autres, justifiera la décision de la Cour de cassation de valider l'analyse des juges du fond. *Cass. 1re civ., 30 sept. 2003, Chaye et al. c/ Charnelu vidéo*, citée par C. Caron, « Visite à l'orphelinat du droit d'auteur : l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *Communication Commerce électronique n°12*, LexisNexis, 2003, qui y voit une solution « assez critiquable » : « n'est-il pas paradoxal de dénier au réalisateur d'une œuvre audiovisuelle la qualité d'auteur qui est si aisément conférée à des auteurs d'œuvres d'arts appliqués dont l'originalité est bien souvent plus que sujette à caution ? ».

Sous-paragraphe 2 : L'inexistence de la créativité de l'auteur du concept audiovisuel

La grande majorité des concepts audiovisuels échappent à toute protection par le droit d'auteur¹³⁰⁷, notamment en ce qu'ils résultent bien souvent de choix exclusifs de toute créativité.

L'exigence de créativité, imposée par le juge de la CJUE depuis son célèbre arrêt *Infopaq*, suppose de vérifier que les choix de l'auteur s'écartent « *de ce qui est connu et de ce qui en découle directement* »¹³⁰⁸. En d'autres termes, ils ne doivent pas être banals. C'est précisément parce que la plupart des concepts audiovisuels vont résulter de choix jugés banals par le juge qu'ils vont perdre le bénéfice de la protection.

Il en ira par exemple ainsi à propos du concept éminemment banal d'une émission pensée autour du thème, exprimé, du « *paranormal* »¹³⁰⁹. De la même manière, le concept d'un jeu télévisé qui réside dans le choix d'une « *interactivité directe sans inscription préalable* »¹³¹⁰ ne pourra accéder à la protection notamment du fait que ce procédé était « *déjà utilisé à de mêmes fins* »¹³¹¹. Pour ces mêmes raisons, le choix d'une émission « *véritablement interactive* »¹³¹² ou d'un film d'animation « *invitant le téléspectateur à participer sous forme interactive à un jeu culturel ou de divertissement* »¹³¹³ échappent bien évidemment à toute protection, peu importe le fait qu'ils soient éventuellement nouveaux¹³¹⁴.

Il en ira pareillement pour l'idée de « *convier une personnalité à remplir un chariot de supermarché avec des produits révélateurs de sa personnalité* »¹³¹⁵ qui n'est en réalité que l'idée de présenter à la télévision l'activité, parfois quotidienne, de tout un chacun. Le choix de

¹³⁰⁷ D'ailleurs, rare sont les concepts protégés par le biais du régime de responsabilité de droit commun.

¹³⁰⁸ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁰⁹ C. Versailles (14^e ch. réf.), 27 septembre 1995 : « Considérant qu'en se plaçant précisément du même point de vue pour apprécier dans leur ensemble les «ressemblances» énumérées et la façon dont est traité dans «L'Odyssée de l'étrange», le thème du paranormal, force est de constater, avec la simplicité qui sied au juge des référés et sans préjudice d'un examen au fond, qu'à une heure d'écoute ordinairement propice un traitement usuel paraît avoir été appliqué à un thème banal, cette banalité s'apparentant à celle du thème et du traitement déjà adoptés dans «Mystères» ».

¹³¹⁰ Paris, 4^e ch., 28 mai 2003 : *Consorts Mayan c/ Sté TF1*.

¹³¹¹ « Plagiat de programme de télévision : Le point sur la jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 6 mars 2004.

¹³¹² TGI Paris, 3 janv. 2006, *Code de la route : le grand examen*.

¹³¹³ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 mars 2011, *Sté JB Prod c/ Sté Canal J International : inédit*.

¹³¹⁴ Une œuvre originale est nécessairement nouvelle mais une création nouvelle n'est pas nécessairement originale. A ce titre, et comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, l'étude de la seule nouveauté est insuffisante pour déterminer la protection d'une création.

¹³¹⁵ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 19 mai 2009, *Sophie Davant et al. c/ SARL Les baladeurs d'images et al. : Légipresse 2009, n° 264, I, p. 122*.

la faire pratiquer par une personnalité connue soumise à quelques conditions est donc absolument banal¹³¹⁶.

Mais encore de l'idée banale de réaliser une « *émission de météo pour enfants* »¹³¹⁷. Le seul fait d'adapter une émission télévisée à un public particulier (la petite enfance ou les seniors¹³¹⁸, par exemple) n'est évidemment pas créatif ! Le juge a-t-il même la possibilité d'identifier avec suffisamment de précision et d'objectivité le public visé par un programme télévisé ? Nous ne le pensons pas. En l'absence de précision quant aux choix réalisés par l'auteur, le concept d'une météo canine subirait inmanquablement le même sort, mais également tous les concepts qui se contenteraient de « *définir un cadre général pouvant se décliner à l'infini sur des thèmes variés* »¹³¹⁹.

Il semble en réalité que ce soit la nature même des concepts audiovisuels qui soit excluante de toute originalité. Le concept audiovisuel s'apparente en effet la plupart du temps à un document souvent très court qui ne permet ainsi à son auteur que de réaliser des choix peu précis exempts de toute créativité, *in fine* d'originalité¹³²⁰.

¹³¹⁶ « L'« idée de découvrir une personnalité, en l'accompagnant faire des courses dans un supermarché, reprenant la référence connue de "Dis-moi ce que tu achètes, je te dirai qui tu es" », même si elle a pu être présentée comme nouvelle, est l'expression d'un « concept tendant à mettre en scène une personnalité dans une activité ordinaire (qui) est connu ». Assimilé à de la télé-réalité dont « le principal leitmotiv est d'amener le téléspectateur à s'identifier, par effet de miroir à ce qu'il regarde », le concept limité au « simple choix de limiter à cinq le nombre d'objets achetés dans une grande surface, sans en fixer autrement la nature, et de faire appel à un psychologue pour présenter une personnalité faisant ces achats en compagnie d'un animateur » est abandonné à ce statut ne constituant pas « une combinaison originale au sens du droit d'auteur » », A. Furlon, « Le dilemme de la protection juridique des formats d'émissions télévisuelles », *Légipresse*, 2013.

¹³¹⁷ *TGI Paris*, 3e ch., 2e sect., 26 nov. 2010, F. D. et al. c/ Sté Jeunesse TV et al. : inédit.

¹³¹⁸ *CA Paris*, 28 sept. 2005, *Sarl Ganavision c/ France 3*.

¹³¹⁹ *TGI Paris*, 3e ch., 3e sect., 1er juill. 2011, *Sté Wai c/ Sté Degel Prod et al.*, inédit.

¹³²⁰ Il en va encore ainsi « du thème du « double » appliqué à la course à pied », *TGI Paris*, 3e ch., 4e sect., 10 juin 2010, *J. W. et al. c/ Sté Nike SAS* : inédit, de l'idée d'une « conversation entre quatre passagers d'une petite voiture puis avec une passante », *CA Aix-en-Provence*, 2e ch., 1er déc. 2010, *Ph. D. c/ SA Les Mutuelles du Mans* : inédit, des « principes généraux d'un concept de jeu télévisé pouvant se décliner sur les thèmes les plus variés, exclusifs d'indications concrètes et précises », *CA Paris*, pôle 5, 2e ch., 28 sept. 2012, *SARL Degel Prod c/ SARL Wai [aff. Les Grands Examens]*, inédit ; du concept « mettant en scène deux familles d'origine différente autour d'un repas », *TGI Paris*, 3e ch., 3e sect., 12 avr. 2013, *Sté Shoot Again Productions c/ Sté Morgane Groupe et a.*, inédit ; de l'idée « d'incorporer la caméra dans le poste [qui] est traitée de manière à ce que le poste de télévision, comme unique point de vue, filme dans leur intimité, le rapport des personnages au monde qui est formalisé par leurs réactions aux émissions diffusées », c'est-à-dire au concept qui « permet de parler de la télévision à ceux qui sont en train de la regarder, en réalisant un effet de miroir », *CA Paris*, pôle 5, ch. 2, 1er déc. 2017, n° 16/17842, *S. W. et R. N. c/ SASU KM et a.*, inédit ; du concept de « cultures urbaines » ou encore de l'idée « de confrontation d'environnements différents », *CA Paris*, pôle 5, ch. 1, 3 oct. 2017, n° 16/05217, *L. C. c/ S. S. et Sté TéléParis*, inédit ; du concept du « stand-up », *Cass.* 2e civ., 20 déc. 2018, n° 17-24.618 : *RLDI* 2019, n° 5313 ; de l'idée « d'une émission sur la météorologie », *CA Paris*, pôle 5, ch. 2, 1er juin 2018, n° 17/00610, *Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ SAS Enibas Productions et SA France Télévisions* : *RTD com.* 2018, p. 673, obs. F. Pollaud-Dulian.

Mais à l'inverse, lorsque l'auteur d'un concept audiovisuel présente devant le juge plus qu'un simple thème banal, ce concept détaillé n'est pas non plus assuré d'être protégé.

Le juge refusera ainsi toute protection au « *concept d'émission de deux pages* »¹³²¹ qui se bornera « *à énumérer la durée, la périodicité, le public visé (les seniors)*¹³²², *des exemples de thèmes de reportages et d'intervenants* »¹³²³. Si la référence au nombre de pages (deux) du concept semble en l'espèce aller dans le sens de la protection par le droit d'auteur (on le comprend après l'analyse des dernières jurisprudences qui faisaient état de simples thèmes), c'est en réalité oublier la spécificité de la condition d'originalité qui implique la présence de choix libres et créatifs, révélateurs de la personnalité de leur auteur. Or, la créativité des choix d'un auteur ne peut pas s'incarner dans de simples références à la durée, à la périodicité et à des exemples de thèmes envisagés dans le programme télévisé. Le choix d'associer toutes ces différentes précisions n'y change d'ailleurs rien : que l'émission dure 10, 20 ou 50 minutes, qu'elle traite d'un ou de plusieurs thèmes particuliers (le paranormal ?), elle n'en reste pas moins, en l'état, d'une extrême banalité.

Il ira encore de même s'agissant d'un concept de jeu télévisé banal puisque caractérisé par un ensemble d'éléments se retrouvant, dans la même combinaison, dans la majorité des jeux télévisés de notre connaissance. Celui-ci se compose ainsi : « - *d'un ticket à gratter, avec un premier rang de gains qui permet d'accéder à un tirage télévisé ; - d'un tirage télévisé, où les gagnants viennent tenter leur chance avec un possibilité de gain ouverte ; - d'un jackpot cumulatif, remis en jeu d'une émission TV à l'autre au cas où il n'est pas gagné ; ce jackpot cumulatif conférant à la loterie la possibilité d'offrir au joueur des sommes jusqu'alors jamais atteintes par un jeu ayant comme support un ticket à gratter. Si le jackpot est gagné, la loterie dote un nouveau jackpot d'un montant minimum défini pour les futurs gagnants* »¹³²⁴.

Le constat évoqué plus haut est dramatique pour l'auteur d'un concept audiovisuel qui souhaite en obtenir la protection, mais pas définitif. Il lui suffit en effet d'apporter davantage de précision quant aux choix qu'il va effectuer, desquels va résulter la création pour laquelle il revendique la protection.

¹³²¹ CA Paris, 28 sept. 2005, *Sarl Ganavision c/ France 3*.

¹³²² Cet élément ne semble en l'espèce pas pouvoir être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité : il ne devrait donc pas être efficace devant le juge.

¹³²³ CA Paris, 28 sept. 2005, *Sarl Ganavision c/ France 3*.

¹³²⁴ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 29 avr. 2011, n° 09/24698, *SARL Games Marketing Services c/ Éts Œuvre nationale de secours* : *JurisData* n° 2011-008024 ; *RLDI* juin 2011, n° 2377.

En tout état de cause, il est erroné de considérer que les concepts audiovisuels échappent à toute protection par le droit d'auteur du fait de leur appartenance au domaine des idées. L'étude de la seule condition d'originalité suffit en effet à justifier l'échec de ces derniers à obtenir le bénéfice de la protection. Il en ira de même pour le *pitch* audiovisuel¹³²⁵.

Finalement, c'est lorsque la création de l'auteur ne se limitera plus à la présentation succincte d'un thème ou de plusieurs caractéristiques banals, qu'il sera alors possible pour le juge de lui accorder la protection du droit d'auteur¹³²⁶. Pour les professionnels de l'audiovisuel, il ne s'agira toutefois plus d'un concept audiovisuel, mais bien d'un synopsis, d'un format, d'une bible ou encore d'un scénario audiovisuel qui pourra adapter une œuvre préexistante mais également proposer les dialogues de l'œuvre audiovisuelle future.

Paragraphe 2 : L'originalité des autres documents préparatoires

Si l'exigence de créativité fait défaut s'agissant du concept audiovisuel, il en va forcément différemment s'agissant des autres documents préparatoires à l'œuvre audiovisuelle qui ont pour eux l'avantage de la précision. Cette dernière n'est toutefois pas synonyme d'originalité et il reviendra au juge, dans tous les cas, de vérifier que les différents choix réalisés librement par l'auteur d'un document préparatoire répondent bien à l'exigence de créativité. Forcément, plus le document sera détaillé, plus l'auteur va réaliser des choix précis, plus les créations résultant de ces derniers bénéficieront de la protection du droit d'auteur, au titre de leur originalité.

En définitive, cette condition d'originalité ne posera même jamais la moindre difficulté pour certains documents préparatoires. En revanche, elle en posera systématiquement pour les parties de ces documents, finalement bien plus susceptibles de présenter des situations banales.

¹³²⁵ *TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 6 nov. 2015, n° 14/00339, J. M. c/ SACD et a., inédit.*

¹³²⁶ Comme nous l'avons déjà dit, un concept audiovisuel – ou non d'ailleurs – peut tout à fait obtenir la protection du droit commun de la responsabilité civile. D'autres études se penchent plus particulièrement sur la question, notamment celle de C. Jouven et K. Mamou, « Comment protéger un concept ? », *Daloz IP/IT*, 2016, p. 597.

Sous-paragraphe 1 : L'originalité du synopsis audiovisuel

Le synopsis audiovisuel, qui s'apparente pour Benjamin Montels à « *une simple ébauche de scénario [...] qui permet de dérouler l'histoire* »¹³²⁷, n'est, à l'instar du concept audiovisuel, pas assuré d'obtenir la protection du droit d'auteur.

Il en ira par exemple ainsi s'agissant du synopsis qui ne reflète « *qu'un schéma classique destiné à éveiller la curiosité intellectuelle des enfants, au moyen de procédés connus, telle l'intervention de personnages de dessin animé* »¹³²⁸. Partant, ce synopsis ne traduit « *aucune fantaisie particulière ni un effort de création personnelle* »¹³²⁹. Du fait de leur grande banalité¹³³⁰, les choix de l'auteur du synopsis ne répondent donc pas à l'exigence de créativité imposée par le juge de la CJUE¹³³¹. Un synopsis se limitant à « *une présentation à grands traits d'un sujet de documentaire retraçant une succession d'évènements publiquement révélés* »¹³³² échappera pour la même raison à toute protection, le choix « *de retracer dans leur chronologie des événements historiques* »¹³³³ étant évidemment banal.

En revanche, la protection sera accordée au synopsis d'un épisode d'une émission télévisée construit à partir d'un concept¹³³⁴ et détaillant avec précision les différents éléments caractéristiques d'un épisode en particulier¹³³⁵. Compte tenu de toutes ces précisions, la

¹³²⁷ B. Montels, *op. cit.*, p. 60.

¹³²⁸ Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999, n° 97-10.179 : *JurisData* n° 1999-001006.

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ Symbolisée en l'espèce par l'utilisation de personnages de dessin animé dans un programme destiné aux enfants.

¹³³¹ Il semble en revanche répondre à la condition d'expression : certes, la création destinée à « *éveiller la curiosité intellectuelle des enfants* » ne semble pas pouvoir être identifiée avec une précision et une objectivité stricte. Celle-ci répondant toutefois à un « *schéma classique* » selon le juge, il est possible d'affirmer qu'elle peut donc être identifiée avec suffisamment de précision et d'objectivité. Dès lors, seule l'étude de la condition d'originalité est déterminante afin d'accorder, ou non, le bénéfice de la protection du droit d'auteur au synopsis, Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999, n° 97-10.179 : *JurisData* n° 1999-001006.

¹³³² Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 2014, n° 10-12.065.

¹³³³ B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *LexisNexis*, 2016.

¹³³⁴ « *Amanda embarque des stars pour une croisière de rêve de 90 minutes faite de musique, de rire, de suspens et de rencontres inattendues. Pendant la traversée, un événement survient à bord (intrigue - enquête - mystère) qui devient le thème de la soirée. Le scénario de l'émission est écrit dans le but d'introduire une chanson, un sketch, des confidences. Chaque numéro de l'émission est conçu avec les ingrédients d'une série, une histoire, des héros, ou suspens un dénouement (happy end)... et, comme un épisode, porte un sous-titre. Amanda en tant que commandant du navire est au centre de l'histoire et devient le fil rouge de l'émission. Les invités sont mis en scène dans les différents décors du bateau... Chaque lieu du navire est investi et exploité pour mettre en valeur l'invité. Pour introduire des sujets extérieurs au contexte du bateau, Amanda utilise le... flash-back... etc.* », Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 6 octobre 1994.

¹³³⁵ « *Que plus particulièrement dans cet épisode, le commandant Amanda Lear ainsi que les téléspectateurs, sont à la recherche d'un passager clandestin dont l'identité sera révélée en fin d'émission au terme d'une enquête et après découverte de trois indices* », *ibid.*

créativité des choix présentés par les auteurs du synopsis sera reconnue par le juge et la protection du droit d'auteur sera assurée au synopsis en tant « *qu'œuvre de l'esprit* »¹³³⁶ laquelle porte, dès lors, « *l'empreinte de la personnalité de ses auteurs* »¹³³⁷.

Toutefois, lorsque l'originalité de plusieurs synopsis entiers¹³³⁸ n'est pas remise en cause devant le juge¹³³⁹, leurs différents éléments, pris indépendamment, peuvent échapper à la protection du droit d'auteur. Ainsi, le synopsis¹³⁴⁰ et l'œuvre audiovisuelle présumés avoir contrefaits deux

¹³³⁶ *Ibid.*

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ Le premier est ainsi résumé : « *A la veille de ses quarante ans, un comédien croit ses problèmes d'argent résolus quand il devient le doubleur du héros d'une série américaine à succès diffusée quasi simultanément en France. Mais à peine a-t-il eu le temps de régler ses dettes que l'acteur américain disparaît dans la nature en raison d'une peine de cœur causée par sa partenaire à l'écran, mettant en péril la série. Apprenant qu'il s'est réfugié sur une île Bretonne, le comédien français prend une décision folle : le retrouver et lui faire entendre raison. Parvenu à le rencontrer, il lui cache sa véritable profession pour mettre l'acteur américain en confiance et mieux le convaincre. Les deux hommes se lient d'amitié et se révèlent être chacun à un tournant de leur carrière : l'acteur américain souhaite devenir écrivain et les dons de cuisinier du comédien français sont révélés à l'occasion de leurs aventures communes. Mais l'identité du comédien français est dévoilée et l'acteur américain, furieux, rompt leur relation. Ayant retrouvé l'amour à l'occasion de ses aventures avec le comédien français, il décide de reprendre le chemin des studios hollywoodiens, pardonne au comédien et le soutient dans sa reconversion en tant que cuisinier.* » ; le second : « *Un comédien français motivé par l'argent accepte de doubler le héros d'une série américaine à succès. Pour les vingt ans de la série, les doubleurs sont invités à une grande fête à Los Angeles. Après une dispute avec sa femme et alors qu'il s'interroge sur ses choix de carrière, l'acteur vedette laisse entendre qu'il va arrêter la série lors d'un discours prononcé pendant cette soirée anniversaire. Peu après qu'il a quitté la fête, l'acteur américain est tiré d'embarras par le doubleur français lors d'une altercation avec des jeunes. Le comédien français se propose de le raccompagner en voiture à son hôtel en mentant sur son identité. Il préfère en effet se faire passer pour un serveur français de la fête, désintéressé, que pour son doubleur. Qui sait, peut-être parviendra-t-il à le faire changer d'avis ? Mais la route qu'indique l'acteur américain le conduit en dehors de la ville et ils entament un périple au cours duquel l'agent de l'acteur et son doubleur français tentent par divers stratagèmes de le convaincre de reprendre la série, alors que l'acteur américain rêve de rejoindre New-York pour jouer Shakespeare. L'acteur américain finit par comprendre que le français avec lequel il s'est lié n'est autre que son doubleur et les deux hommes, après s'être battus, se réconcilient. Ils décident chacun de donner un nouveau tour à leur carrière : l'acteur américain passe un casting à New-York pour jouer Shakespeare, alors que le doubleur français, convaincu par l'acteur américain de son talent d'humoriste, décide d'écrire son premier one-man show », CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 mars 2014, n° 13/07550, H.-G. c/ F. et a. , inédit. La précision du développement de l'auteur qui permet d'appréhender les nombreux choix réalisés par ce derniers ne laisse planer que peu de doutes s'agissant de la probable protection des deux synopsis par le droit d'auteur. La reprise, au sein d'une œuvre audiovisuelle, de la composition de ces documents pourrait donc être jugée contrefaisante.*

¹³³⁹ Ce qui s'explique en réalité tant par la probable originalité de ces derniers que par les arguments soumis aux juges qui n'avaient qu'à étudier certaines parties desdits synopsis par rapport à certaines scènes précises du film et du synopsis présumés contrefaisants.

¹³⁴⁰ Voici le résumé du synopsis litigieux proposé par la requérante : « *Jeanne Rinaldi, une comédienne française d'une quarantaine d'années, doit sa carrière à une actrice qu'elle double dans une série américaine à succès diffusée en France. Bien qu'elle ait projeté de devenir comédienne, elle garde ce travail qui lui permet de payer ses dettes et de jouer à la star dans la salle de doublage. Le jour où l'actrice américaine arrête la série suite à une dépression nerveuse, la doubleuse panique à la perspective de se retrouver au chômage du jour au lendemain. Après avoir vu son agent, elle se rend chez sa sœur qui a fait des choix de vie plus traditionnels et se montre critique sur son mode de vie, la poussant à agir. Mais la voix de la doubleuse est trop identifiée à l'actrice américaine, et elle imagine déjà les castings sans intérêt qu'elle va désormais devoir passer toute sa vie. Acculée, elle prend alors la folle décision de s'envoler pour Los Angeles, afin de faire entendre raison à la star américaine et la ramener sur les plateaux de tournage. Sur place, elle a un accrochage avec quatre jeunes avant de faire la rencontre d'un français résidant à Los Angeles. Afin de rentrer en contact avec l'actrice américaine, la doubleuse française, qui loge dans un hôtel de seconde classe, parvient à s'introduire dans une soirée privée Hollywoodienne*

autres synopsis échapperont à la condamnation en ce que l'idée reprise, relative à « *la doubleuse/du doubleur qui tente de convaincre l'actrice/l'acteur de la série dont il est la voix de reprendre le tournage de celle-ci* »¹³⁴¹, est un « *thème commun non protégeable* »¹³⁴² qui ne peut donc bénéficier de la protection, tout comme « *le fait que le personnage du doubleur dissimule sa véritable identité, laquelle sera néanmoins révélée et provoquera une brouille passagère entre les protagonistes* »¹³⁴³. Cette solution a toutefois été critiquée par un auteur, qui estime qu'« *[u]ne telle qualification [d'idée] peut paraître excessivement large, car ces éléments semblent dépasser la simple idée de départ puisqu'ils touchent aux personnages et au déroulement du récit, c'est-à-dire à la formalisation de cette idée* »¹³⁴⁴. Suivant notre analyse, ce ne serait effectivement pas en raison de son hypothétique appartenance au domaine des idées que ce thème n'est pas protégé, mais bien davantage en raison de son défaut d'originalité. Telle solution peut là encore tout à fait être critiquée¹³⁴⁵, mais s'explique probablement par la banalité du thème exploité qui n'est finalement qu'une version plus précise du concept suivant : « *Pour éviter le chômage, un homme ou une femme intervient auprès de la personne dont dépend son travail* »¹³⁴⁶. En l'espèce, il semble donc possible de valider la position du juge et d'affirmer que la reprise de ce même thème dans une autre création ne sera pas contrefaisante, à moins que cette reprise ne se limite pas au seul thème mais concerne également le choix de la composition des deux premiers synopsis, donc l'enchaînement créatif des différentes péripéties proposées par leur auteur.

où elle se fait passer pour une serveuse. Par un heureux hasard, elle fait connaissance avec la star américaine, poursuivie par son agent fou furieux de sa décision d'arrêter la série. La doubleuse française lui cache sa véritable profession et, ce faisant passer pour une personne travaillant dans la mode, lui propose de la ramener chez elle en voiture. Elle pense ainsi la mettre en confiance pour mieux la convaincre de reprendre la série. La star lui avoue son histoire d'amour ratée avec son partenaire à l'écran, motif de sa décision d'arrêter la série. La doubleuse et la star se lient d'amitié. La doubleuse parvient à convaincre l'ex petit ami de l'actrice américaine, un coureur invétéré, de lui mentir sur ses sentiments pour lui éviter de se retrouver comme elle au chômage. Et elle tente de retrouver une sextape que la star craint de voir diffusée sur le web. Le plan semble fonctionner. C'est alors que la star apprend que son 'amie' française est en fait sa doubleuse. Furieuse d'avoir été ainsi trompée, elle met un terme à leur relation et rompt définitivement avec son partenaire. Mais l'actrice américaine et sa doubleuse finissent par se réconcilier. Elles décident chacune de donner un nouveau tour à leur carrière : l'actrice américaine décide de passer un casting afin de devenir actrice de cinéma, tandis que la française, après avoir trouvé l'amour dans les bras du français rencontré à Hollywood, s'est reconvertie comme styliste de mode et organise son premier défilé », CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 mars 2014, n° 13/07550, H.-G. c/ F. et a., inédit, si le thème des deux premiers synopsis semble effectivement avoir été repris dans celui-ci, il n'en est pas de même s'agissant de leur composition respective et de l'enchaînement de leurs péripéties.

¹³⁴¹ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 mars 2014, n° 13/07550, H.-G. c/ F. et a., inédit

¹³⁴² Ibid.

¹³⁴³ Ibid.

¹³⁴⁴ B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2014.

¹³⁴⁵ Le juge pourrait effectivement considérer que ces différents éléments sont des « *caractéristiques [...]* essentielles » des premiers synopsis, *ibid.*

¹³⁴⁶ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 mars 2014, n° 13/07550, H.-G. c/ F. et a., inédit.

*

Outre l'étude de la créativité des choix réalisés par un auteur, il pourrait sembler pertinent de se pencher vers d'autres indices afin de vérifier l'originalité d'un synopsis ou de tout autre document préparatoire.

On serait par exemple tenté d'assimiler à de tels indices le fait que le synopsis a été déclaré « à une société d'auteurs »¹³⁴⁷. Mais, bien évidemment, une telle déclaration ne permet en aucun cas de « bénéficier automatiquement »¹³⁴⁸ de la protection du droit d'auteur. La Cour de cassation l'a d'ailleurs récemment rappelé : « la détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi »¹³⁴⁹. Qu'importent donc les déclarations de l'auteur du synopsis ou ce qu'il a pu potentiellement inscrire dans un contrat : seules les conditions européennes d'originalité et d'expression sont opérantes afin de déterminer les contours de la protection du droit d'auteur.

Sous-paragraphe 2 : L'originalité du format et de la bible audiovisuels

Si la condition d'originalité ne diffère évidemment pas s'agissant du format et de la bible audiovisuels, celle-ci doit être adaptée à ces documents qui proposent tous deux un cadre dans lequel va pouvoir se développer une série d'émissions télévisuelles ou d'épisodes fictionnels. La protection ne pourra dès lors porter sur un épisode en particulier mais sera à réserver à la colonne vertébrale d'une série d'épisodes. Les caractéristiques originales de ces documents doivent donc pouvoir se retrouver dans la série audiovisuelle, composée par un certain nombre d'épisodes. En découle naturellement l'utilisation par le juge de termes relatifs à la « *structure constante* »¹³⁵⁰ et au « *modèle* »¹³⁵¹ pouvant être répétés entrecroisés notamment¹³⁵² à propos du format ou de la bible audiovisuels.

¹³⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 2014, n° 10-12.065.

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ C. Caron, J. Castelain, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? » *Revue Lamy Droit de l'immatériel* n°40, juillet 2008, p. 76.

¹³⁵¹ B. Montels, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁵² Ces formules ont également pu être utilisées par le juge s'agissant de créations architecturales, C. Caron, J. Castelain, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? » *Revue Lamy Droit de l'immatériel* n°40, juillet 2008, p. 76.

Quels sont donc les éléments de ces documents qui vont être considérés comme originaux par le juge, permettant *in fine* à leur auteur d'être assimilés aux auteurs de la série d'œuvres audiovisuelles réalisées ?

1. L'originalité du format audiovisuel

De manière à présent classique, c'est toujours pour leur banalité que certains formats audiovisuels échoueront à obtenir le bénéfice de la protection du droit d'auteur. Il en ira ainsi du format d'une émission de télé-réalité dont les « *caractéristiques essentielles existaient déjà dans un format antérieurement déposé* »¹³⁵³ et qui se contentera finalement de présenter un concept (avant et afin de trouver le grand amour, « *des personnes se rencontrent d'abord dans une pièce noire* »¹³⁵⁴) et une architecture (le choix du « *nombre de participants* »¹³⁵⁵ et du « *découpage en six épisodes* »¹³⁵⁶) banals. La protection par le droit d'auteur sera également refusée au format d'une émission de télé-réalité dont les caractéristiques choisies sont « *intrinsèquement liées au genre de la télé-réalité d'enfermement et [correspondent] aux codes usuels de la profession en ce domaine* »¹³⁵⁷.

Le format d'une émission de météo échappera pour sa part à la protection en ce qu'il sera « *insuffisamment précis quant au « mode d'emploi » permettant de détailler la forme des futures émissions* »¹³⁵⁸. En clair, les éléments présentés comme essentiels¹³⁵⁹ par ce document

¹³⁵³ B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2011, citant *TGI Paris, réf., 21 mai 2010, Sté Talpa Content BV et al. c/ SAS Endemol France et al. : Légipresse 2010, n° 273, I, p. 65.*

¹³⁵⁴ *TGI Paris, réf., 21 mai 2010, Sté Talpa Content BV et al. c/ SAS Endemol France et al. : Légipresse 2010, n° 273, I, p. 65.*

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ *Cass. com. 26 nov. 2013, Dilemme*, cité par B. Montels, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁵⁸ B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2017, citant *TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 17 nov. 2016, n° 14/03954, Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ Sté Enibas Productions et SA France Télévision s, inédit.*

¹³⁵⁹ A savoir : « *Que plus précisément les sociétés appelantes indiquent que ce format d'émission constitue un cadre, lequel est constitué des éléments suivants : - une courte préséquence (avant le générique) présentée par les animateurs, - un générique, - le ton humoristique et pédagogique des animateurs, - une alternance de trois types de séquences, à savoir : - des séquences en direct filmant les animateurs sur un plateau, - des séquences en différé constituées de reportages sur les phénomènes météorologiques, - des séquences en direct et régulières de construction d'une carte virtuelle du temps à l'aide des photographies envoyées par les téléspectateurs, à la demande répétée des animateurs, - ces séquences, qui constituent le fil rouge de l'émission dans la mesure où la carte se construit progressivement du début à la fin de l'émission à l'aide de nombreuses séquences centrées autour de la carte virtuelle, sont elles-mêmes construites selon un cadre précis, à savoir : - une visualisation de la carte dans son ensemble, - une insertion des photographies sur la carte, - la mise en exergue des plus belles ou intéressantes photographies, commentées par les animateurs* », *CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1er juin 2018, n° 17/00610, Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ SAS Enibas Productions et SA France Télévisions : RTD com. 2018, p. 673, obs. F. Pollaud-Dulian.*

et susceptibles d'être reproduits par la suite dans le cadre d'une série d'émissions sont tout simplement dénués de toute originalité, notamment en ce qu'ils ne sont que des « *principes généraux d'un format qui pourrait s'appliquer à de nombreuses émissions de télévisions*¹³⁶⁰ »¹³⁶¹.

Pareille décision sera rendue à propos du « *programme court humoristique avec des personnages récurrents* »¹³⁶² qui « *est un format déjà existant* »¹³⁶³ ou s'agissant encore des caractéristiques du format d'un jeu télévisé qui « *relèvent de traits inhérents à l'ensemble des jeux télévisés et non appropriables à titre privatif, à savoir : un invité, des questions posées aux candidats, des épreuves et l'intervention d'une part de hasard dans la détermination des gagnants* »¹³⁶⁴.

Il en ira encore de même s'agissant du format d'une émission « *mettant en scène des candidats aventuriers pratiquant l'équitation* »¹³⁶⁵, notamment en ce que « *chaque émission se déroule sur un schéma similaire avec des séquences qui se succèdent toujours dans le même ordre : générique du début, résumé de l'épisode précédent, arrivée des cavaliers et rencontre avec le guide, transfert sur les lieux de départ de la randonnée, présentation du pays où se déroule le feuilleton, contact avec les chevaux lors du premier épisode, programme du jour et explications du guide, séquence de déplacement à cheval, épreuve défi, rencontre avec la population locale, découverte et visite, et enfin résumé du prochain épisode* »¹³⁶⁶. Puisque ce format ne traduit qu'un « *simple choix d'un canevas selon un déroulement logique et connu* »¹³⁶⁷, sa reprise n'est donc pas contrefaisante.

*

¹³⁶⁰ Soit concrètement « *une courte préséquence avant le générique présentée par les animateurs, un générique, le ton humoristique et pédagogique des animateurs, une alternance de séquences en direct filmant les animateurs sur un plateau, de séquences en différé constituées de reportages sur les phénomènes météorologiques, et de séquences en direct et régulières de construction d'une carte virtuelle du temps à l'aide des photographies envoyées par les téléspectateurs* », *ibid.*

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 9 juin 2016, n° 14/07855, S. W. et R. N. c/ SARL Caillasse Production et a. , inédit.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ CA Paris, 27 mars 1998, cité par B. Montels, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁶⁵ A. Furlon, « Le dilemme de la protection juridique des formats d'émissions télévisuelles », *Légipresse*, 2013, citant CA Paris Pôle 5 ch 2, 6 avril 2012, RG 11/08768 confirmant TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 25 mars 2011, RG 09/12126.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ *Ibid.*

Dans son commentaire d'une récente affaire judiciaire portée devant la cour d'appel de Paris, Philippe Mouron évoque avec justesse toutes les peines du monde du format audiovisuel à obtenir la protection du droit au titre d'œuvre de l'esprit. Cet auteur admet toutefois que le format audiovisuel est apte à « *attester de l'existence de choix* »¹³⁶⁸. En revanche, « *encore faut-il que [ces choix] soient suffisamment arbitraires et créatifs pour caractériser une quelconque originalité* »¹³⁶⁹. Car, dans le cas contraire, le format audiovisuel est exclu de toute protection en étant « *assimilé à un concept, non protégeable en soi* »¹³⁷⁰. L'étude des choix de l'auteur exprimés dans le format audiovisuel permet dès lors de vérifier si ledit format peut donc être protégé par le droit d'auteur ou non¹³⁷¹. Le juge a ainsi pu admettre la protection de formats audiovisuels, suffisamment détaillés, présentant dès lors des choix libres et créatifs.

Il en ira par exemple ainsi du format de l'émission télévisée *Europa* en ce qu'« *il rassemble les éléments caractéristiques essentiels de l'œuvre future définitive, mettant en évidence ses particularités et son originalité par rapport à l'ensemble des jeux préexistants* »¹³⁷². Les éléments d'espèce reconnus dans leur combinaison comme étant originaux par le juge sont les suivants : « *le thème, le cadre, les décors, l'histoire [...] ; – la règle du jeu établie au travers d'une fiction élaborée et d'un ensemble de personnages ; - la création et l'écriture des différentes épreuves et des textes destinés aux animateurs* »¹³⁷³.

C'est pareillement en dépassant la simple présentation du cadre formel d'une émission de télévision qu'un autre format obtiendra la protection du droit d'auteur. L'originalité sera ainsi reconnue au format d'une « *émission [...] itinérante, rythmée par des déplacements successifs offrant l'occasion de présenter un aspect particulier -activité culturelle, sportive ou travail associatif par exemple- du lieu visité* » permettant de dresser « *un portrait en creux de l'invité* »¹³⁷⁴, notamment en ce que la « *version aboutie du format reste centrée sur le même fil conducteur et que les caractéristiques [invoquées], à savoir l'établissement de passerelles entre les générations et la démonstration d'un « choc des univers », avec un invité de marque qui rencontre des acteurs de la « culture urbaine », subsistent dans l'émission produite et doivent*

¹³⁶⁸ P. Mouron, « Jeu télévisé : la reprise du concept du « décor penché » n'est pas parasitaire, Observations sous Cour d'appel de Paris, p. 5, ch. 11, 3 juillet 2020, n° 18/08464 », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 688.

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ *Paris*, pôle 5, ch. 2, 25 mars 2016, n° 15/05052, *Propriété intellectuelle*, 2016, n° 60, p. 319, obs. J.-M. Bruguière.

¹³⁷² *TASS Paris* 10 juill. 2003, *RIDA* 2004, n° 201, p. 321, cité par B. Montels, *op. cit.*, p. 58.

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ *CA Paris*, pôle 5, ch. 1, 3 oct. 2017, n° 16/05217, *L. C. c/ S. S. et Sté TéléParis*, inédit.

être appréciées dans leur combinaison »¹³⁷⁵. Le fait que ces différents éléments, pris seuls, soient banals¹³⁷⁶, ne change donc rien à l'originalité du format en entier, résultat du choix de combiner l'ensemble de ces choix banals.

Quelques années plus tard, le juge admettra une nouvelle fois la protection d'un format composé d'un certain nombre de caractéristiques, qui, si elles étaient envisagées seules seraient *a priori* jugées banales¹³⁷⁷. C'est donc encore dans leur « *combinaison* »¹³⁷⁸ particulière que le juge va admettre la « *physionomie propre* »¹³⁷⁹ du document préparatoire, donc son originalité.

*

En tout état de cause, et comme nous avons pu le dire à propos du concept et du synopsis, l'importante quantité des choix présentés à la cour ne suffira jamais à caractériser l'originalité du format audiovisuel.

En atteste une jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui, après étude des nombreux choix identifiés par l'auteur d'un format d'émission sur une campagne électorale, va tout simplement considérer que ce dernier n'en a en réalité réalisé presque aucun¹³⁸⁰. Ainsi, si l'originalité

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ « si certains éléments dont il se prévaut -à savoir une émission structurée avec des parties de découverte de la personnalité de l'invité ainsi que des différents aspects de cette culture autour de rencontres et de rubriques- sont des lignes générales qui ne s'écartent pas significativement du fonds commun du magazine culturel abordant des sujets de société avec une dimension interactive », *ibid.*

¹³⁷⁷ « « chroniques sur l'histoire des chansons », « sujets courts d'archives évoquant les artistes », « troupe de l'émission ou invités qui reprennent les chansons d'un artiste référent » », B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2018, citant *TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 20 avr. 2017, n° 15/12330, SARL Degel Prod et D. Lumbroso c/ SAS Carson Prod.*

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ « - que, par-delà la notion de 'campagne électorale' qui ne fait pas l'objet d'une définition alors qu'elle est susceptible de diverses acceptions, le vocabulaire employé, à tout le moins dubitatif, tout comme l'emploi fréquent du mode conditionnel trahissent une absence de choix délibérés : 'il est possible qu'un et un seul membre de la famille (...)', 'une caméra sera placée pendant plusieurs semaines, peut-être durant tout le déroulement de la campagne (...)' ou encore, s'agissant de la rencontre avec un homme politique : 'peut-être celui pour qui ils ont voté, peut-être l'opposant', - que ne sont précisés ni le format de l'émission ni sa durée, la proposition de scission, sommairement évoquée, n'attestant pas d'une option précise pour une forme particulière et révélant même des incertitudes sur son contenu puisqu'en particulier la première partie devrait, selon ce que permet de constater le projet de Monsieur Bertail, être diffusée 'quelques jours avant les élections' mais comporter des réactions 'jusqu'à la veille de l'élection' [...] - que le panel représentatif des familles n'est nullement arrêté puisqu'il peut être, suivant les documents enliassés en 2001 et non point synthétisés, au nombre de sept ou d'une dizaine, pas plus que ne le sont les catégories professionnelles et les diverses zones géographiques dont elles seraient issues, lesquelles ne sont introduites qu'à titre exemplatif, - qu'aucun parti n'est pris sur le nombre de caméras, leur positionnement ou leur caractère caché ou non alors que cela peut avoir un impact sur les 'réactions brutes' que le projet tel que présenté a l'ambition de recueillir, de sorte que le projet reste au stade d'une intention non précisément arrêtée et formalisée, - qu'outre le fait que ne sont pas précisées l'agencement des séquences et leur montage, ainsi que l'objecte la société 2P2L, la progression dramatique n'est présentée que comme ce que Monsieur Bertail 'imagine',

suppose la présence de choix, choisir de ne pas choisir est évidemment insuffisant pour obtenir le bénéfice de la protection du droit d'auteur. Dès lors, l'originalité de la création résultant des choix réalisés implique nécessairement leur fermeté. Il en va de la même manière pour tous les documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle.

2. L'originalité de la bible audiovisuelle

Les mêmes conditions à la protection du droit d'auteur s'appliquent s'agissant de la bible audiovisuelle, laquelle concerne donc plutôt les séries fictionnelles.

Le TGI de Paris accordera ainsi la protection à une bible littéraire et graphique qui est certes construite à partir d'« *éléments connus et récurrents des œuvres audiovisuelles, notamment des dessins animés, comme le voyage dans le temps et l'espace dans une machine qui permet de visiter divers périodes ou épisodes historiques, ou la métamorphose des vêtements en fonction de l'époque, ou encore l'opposition des caractères au sein du binôme des héros* »¹³⁸¹ mais qui est « *combinée avec les caractéristiques graphiques singulières des héros et leur caractère marqué par l'avidité et la volonté de conquête et la bêtise qui en font des personnages repoussoirs* »¹³⁸², ce qui donne *in fine* « *à cet ensemble compris comme une « bible » destinée à servir de matrice à un développement d'une série télévisuelle [...] un caractère propre qui porte l'empreinte de la personnalité des auteurs* »¹³⁸³. La protection par le droit d'auteur sera en l'espèce refusée aux concepts ou idées qui, pris seuls, émaillent le document préparatoire¹³⁸⁴. Elle ne sera accordée que parce que la combinaison de ces concepts et des différentes caractéristiques des personnages (en l'espèce physiques et psychologiques)¹³⁸⁵ se distingue des autres traitant également mais différemment du même thème.

Une bible qui apportera dans plusieurs développements des précisions quant à la saison 1 d'une série de fiction et notamment « *[l]'univers de la série* »¹³⁸⁶, « *les choix et les caractéristiques*

selon ses propres termes (page 9 de ses dernières conclusions) ; », CA Paris, pôle 5, 2e ch., 29 nov. 2013, n° 12/07381, M. B. c/ SAS 2P2L et a., inédit.

¹³⁸¹ B. Montels, *op. cit.*, p. 62, citant TGI Paris, 20 juin 2014, *Les Lapins Crétins*.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ En l'espèce, les caractéristiques qui « *empruntent au fonds commun du dessin animé ou de la bande dessinée* », *ibid.*

¹³⁸⁵ D'ailleurs, la physionomie et les traits des personnages peuvent également permettre de caractériser leur originalité, que l'on soit en présence d'une bible littéraire ou graphique : *Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 juin 2007 - n° 06-10.775 ; CA Paris, 4e ch., sect. A, 25 avr. 2007, A. L. et G. S. c/ SA France 3 et Sté Expand Drama : inédit.*

¹³⁸⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 sept. 2018, n° 17/11020, Z. c/ Y., Sté Futurikon et SACD, inédit.

des personnages »¹³⁸⁷ principaux et secondaires mais aussi la « [c]onstruction d'un épisode »¹³⁸⁸ type, bénéficiera elle aussi de la protection du droit d'auteur¹³⁸⁹.

S'il est donc une nouvelle fois conseillé d'apporter un soin tout particulier à la présentation des caractéristiques permanentes d'une série fictionnelle, y compris celles relatives aux personnages, il est important de rappeler que plus un personnage (ou tout autre élément) sera détaillé dans une bible, plus son auteur sera susceptible de retrouver certaines de ses caractéristiques dans d'autres œuvres de fiction. Forcément, il s'agira la plupart du temps d'éléments banals et non protégés rendant dès lors leur revendication impossible¹³⁹⁰.

En revanche, la reprise du seul « canevas¹³⁹¹ d'une émission »¹³⁹² ne sera pas jugée contrefaisante en ce qu'il propose « aux téléspectateurs une succession de chroniques et de reportages ayant pour thème la voyance, accompagnée d'entretiens avec un invité, agrémentée d'interventions du public, avec pour toile de fond un cas pratique de voyance diffusée simultanément »¹³⁹³. Ce document préparatoire est sans doute nouveau en ce qu'il propose un cadre d'une émission de voyance, mais il ne résulte absolument pas de choix créatifs, puisque ces derniers pourraient s'appliquer de la même manière à une émission de cuisine. L'auteur n'a fait donc que puiser dans le fonds commun, non protégeable pour défaut d'originalité, des documents préparatoires d'émissions télévisées du même genre.

*

En tout état de cause, lorsque les caractéristiques originales de la bible ou du format audiovisuels se retrouvent effectivement dans une série d'émissions télévisuelles ou de fiction, l'auteur du document préparatoire devra être associé aux auteurs des différentes œuvres audiovisuelles alors réalisées.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ La personne qui se contentera de simplement reprendre ces différents éléments pour la rédaction de la bible de la saison 2 de la même série, sans réaliser des choix libres et créatifs, ne pourra donc pas être qualifiée de co-auteur de la bible littéraire de la saison 2, *ibid.*

¹³⁹⁰ Par exemple les caractéristiques physiques ou psychologiques d'un personnage.

¹³⁹¹ Assimilé à une bible audiovisuelle par les juges de l'affaire mais également Armelle Furlon et Benjamin Montels. Il s'agirait selon nous plus exactement d'un format audiovisuel, l'émission n'étant pas de fiction. Cette précision n'influe évidemment en rien sur la banalité du document préparatoire présenté aux juges, A. Foulon « Le dilemme de la protection juridique des formats d'émissions télévisuelles », *Légipresse*, 2013 et B. Montels, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁹² *TGI Paris 3^e ch 2^e Sect, 20 février 2009*, cité par A. Furlon, *ibid.*

¹³⁹³ *Ibid.*

Sous-paragraphe 3 : L'originalité de l'adaptation

Si le Code de la propriété intellectuelle se tait au moment de définir ce qu'il entend par le document préparatoire qu'est l'adaptation audiovisuelle¹³⁹⁴, nous considérerons dans le cadre de cette étude que ce type de création se divise en deux catégories.

Tout d'abord, le document peut porter sur l'adaptation pour l'audiovisuel d'une œuvre d'un tout autre genre. A titre d'exemple, la pièce de théâtre *Roméo et Juliette* a notamment¹³⁹⁵ été adaptée au cinéma par le film *West Side Story*. Evidemment, le fait que l'auteur de l'adaptation s'appuie sur une œuvre première éventuellement protégée par le droit d'auteur¹³⁹⁶ n'est pas exclusif de la protection de ses propres choix, du moment que, de ses derniers, résulte l'empreinte de sa personnalité, ce qui implique que l'adaptation ne se contente pas de reprendre tels quels les éléments de l'œuvre première¹³⁹⁷. Ainsi, « [l]es emprunts nécessaires faits à l'œuvre antérieure n'empêchent donc nullement l'auteur de l'adaptation de marquer celle-ci de son individualité »¹³⁹⁸.

La créativité pourra naître dans le choix de la composition de l'œuvre seconde, dans la sélection de certains éléments de l'œuvre première et leur adaptation à l'écran. Elle saura notamment se révéler lorsque l'adaptation audiovisuelle portera sur des éléments par exemple strictement romanesques, non pensés à l'origine pour ce type de représentation¹³⁹⁹. Le juge ne s'y trompe d'ailleurs pas, lorsqu'il considère, à propos de l'adaptation audiovisuelle d'une pièce de théâtre,

¹³⁹⁴ Article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁹⁵ « Nombre d'œuvres apparaissent ainsi comme des adaptations d'une œuvre antérieure. Prenons l'exemple de *West Side Story* de Robert Wise (1961). Ce film est une adaptation de la comédie musicale éponyme d'Arthur Laurents et Leonard Bernstein (1957), qui, elle-même, est une adaptation de la pièce *Roméo et Juliette* de William Shakespeare (circa 1591), laquelle est aussi une adaptation du poème d'Arthur Brooke, *The Tragical History of Romeo and Juliet* (1562), lequel est issu de différentes versions antérieures de la même histoire », V. Serfaty, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, LexisNexis, 2015, p. 8.

¹³⁹⁶ Le cas échéant, celui-ci devra nécessairement obtenir l'accord du titulaire des droits d'auteur de l'œuvre première.

¹³⁹⁷ B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ Pour illustrer notre propos avec un exemple parlant, prenons l'adaptation audiovisuelle de « l'horreur indicible » du *Mythe de Cthulhu*. Certes, les auteurs des différentes adaptations des nombreux ouvrages de H.P. Lovecraft se sont tous inspirés des monstres de son imagination. Mais, au final, les monstres et autres horreurs que l'on retrouve sur nos écrans sont tout autant tirées de leur propre imaginaire. Ces adaptations devraient donc satisfaire à la condition d'originalité, en tout cas sur ce point : elles résultent en effet de choix libres et créatifs.

que « *le spectacle conçu pour le public du petit écran ne présente pas les mêmes caractères que celui destiné à la projection en salle* »¹⁴⁰⁰.

De manière à présent classique, l'adaptation audiovisuelle d'une œuvre d'un autre genre ne pourra toutefois pas porter uniquement sur les considérations techniques relatives au changement de support pour bénéficier de la protection du droit d'auteur.

Ensuite, le document peut porter sur l'adaptation d'une « *œuvre préexistante appartenant au même genre que l'œuvre nouvelle* »¹⁴⁰¹, soit, en ce qui nous concerne, l'adaptation d'une œuvre audiovisuelle dès l'origine. Cette adaptation est aujourd'hui dénommée sous le terme « *d'origine anglo-saxonne : le 'remake'* »¹⁴⁰² et « *consiste le plus souvent à adapter une œuvre audiovisuelle étrangère aux goûts du public local ou une œuvre audiovisuelle ancienne aux attentes du public contemporain* »¹⁴⁰³. L'objectif de ces adaptations nées dès l'origine du cinéma¹⁴⁰⁴ « *dans l'esprit des financiers* »¹⁴⁰⁵ des studios de cinéma semble donc de « *répondre aux attentes du plus grand nombre* »¹⁴⁰⁶. C'est ce qui aura certainement animé les producteurs du film *Lock Out*, lequel constitue une sorte de *remake* contrefaisant du film *New-York 1997*. Une cession des droits d'auteur aurait donc pu permettre d'éviter ce procès en contrefaçon¹⁴⁰⁷ qui aurait de toute manière dû être anticipé par les juristes composant certainement la société de production *EuropaCorp*. Pareille cession sera indispensable si un auteur souhaite réaliser une suite¹⁴⁰⁸, présenter les événements antérieurs¹⁴⁰⁹ ou encore réutiliser dans une autre histoire certains personnages protégés du premier film¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁰ CA Paris, 31 mai 1988 : RIDA janv. 1989, p. 183 ; D. 1990, jurispr. p. 235, B. Edelman, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁴⁰¹ B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁴⁰² *Ibid.*

¹⁴⁰³ *Ibid.*

¹⁴⁰⁴ « *Il n'est donc guère étonnant que le remake ait fait son apparition dès le petit matin de la cinématographie. En effet, c'est le succès public du Jardinier et le petit espiègle (1895) qui incita les frères Lumière à réaliser en 1896 L'arroseur arrosé. Les premiers remakes américains de films français datent quant à eux des débuts du cinéma parlant, à l'instar de Algiers de J. Cromwell (1938), tiré de Pépé le Moko de J. Duvivier (1937)* », V. Serfaty, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, LexisNexis, 2015, p. 8.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ Que nous étudierons plus tard.

¹⁴⁰⁸ Soit une *sequel*.

¹⁴⁰⁹ Soit un *prequel*.

¹⁴¹⁰ Soit un *spin-off*.

Il est toutefois important de rappeler que ce caractère contrefaisant n'enlève rien à l'originalité présumée¹⁴¹¹ du film *Lock Out*. De même, le fait que la critique reconnaisse souvent davantage de qualités artistiques à l'œuvre première qu'à son *remake*¹⁴¹² est absolument indifférent à la caractérisation de l'originalité des deux créations¹⁴¹³.

L'originalité des documents préparatoires adaptant une œuvre audiovisuelle en un *prequel*, un *sequel* ou un *spin-off* de pure imagination, ne posera ainsi généralement aucune difficulté¹⁴¹⁴. Il pourrait y en avoir davantage s'agissant des *remakes* qui reprennent pour leur part la colonne vertébrale, voire certaines scènes spécifiques, de l'œuvre première¹⁴¹⁵. Toutefois, l'originalité de l'adaptation ne devrait pas faire défaut en cas de modification substantielle de l'œuvre originale, c'est-à-dire lorsque son auteur ne se contente pas de transposer les personnages et leurs péripéties à une autre époque mais qu'il fait preuve de créativité¹⁴¹⁶, sans pour autant dénaturer l'œuvre première¹⁴¹⁷. Dans l'hypothèse où l'adaptation ne serait pas jugée originale, l'œuvre audiovisuelle qui en résultera pourra bien évidemment bénéficier de la protection du droit d'auteur, indépendamment de la protection du texte préparatoire adaptant l'œuvre première.

*

En tout état de cause, l'auteur de l'adaptation d'une précédente œuvre devra nécessairement obtenir l'accord du titulaire des droits d'auteur de l'œuvre adaptée, au risque de se voir reprocher, dans le cas contraire, un acte contrefaisant. L'unique opportunité restera alors pour

¹⁴¹¹ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 29 mai 2015, n° 13/18038.

¹⁴¹² « Toutefois, ce faisant, les studios [qui produisent des remakes] s'exposent au risque de provoquer l'ire de la critique qui n'admet que rarement qu'un remake puisse atteindre le niveau artistique de la première version », V. Serfaty, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴¹³ Le mérite d'une création ne devant pas être pris en compte pour juger de son originalité selon l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴¹⁴ Voir notamment la décision suivante, rendue à propos d'un ouvrage de tarot qui « ne peut être classé dans la catégorie des œuvres de fiction, tels un roman ou une pièce de théâtre, et bénéficier d'une présomption quasi irréfragable d'originalité tant l'auteur d'une telle œuvre est conduit à l'imprégner de sa personnalité » : CA Paris, pôle 5, 2e ch., 29 mai 2015, n° 13/18038.

¹⁴¹⁵ CA Paris, 5-2, 10 juin 2016, no 15/10188, Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.

¹⁴¹⁶ L'exemple le plus probant semble être l'adaptation audiovisuelle de *Roméo et Juliette* par *West Side Story*. Car, certes, l'œuvre cinématographique est construite à partir de la trame scénaristique de la pièce de théâtre. Mais elle va transporter les personnages ainsi que l'action à une époque plus contemporaine, en les agrémentant notamment de nouvelles péripéties et autres personnages. Il en ira de même pour le film *Les Sept Mercenaires*, correct *remake* américain de l'excellent *Les Sept Samourais*.

¹⁴¹⁷ L'auteur de l'œuvre seconde s'expose en effet à une action en justice de la part de l'auteur de l'œuvre première si ce dernier estime que son œuvre a été dénaturée par l'adaptation, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22 juin 2017, 15-28.467 16-11.759, Publié au bulletin*.

le présumé contrefacteur d'arguer l'absence de protection des éléments issus de l'œuvre protégée.

Ce moyen de défense s'avérera particulièrement pertinent si la reprise porte uniquement sur des éléments strictement historiques¹⁴¹⁸. En effet, il est tout à fait possible pour un auteur d'extraire d'une œuvre protégée des éléments factuels, historiques, et ce « *quand bien même certains feraient partie intégrante de la vie de l'auteur* »¹⁴¹⁹.

Il en ira évidemment différemment lorsque la reprise s'étendra également aux « *locutions, figures de style, métaphores* »¹⁴²⁰ ou encore aux « *choix narratifs et descriptifs propres [à l'auteur] qui dépassent la simple relation de faits historique* »¹⁴²¹ lesquels marquent, entre autres, l'originalité de l'œuvre première.

Sous-paragraphe 4 : L'originalité du texte parlé

L'originalité du texte parlé pris en entier, c'est-à-dire des dialogues de l'œuvre audiovisuelle, ne posera généralement pas grande difficulté devant les tribunaux, à l'instar du texte adaptant pour l'audiovisuel une œuvre préexistante ou encore du scénario. L'originalité de ses parties, prises indépendamment les unes des autres, pourrait en revanche être débattue. Il convient cependant de rappeler que d'après l'arrêt *Infopaq*, un simple extrait de onze mots peut parfaitement obtenir la protection du droit d'auteur.

En somme, seule l'étude de la condition d'originalité est donc pertinente afin d'accorder ou non la protection du droit d'auteur à une simple ligne de dialogue. L'affaire n'est pas rédhibitoire¹⁴²².

¹⁴¹⁸ Voir par exemple l'arrêt suivant, qui admet toutefois la contrefaçon de l'adaptation puisque celle-ci fait sienne non seulement des simples « *faits historiques* », mais qu'elle reprend également à son compte les « *choix narratifs et descriptifs* » propres à l'auteur de l'œuvre adaptée, *CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 déc. 2017, n° 13/14419, SA Les éditions de Minuit et a. c/ T. B. et a.*

¹⁴¹⁹ *TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 21 juin 2013, C. R.-C. et a. c/ Sté Native et a., inédit.*

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ *CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 déc. 2017, n° 13/14419, SA Les éditions de Minuit et a. c/ T. B. et a.*

¹⁴²² Par exemple, à propos de l'originalité du vers *Le Soleil a rendez-vous avec la Lune*, tiré de la chanson éponyme de Charles Trenet : « *Considérant que ce vers, écrit par Charles Trenet en 1939, ainsi que l'a pertinemment relevé le tribunal, est un jeu de mots, le terme "rendez-vous" signifiant une rencontre convenue entre deux ou plusieurs personnes ; Que le choix de ce terme, nécessairement ignoré des astres qui n'obéissent qu'à des lois astronomiques, est original pour désigner l'occultation passagère du soleil lorsque la lune passe entre cet astre et la terre ; Que l'expression d'une telle idée porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ; que ce vers bénéficie de la protection du droit d'auteur* », *CA Paris, 4e ch., sect. A, 18 mars 2003, SA Le Figaro c/ SA Éd. Raoul Breton et M. Gauthier : Juris-Data n° 2003-209198.*

*

Quelques précisions sont toutefois à noter, puisque tous les textes de l'œuvre audiovisuelle ne sont pas assurés d'être protégés par le droit d'auteur. Il en ira notamment ainsi pour les textes entendus qui ne résulteront pas d'un document préparatoire, soit les improvisations des artistes-interprètes et leurs spontanéités.

Le juge a pour habitude de ne pas faire preuve de beaucoup de clémence pour les premières qui ne permettent généralement pas à l'artiste-interprète de démontrer un véritable « *apport personnel de sa part à la création du film lui-même* »¹⁴²³ en ce qu'elles sont souvent réalisées « *dans le cadre préétabli d'un des rôles prévus dans le film réalisé selon les directives et les idées* »¹⁴²⁴ du réalisateur¹⁴²⁵. Ainsi, du fait de leur manque de liberté dans le processus créatif, les artistes-interprètes auront bien du mal à obtenir la protection de leurs improvisations. Il en ira souvent de même si l'artiste-interprète participe à l'écriture des dialogues au moment du tournage, et ce pour des raisons similaires¹⁴²⁶.

Il en va pareillement s'agissant des secondes qui concernent généralement les personnes interviewées à l'écran. Ainsi, la personne interviewée qui n'a pas eu « *le droit d'agir ou d'intervenir dans la conception de [l']œuvre* »¹⁴²⁷, qui n'a pas « *donné des directives précises quant au déroulement des interviews* »¹⁴²⁸ et qui n'a pas « *contribué à l'écriture des questions et à leur progression* »¹⁴²⁹ ne pourra obtenir la protection de sa contribution par le droit

¹⁴²³ Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1988, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁴²⁴ TGI Paris, 5 févr. 1981 : RIDA mars 1981, p. 229, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ « Selon la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 16 janvier 1992, cela n'est encore qu'un « procédé de création propre à l'auteur du film, qui demeure cependant seul responsable du choix définitif, même s'il fait intervenir les comédiens dans leur élaboration, au nom d'un choix esthétique et éthique destiné à obtenir plus de vérité dans la réalisation » (CA Paris, 16 janv. 1992, préc. n° 22, l'auteur s'étant en outre inspiré de certaines situations vécues par l'acteur) », *ibid.* Voir, pour une argumentation similaire, J. Ginsburg, P. Sirinelli, « Regards croisés (États-Unis – France) sur le statut d'auteur d'un acteur d'une œuvre audiovisuelle », *Dalloz IP/IT*, 2016 ; la possibilité d'une telle protection n'est toutefois pas définitivement fermée pour les auteurs d'improvisations, notamment musicales, et ce depuis l'affaire *Manitas de Plata*. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 1970, cité par Noémie Enser, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴²⁷ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 6 sept. 2013, n° 11/02303, M.-C. D. et a. c/ Ina et a. [aff. Discorama] : *JurisData* n° 2013-019321

¹⁴²⁸ *Ibid.*

¹⁴²⁹ *Ibid.*

d'auteur. Dans le cas d'espèce, « *l'originalité de l'interview* »¹⁴³⁰ était due à « *la structure et [à] la réalisation [qui] sont le fruit de l'interviewer et du réalisateur* »¹⁴³¹.

De manière générale, et « *[d]ans la mesure où il n'y a pas un scénario avec dialogue ou texte destiné à être dit, qui préexisterait* »¹⁴³², la personne interviewée aura du mal à « *soutenir que les propos tenus devant la caméra [constituent] les dialogues d'un film* »¹⁴³³. Forcément, le juge a parfois pu admettre l'inverse¹⁴³⁴. Cette éventualité devrait toutefois rester exceptionnelle¹⁴³⁵ et ne pourrait *a priori* pas ouvrir à l'interviewé de trop nombreux droits sur l'œuvre audiovisuelle réalisée¹⁴³⁶.

L'affaire est identique en matière de documentaire audiovisuel « *dont l'objet est de filmer la réalité* »¹⁴³⁷, puisque les dialogues de ces derniers « *ne sont pas préalablement conçus pour les besoins de l'œuvre audiovisuelle* »¹⁴³⁸ ¹⁴³⁹.

Elle l'est encore s'agissant des dialogues des participants à des émissions de télé-réalité, notamment en ce que le processus créatif « *implique que l'auteur ait conscience de créer et d'atteindre un résultat. [Et s'agissant des émissions de télé-réalité], les différentes personnes*

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² X. Daverat, P. Helis, *LPA*, 16 août 2004, p. 4.

¹⁴³³ *Ibid.* D'ailleurs, la personne qui va écrire à l'avance les questions n'est pas non plus assurée de pouvoir obtenir la protection du droit d'auteur pour son texte. Il faut en effet que le texte soit original, ce qui ne sera évidemment pas le cas lorsque « *le choix, le contenu, la forme et le ton des questions* » seront jugés banals, *TGI Paris*, 3e ch., 1re sect., 14 sept. 2010, R. L. c/ SA Canal+ et al., aff. *Le vrai journal* : inédit.

¹⁴³⁴ Voir notamment l'arrêt suivant, qui admet la qualité d'auteur à l'interviewer et à l'interviewé : *CE*, 10e et 9e ss-sect., 27 avr. 2011, n° 314577, W. A. c/ Ville Nantes : *JurisData* n° 2011-007003 ; *JCP G* 2011, 872, note J. Antippas ; *RLDI* juin 2011, n° 2373 : « *que l'expression de la pensée de M. Pierre A, dans les réponses qu'il donne à son interlocutrice, revêt un tour suffisamment personnel et une formulation suffisamment originale et créatrice pour répondre aux critères exigés pour lui conférer la qualité de coauteur de l'entretien* » ; ou encore *TGI Paris*, 24 mars 1982 : *JCP G* 1982, II, 19901, G. Bonet.

¹⁴³⁵ « *À notre avis, cette reconnaissance devra demeurer exceptionnelle, car la nature personnelle des réponses est le propre de toute interview et une création se caractérise en principe par une élaboration préalable* », B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2012.

¹⁴³⁶ « *Pour autant, indépendamment des droits que l'interviewé peut invoquer sur les propos qu'il divulgue, [...] il est difficile d'affirmer, sauf circonstances particulières à démontrer, qu'il est coauteur de l'œuvre audiovisuelle réalisée. Il a certes apporté sa participation, mais sans avoir contribué activement à la composition même de cette œuvre audiovisuelle prise en son ensemble* », B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁴³⁷ *Ibid.*

¹⁴³⁸ *Cass. Ire civ.*, 13 nov. 2008, n° 06-16.278, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁴³⁹ B. Montels, *ibid.*

filmées ne suivent pas une ligne directrice et, en dialoguant, elles n'ont pas conscience d'avancer afin de réaliser une œuvre orale de collaboration »¹⁴⁴⁰.

*

Enfin, l'auteur de la traduction du texte parlé¹⁴⁴¹ d'une œuvre audiovisuelle peut parfaitement obtenir la protection par le droit d'auteur de cette dernière, par exemple lorsque le traducteur aura opéré « *un choix entre plusieurs mots possibles et des règles de grammaire et de syntaxe* »¹⁴⁴². Il en ira surtout de la sorte lorsque la traduction se démarquera « *d'une simple traduction littérale en français [...] par une adaptation et une mise en forme originale* »¹⁴⁴³ et que le traducteur aura, par exemple, choisi de « *rester au même niveau de langage des personnages et leur personnalité propre [...] sans que le texte de l'œuvre source l'imposait* »¹⁴⁴⁴, qu'il aura *in fine* recherché « *un certain rythme, une préciosité et une musicalité des phrases employées par le personnage* »¹⁴⁴⁵.

Il en ira donc différemment pour celui qui se limitera à traduire littéralement l'œuvre première, en effectuant dès lors des choix banals¹⁴⁴⁶.

En revanche, et contrairement aux auteurs de l'adaptation, du texte parlé, du scénario et de toutes les autres créations mentionnées à l'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur desdites traductions ne pourra presque jamais être assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle finalement réalisée. En effet, si « *[s]a qualité d'auteur n'est pas [toujours] contestée, car son rôle consiste à traduire les dialogues dans une autre langue de manière à ce qu'ils restent toujours synchronisés avec le jeu des interprètes* »¹⁴⁴⁷, cette qualité porte uniquement « *sur sa contribution personnelle, ce qui n'en fait pas un coauteur de l'œuvre*

¹⁴⁴⁰ C. Caron, *Propriété intellectuelle et Loft Story*, in *De quelques points de rencontre entre le droit et l'émission Loft Story : Comm. com. électr. 2001, chron. 14*, cité par B. Montels, *ibid.* Pareille décision sera encore rendue à propos de la célèbre vidéo *Mets des paillettes dans ma vie, X. !*, dans laquelle l'humoriste s'est contentée « *de saisir l'instant sans avoir ni la volonté ni même la conscience de créer* », *Tribunal judiciaire, Paris, 3e chambre, 2e section, 16 Avril 2021 - n° 19/14555*.

¹⁴⁴¹ Par exemple des sous-titres d'une œuvre audiovisuelle.

¹⁴⁴² C. Caron, « *La qualité d'auteur est d'ordre public !* », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juin 2003.

¹⁴⁴³ *CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 7 juin 2016, n° 15/03475, D. P. et J. L. c/ F. O. et a. , inédit.*

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ *TASS Paris, 8 juill. 2013 ; CA Paris, pôle 5, 1re ch., 2 avr. 2014, n° 13/08803, Sté Éditions Jean-Claude Lattès c/ A. X : JurisData n° 2014-006784 ; RLDI mai 2014, n° 3458*, refusant l'originalité du titre français *Cinquante Nuances de Grey*.

¹⁴⁴⁷ B. Montels, « *Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8)* », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

audiovisuelle »¹⁴⁴⁸. En clair, l'auteur de la traduction des dialogues ne sera pas assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle à moins qu'il ne démontre que, par sa contribution, il a effectivement collaboré avec les autres à la réalisation de l'ensemble protégé.

Sous-paragraphe 5 : L'originalité du scénario audiovisuel

L'originalité du scénario audiovisuel en entier, document préparatoire censé présenter avec plus de précision les contours de l'œuvre audiovisuelle future, n'est presque jamais remise en question devant un juge souvent très accueillant s'agissant des créations de pure imagination¹⁴⁴⁹ résultant des très nombreux choix de leur auteur¹⁴⁵⁰.

Le juge a toutefois eu l'occasion de préciser à maintes reprises quels sont les éléments de ce document qui ne peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur.

Sans remettre en cause l'originalité d'un scénario en entier, le juge a ainsi pu retenir qu'« *un enchaînement de la vie courante ou d'éléments annexes qui s'imposaient par la nature du sujet traité, c'est-à-dire l'espionnage* »¹⁴⁵¹, était banal¹⁴⁵². Il en ira de la même manière pour les thèmes relatifs à « *l'homosexualité des fantômes, la découverte progressive d'une maison hantée, la perception des fantômes par un seul des héros* »¹⁴⁵³ qui, combinés, vont pourtant permettre de caractériser l'originalité du scénario qui les intègre¹⁴⁵⁴.

Le juge validera également le scénario d'un auteur qui se contentera d'imiter les choix banals de l'auteur d'un autre scénario, en l'espèce le choix de représenter « *un couple aisé et harmonieux, [des] enfants intelligents, bien insérés socialement et attachés à leurs parents mais*

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁴⁹ *CA Paris, pôle 5, 2e ch., 29 mai 2015, n° 13/18038.*

¹⁴⁵⁰ Par exemple le choix de l'« *agencement [des] thèmes* » du scénario, ou encore le choix « *des intervenants, des lieux et ambiances où ceux-ci se trouvent mis en scène* ». Si ces éléments peuvent être banals s'ils sont envisagés seuls et ne devraient donc pas permettre de sanctionner celui qui les réutilisera dans une autre création, leur combinaison permettra de caractériser l'originalité du scénario en entier, *CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 oct. 2021, n° 19/14879, X. c/ Sté Bonne Pioche Production : inédit.*

¹⁴⁵¹ *Cass. Ire civ., 5 juill. 2006, n° 04-16.687, F-D, Zidi c/ Lambert.*

¹⁴⁵² « *l'investissement du mari dans son travail* », « *personnage qui se fait passer pour un espion pour séduire l'héroïne* », *ibid.*

¹⁴⁵³ B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique n°6*, juin 2012, citant *CA Paris, pôle 5, 2e ch., 10 juin 2011, G. K. c/ SARL Same Player et al.*

¹⁴⁵⁴ Ainsi, c'est parce que le juge va retrouver dans le second scénario les choix relatifs au « *point de vue narratif, [à] l'ordre et [au] découpage des séquences, [aux] personnages, [aux] anecdotes* » de la première œuvre qu'il va pouvoir envisager la nature contrefaisante de la seconde. Ces différents choix permettaient en effet de caractériser « *le travail d'auteur du premier scénariste* », *TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 26 août 2009, Pierre Geller c/ Sté Kasso Inc. Productions et al. : inédit.*

parfaitement ignorants des contingences matérielles »¹⁴⁵⁵, celui d'utiliser dans l'intrigue des « *moyens semblables voire identiques : vêtements dégradés, détérioration de l'alimentation, modification des véhicules ou de leurs conditions d'utilisation, bris des cadeaux faits par les enfants* »¹⁴⁵⁶ voire, tout simplement, le choix d'associer les deux éléments évoqués ci-dessus dans un seul scénario.

Il en ira de même pour le choix¹⁴⁵⁷ de présenter dans un scénario un mari particulièrement investi dans son travail¹⁴⁵⁸, mais aussi pour le choix d'un « *personnage qui se fait passer pour un espion pour séduire l'héroïne* »¹⁴⁵⁹. Ou encore pour le choix de situer l'intrigue d'un scénario audiovisuel « *sur une terre recouverte par les eaux* »¹⁴⁶⁰, celui de présenter des personnages ayant la capacité de « *se métamorphoser* »¹⁴⁶¹ et d'user notamment « *d'un jet de lumière* »¹⁴⁶² afin de combattre le mal.

A l'instar des autres documents préparatoires que nous avons eu l'occasion de citer, c'est donc la banalité des éléments décrits dans un scénario, mais cette fois envisagés seuls, qui va les exclure de toute protection du droit d'auteur¹⁴⁶³. Leur reprise dans un autre scénario sera donc tout à fait licite, du point de vue du droit d'auteur, de même que la reprise d'éléments strictement historiques qui ne sont pas dus à la créativité d'un auteur¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁵⁵ TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 29 juin 2006, C. V. et a. c/ SA Téléma : Légipresse 2006, I, p. 137.

¹⁴⁵⁶ Ibid.

¹⁴⁵⁷ Assimilé par un auteur à de simples idées, pourtant – presque toutes – exprimées : « *Contrairement à l'arrêt cassé, la cour d'appel de renvoi ne devra donc pas se contenter de similitudes qui relèvent soit du domaine des idées (« la crédibilité de l'héroïne », « l'investissement du mari dans son travail », « personnage qui se fait passer pour un espion pour séduire l'héroïne », etc.)* ». Nous rejoignons toutefois l'avis de cet auteur lorsqu'il estime que le fait que l'héroïne soit crédible ne puisse pas être protégé. Mais, selon nous, c'est bien plus pour son défaut d'expression que pour son appartenance au domaine des idées qu'elle doit échapper à la protection. B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2007.

¹⁴⁵⁸ Cass. 1re civ., 5 juill. 2006, n° 04-16.687, F-D, Zidi c/ Lambert : *Juris-Data* n° 2006-03464.

¹⁴⁵⁹ Ibid.

¹⁴⁶⁰ Cass. civ. 1, 30 janvier 2007, n°03-12354.

¹⁴⁶¹ Cour d'appel, Paris, 4e chambre, section B, 8 septembre 2006 – n° 04/12546.

¹⁴⁶² Ibid.

¹⁴⁶³ Par exemple, « *la passion d'un des personnages pour la boxe et les effets de la guerre d'Algérie* », B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2011, citant TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 16 nov. 2010, F. A. et al. c/ R. Bouchared et al., voir également CA Paris, pôle 5, ch. 2, 17 déc. 2021, n° 20/04422, X. et a. c/ SAS Les Productions du Ch'timi et a. : inédit.

¹⁴⁶⁴ « *des éléments biographiques extraits de la réalité qui se trouvent donc dans le domaine public* », TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 26 nov. 2010, Sté Éditions Albin Michel et al. c/ Sté TS Productions et al. ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 déc. 2017, n° 13/14419, SA Les éditions de Minuit et a. c/ T. B. et a.; voir a contrario TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 22 mars 2018, n° 16/12727, SA Les Éditions de l'Atelier c/ T., D., SAS Adama Pictures et a., inédit.

En tout état de cause, il est nécessaire de rappeler que si le choix créatif procède nécessairement d'un certain savoir-faire de l'auteur, la protection ne pourra être accordée à la création résultant uniquement de ce savoir-faire.

La qualité d'auteur sera donc refusée à celui qui aura réalisé un simple travail de relecture et de « *polish* »¹⁴⁶⁵ d'un scénario protégé, à celui qui n'aura effectué qu'un travail de recherche, de compilation et de documentation préalable à l'écriture d'un scénario¹⁴⁶⁶ ou encore à celui dont l'activité sera assimilée par le juge à « *un travail d'enseignement et d'animation avec pour visée d'apprendre à des jeunes à écrire un scénario et à le mettre en film* »¹⁴⁶⁷. Enfin, le juge a eu l'occasion de préciser que « *la seule utilisation par l'auteur d'éléments puisés dans l'expérience vécue par un tiers ne suffit pas à donner à cette personne la qualité de coauteur de l'œuvre, caractérisé par un apport spécifique de création intellectuelle qui ne se conçoit pas sans une forme déterminée, telle que l'écriture pour le scénario* »¹⁴⁶⁸. De la même manière, la qualité de coauteur du scénario sera refusée à celui « *qui a vu quelques épisodes de sa vie et de ses souvenirs repris dans un film car 'les observations d'ordre minimum qu'il a formulées après la lecture des scénarios qui lui avaient été soumis ne sauraient constituer une participation intellectuelle suffisante à leur rédaction* »¹⁴⁶⁹ ¹⁴⁷⁰.

*

Les auteurs des documents préparatoires que sont le scénario, l'adaptation et le texte parlé bénéficient tous d'une présomption de qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle réalisée. Cette présomption étant réfragable, elle devra, lorsque le besoin s'en fait ressentir – par exemple lors d'un procès – nécessairement être prouvée par celui qui la revendique. L'unique solution sera alors pour cette personne de prouver qu'elle a effectivement contribué à la réalisation de l'œuvre audiovisuelle et que sa contribution résulte bien de ses choix libres et créatifs, ce qui pourra s'avérer compliqué lorsque plusieurs auteurs auront participé à la réalisation du

¹⁴⁶⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 sept. 2018, n° 17/11020, Z. c/ Y., Sté Futurikon et SACD.

¹⁴⁶⁶ Cass. civ. 1re, 5 octobre 1994, Bonnet c/ Joyeux.

¹⁴⁶⁷ CA Paris, pôle 6, ch. 12, 19 oct. 2017, n° S 14/04033, N. Z. c/ CPAM 91 et a.

¹⁴⁶⁸ CA Paris, 16 janv. 1992 : RIDA févr. 1992, p. 204 ; LPA 10 juill. 1992, p. 9, Ch. Gavalda, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁴⁶⁹ TGI Paris, 15 janv. 2003, J. Devaivre c/ B. Tavernier et J. Cosmos : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 22, Ch. Caron, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁴⁷⁰ B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

document préparatoire litigieux¹⁴⁷¹. Dans le cas contraire, elle pourrait tout à fait échapper à la qualité d'auteur dont elle est présumée bénéficiaire¹⁴⁷².

Chapitre 2 : La condition d'originalité appliquée aux créations audiovisuelles

Si la condition européenne relative à l'expression ne devrait généralement poser aucune difficulté aux créations audiovisuelles, il appartient encore à ces dernières d'être originales afin d'obtenir le bénéfice de la protection du droit d'auteur. L'étude de la condition d'originalité appliquée à la création audiovisuelle en tant que telle sera simplifiée par la segmentation de cette dernière en deux catégories distinctes : la création audiovisuelle « traditionnelle » d'abord, la création de la « petite monnaie » audiovisuelle ensuite.

L'analyse de la première des deux est particulièrement intéressante en ce qu'elle implique souvent la collaboration d'une multitude d'auteurs potentiels. Dès lors, chaque participant à la réalisation d'une création audiovisuelle qui souhaite être identifié comme étant auteur ou co-auteur de ladite création devra prouver qu'il a, d'une part, effectué des choix, d'autre part, que ses choix satisfassent bien à la double exigence de liberté et de créativité (Section 1).

L'analyse de la seconde nous révélera que si l'originalité d'une émission de télévision semble souvent pouvoir être admise, elle devrait davantage être discutée s'agissant de toutes les autres créations qui circulent aujourd'hui sur internet (Section 2).

Section 1 : L'originalité de l'œuvre audiovisuelle traditionnelle

A l'instar du scénario audiovisuel envisagé en entier, dont l'originalité n'est à notre connaissance jamais remise en question devant le juge, la difficulté ne portera *a priori* pas sur l'accession à la protection de la création audiovisuelle dite « traditionnelle ». Sa qualification d'œuvre de l'esprit n'est donc bien souvent pas contestée, à l'instar de celle de l'œuvre cinématographique. Il reste cependant intéressant de vérifier quels sont les éléments identifiés et utilisés par le juge afin de caractériser l'originalité de l'œuvre cinématographique tout entière. Nous verrons ainsi que la protection du droit d'auteur pourra notamment naître du choix de combiner certains éléments pourtant banals s'ils sont envisagés seuls (Paragraphe 1).

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

¹⁴⁷² *CA Paris, 31 mai 1988 : RIDA janv. 1989, p. 183 ; D. 1990, jurispr. p. 235, B. Edelman.*

Cela étant dit, la sévérité du juge se révélera au moment de vérifier la protection par le droit d'auteur de certains des nombreux éléments qui composent l'œuvre audiovisuelle et qui, malgré les revendications de leurs créateurs, échapperont parfois à la protection pour défaut d'originalité. La grande majorité des jurisprudences traitant de la condition d'originalité à propos des œuvres audiovisuelles « traditionnelles », y compris cinématographiques, concernent naturellement les nombreuses prétentions de ces participants (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'originalité de l'œuvre cinématographique entière

L'œuvre cinématographique peut être définie comme étant l'œuvre audiovisuelle¹⁴⁷³ « destinée à être projetée dans une salle de cinéma »¹⁴⁷⁴, soit celle qui aura fait l'objet d'un visa permettant son exploitation dans les salles obscures ou encore celle qui n'a pas « obtenu ce visa mais qui [a] fait l'objet d'une exploitation cinématographique commerciale dans [son] pays d'origine »¹⁴⁷⁵. De manière plus romantique, on peut également considérer que « [l]'œuvre cinématographique est une succession de scènes artistiquement reproduites, [qui] se passent en des temps et lieux différents, présentées au spectateur sous un angle de vue et dans un rythme immuables, imposés par l'auteur qui s'exprime par leur moyen »¹⁴⁷⁶.

Si les jurisprudences s'intéressant à l'originalité de l'œuvre cinématographique sont rares¹⁴⁷⁷, l'étude du célèbre arrêt *Lock Out c/ New-York 1997*¹⁴⁷⁸ nous permettra notamment de prendre connaissance des différents éléments qui pourront faire l'originalité de l'œuvre cinématographique en entier, dont la protection peut s'étendre bien au-delà de la seule reprise servile des éléments qui la composent.

¹⁴⁷³ Soit une œuvre « consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non », article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁷⁴ B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *LexisNexis*, 2016.

¹⁴⁷⁵ Décret n°90-66 du 17 janvier 1990 fixant les principes généraux concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision, cité par B. Montels, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁷⁶ A. Ruzkowski, *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur (étude de droit français, de droit comparé et des conventions internationales)*, Thèse, Université de Lille, Faculté de droit, 1935, p. 116.

¹⁴⁷⁷ L'affaire est parfaitement résumée par Benjamin Montels, qui s'exprime en ces termes : « [e]n matière cinématographique, la question [de l'originalité] ne s'est que rarement posée : même brève, comme un court-métrage, l'œuvre cinématographique présente généralement un caractère original », B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *LexisNexis*, 2016.

¹⁴⁷⁸ *CA Paris, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

Dans cet arrêt¹⁴⁷⁹, « *la Cour d'appel de Paris a [...] jeté un pavé dans la mare cinématographique française* »¹⁴⁸⁰ en exposant aux yeux de tous les dérives artistiques de l'un de ses plus éminents représentants à l'international. Cette affaire, qui opposait notamment Luc Besson, producteur et scénariste du film *Lock Out* à John Carpenter, réalisateur¹⁴⁸¹ du film *New-York 1997*, a vu le premier être condamné pour la contrefaçon de l'œuvre du second.

Pour caractériser cette contrefaçon, le juge n'a pas eu à se pencher sur l'originalité de l'œuvre cinématographique *New-York 1997*, celle-ci n'ayant pas été remise en question par les appelants¹⁴⁸². Afin d'éviter d'être condamnés pour contrefaçon, ces derniers se sont au contraire tournés vers les concepts d'idée et de forme. Certes, l'œuvre cinématographique *Lock Out* s'inspire bien, et ce à plusieurs reprises, du film *New-York 1997*. Mais cette inspiration ne porterait – selon les appelants – que sur des concepts, soit finalement des idées, insusceptibles d'être protégés. Dès lors, le film *Lock Out* ne devrait pas être jugé contrefaisant¹⁴⁸³ en ce que les caractéristiques du premier film reprises dans le second ne seraient tout simplement pas protégées¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ K. Disdier-Mikus, G. Debieesse, « Contrefaçon et cinéma : la Cour d'appel de Paris confirme la contrefaçon des droits d'auteur d'une œuvre cinématographique », *Dalloz IP/IT*, 2016.

¹⁴⁸¹ Et producteur, scénariste, compositeur, acteur...

¹⁴⁸² Elle est d'ailleurs admise par les appelants eux-mêmes : « *les appelants font valoir que la contrefaçon n'est établie que dans la mesure où sont contrefaits en tout ou en partie les éléments caractéristiques dont l'œuvre première tire son originalité* », *CA Paris*, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

¹⁴⁸³ Voici l'une des demandes des appelants : « *à titre principal, de dire qu'ils n'ont commis aucun acte de contrefaçon à l'encontre des intimés et de les débouter de l'ensemble de leurs demandes* », *CA Paris*, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

¹⁴⁸⁴ Certaines des caractéristiques du film *New-York 1997* se retrouveraient par exemple dans d'autres films antérieurs : « *les appelants contestent l'originalité des caractéristiques dont excipent les intimés en leur opposant deux œuvres antérieures, à savoir les films « Rio Bravo » d'Howard Hawks (diffusé en 1959) et « Mad Max » de George M. (diffusé en 1979) [...] à savoir, selon eux [pour « Rio Bravo »] : un héros (le shérif) encerclé dans une ville avec son prisonnier que des malfrats veulent lyncher / un héros se réfugiant dans la prison avec son otage en attendant les secours / un héros se nommant Duke alors que Duke est le nom du chef des preneurs d'otage de « New-York 1997 » [...] à savoir [pour « Mad Max »] : une situation de chaos social / la présence de dangereux délinquants / un héros athlétique, rebelle et cynique / un héros en quête de vengeance* ». La créativité ferait donc défaut à ces caractéristiques qui échapperaient ainsi à toute protection. Et si le juge a raison d'expliquer aux appelants les faiblesses de leur argumentation (s'agissant par exemple de la comparaison avec le film *Rio Bravo* : « *il ne peut qu'être considéré que les trois éléments mis en avant par les appelants, ceci afin de démontrer que les caractéristiques essentielles du film « New-York 1997 » dont se prévalent les intimés ne sont, en réalité, que des reprises de ce western, portent le flanc à la critique dans leur présentation-même, comme observé par les intimés, puisqu'il n'est pas question de lynchage du prisonnier par les malfrats mais de sa libération par son frère et ses hommes et que le shérif, qui ne s'appelle pas Duke mais John, ne se retrouve pas « prisonnier avec son otage » mais fait assurer la surveillance du meurtrier par un tiers dans l'attente de son transfert* »), il faut bien préciser que l'originalité de *New-York 1997* ne se détermine pas d'après ces quelques thèmes non protégés, *CA Paris*, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

Le juge va retenir une toute autre analyse, en reprenant point par point l'argumentation des appelants, nous offrant *in fine* un bon aperçu des différents éléments participants à l'originalité de toute œuvre cinématographique.

*

Afin de caractériser l'originalité de l'œuvre première, partant, la contrefaçon de la seconde, le juge ne va pas s'intéresser aux nombreux « *éléments ponctuels* »¹⁴⁸⁵ traités différemment par les deux œuvres, mais plutôt sur « *l'évolution de leur trame générale* »¹⁴⁸⁶. Les éléments isolés d'une œuvre cinématographique, forcément banals, seront donc indifférents à la caractérisation de l'originalité de l'œuvre entière¹⁴⁸⁷.

Ce qui sera toutefois retenu pour déterminer l'originalité de l'œuvre première, c'est que l'action se déroule « *dans une unité de temps et de lieu* »¹⁴⁸⁸ (« *une journée* »¹⁴⁸⁹ et « *un lieu de détention particulièrement inhumain* »¹⁴⁹⁰), qu'elle est marquée par un « *dilemme* »¹⁴⁹¹ (« *la libération de la personne du Président des États-Unis* »¹⁴⁹²) et résolue par l'« *envoi d'un homme seul* »¹⁴⁹³, le héros. Celui-ci n'accepte sa mission que dans un second temps, contraint par l'injection dans son corps de capsules explosives qui s'activeront s'il ne réussit pas sa mission dans le temps imparti (24 heures). S'ensuivent ensuite un certain nombre de péripéties (le héros souhaite notamment « *abandonner [sa] mission dont les circonstances [lui] font croire qu'elle est désormais vaine (mort prétendue du Président [...])* »¹⁴⁹⁴, il est confronté aux preneurs d'otage puis doit récupérer une mallette « *au contenu stratégique* »¹⁴⁹⁵ tout en étant accompagné d'un personnage féminin). Finalement, le héros ne parvient pas à prendre « *la fuite selon les moyens initialement prévus* »¹⁴⁹⁶ mais obtient toutefois « *l'opportunité de fuir avec l'otage* »¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*

¹⁴⁸⁷ « *Que l'examen de la contrefaçon doit, toutefois, porter non point sur chacune de ces scènes prises isolément mais sur la combinaison choisie par le réalisateur du film et qui lui est propre* », *ibid.*

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*

L'histoire s'achève alors que le héros a conservé avec lui « *les secrets enfermés* »¹⁴⁹⁸ dans la mallette.

Le tribunal s'intéresse ensuite au « *traitement cinématographique* »¹⁴⁹⁹ de la trame scénaristique évoquée ci-dessus. Ainsi, le film *New-York 1997* est en « *quasi-permanence [filmé] dans l'obscurité* »¹⁵⁰⁰. En outre, le montage de l'œuvre cinématographique présente en alternance « *des scènes montrant le déroulement de la prise d'otage et [du] suivi opérationnel* »¹⁵⁰¹.

S'agissant du héros, personnage principal de *New-York 1997*, le tribunal expose que celui-ci bénéficie d'une « *silhouette athlétique agrémentée d'un tatouage* »¹⁵⁰², qu'il est cynique mais pas dénué d'humour. Celui-ci n'est enfin pas indifférent « *aux sentiments* »¹⁵⁰³, notamment ceux qu'il va éprouver pour « *le personnage féminin de Maggie* »¹⁵⁰⁴.

Pour ce qui est des personnages secondaires cette fois, le juge note que l'otage du film *New-York 1997*, soit le Président des États-Unis, est porteur d'un « *capteur permettant de connaître à distance [son] état physique* »¹⁵⁰⁵ et qu'il est perçu par le personnage de *Snake* comme étant « *particulièrement [privilegié]* »¹⁵⁰⁶. Le juge précise également que les personnages chargés de mener l'opération permettant *in fine* la libération de l'otage ont recours « *à un mensonge relatif aux perspectives de [la survie du personnage principal] (injection de capsules, explosives au bout de 24 heures [...])* »¹⁵⁰⁷. Le chef des rebelles, personnage cruel, finit, pour sa part, poignardé par le héros. Enfin, le tribunal retient à propos du personnage de *Maggie* que celui-ci décide de se sacrifier afin de permettre au héros d'accomplir sa tâche. Le juge précise aussi que la mort de *Maggie* est liée « *avec les dispositifs sécuritaires mis en place* »¹⁵⁰⁸.

Pour finir, le juge expose un certain nombre de « *scènes marquantes dans le déroulement de l'action* »¹⁵⁰⁹ du film *New-York 1997* avant de se pencher sur le message véhiculé par cette

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ *Ibid.*

¹⁵⁰² *Ibid.*

¹⁵⁰³ *Ibid.*

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*

œuvre cinématographique, laquelle est « *une charge à l'encontre de la puissance américaine et dénonce les dérives et failles des détenteurs de l'autorité* »¹⁵¹⁰. Il ajoute également que « *le spectateur [...] ne peut demeurer imperméable* »¹⁵¹¹ à ce message.

*

Tous les éléments évoqués plus haut, qui sont évidemment banals s'ils sont envisagés seuls¹⁵¹², participent ensemble à l'originalité de l'œuvre entière. C'est donc en partie¹⁵¹³ leur combinaison qui va offrir au film *New-York 1997* la protection du droit d'auteur. Or, cette combinaison particulière, originale, va être reprise dans le film *Lock Out*. Plus précisément, c'est l'architecture même du premier film que le juge va retrouver dans le second¹⁵¹⁴.

Souvenons-nous alors de ce qu'a pu dire Ivan Cherpillod¹⁵¹⁵ à propos des œuvres *Roméo et Juliette* et *West Side Story* : ces deux créations sont certes traitées de bien différentes manières, mais elles reposent toutes deux sur une même trame narrative dont la reprise devrait suffire à caractériser le caractère contrefaisant de la seconde. Il nous semble que c'est entre autres ce qu'a retenu le juge en l'espèce, en reconnaissant la contrefaçon du film *New-York 1997* par *Lock Out*.

Partant, est absolument insignifiant le fait que le personnage principal de l'œuvre litigieuse ne se prénomme pas *Snake* mais *Snow*, que l'otage n'est pas la personne du Président des États-Unis mais sa fille ou encore que le personnage principal de l'œuvre première veuille « *sauver sa vie* »¹⁵¹⁶ tandis que celui de la seconde souhaite davantage « *prouver son innocence* »¹⁵¹⁷ : l'originalité de l'œuvre cinématographique ne résidant pas là, il est anecdotique que l'œuvre seconde se distingue de la première sur ces différents points qui sont, pris seuls, éminemment

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² L'alternance entre les scènes montrant la prise d'otage et celles qui montrent son suivi opérationnel, le physique du personnage principal, sa personnalité, la présence d'un personnage féminin, de séquences tournées dans l'obscurité...

¹⁵¹³ En partie seulement puisque les différents éléments présentés par le juge dans cette affaire ne représentent qu'une infime portion des très nombreux choix réalisés par les différents auteurs de l'œuvre cinématographique en entier. Si le juge se contente en l'espèce d'évoquer ceux-là, c'est qu'ils ont été repris dans le film *Lock-Out* et suffisent donc pour caractériser la contrefaçon. Il serait dès lors erroné voire injuste de réduire l'originalité du film *New-York 1997* à ces seuls éléments.

¹⁵¹⁴ La trame du récit, son traitement visuel, les personnages principaux et secondaires, certaines de ses scènes, le message qu'il va véhiculer.

¹⁵¹⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*

¹⁵¹⁶ *CA Paris*, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

¹⁵¹⁷ *Ibid.*

banals. Peu importe ainsi que nous ne soyons pas en présence d'une reprise servile des éléments protégés de l'œuvre première afin de caractériser la contrefaçon.

Pareillement, l'énonciation par les appelants des éléments permettant de caractériser l'originalité de l'œuvre présumée contrefaisante est indifférente pour échapper à la contrefaçon¹⁵¹⁸. En effet, une œuvre peut tout à fait être, dans le même temps, originale et contrefaisante. Et l'originalité de l'œuvre seconde ne peut pas permettre de masquer la reprise des éléments protégés de l'œuvre première¹⁵¹⁹.

Seule importe, en réalité, que la reprise porte sur la combinaison particulière de cet ensemble d'éléments banals qui caractérise en partie l'originalité du film *New-York 1997*, combinaison choisie en collaboration par plusieurs auteurs. Dès lors, « [s]i tous ces éléments isolés constituent des clichés du cinéma, c'est l'accumulation de reprises de scènes marquantes qui amène à retenir la contrefaçon »¹⁵²⁰. S'il est ainsi tout à fait exact de préciser qu'il est *a priori* normal pour deux œuvres cinématographiques portant sur le thème d'une prise d'otage de présenter toutes deux une « alternance des scènes montrant le déroulement de la prise d'otage et le suivi opérationnel »¹⁵²¹ de cette dernière, il est *a posteriori* beaucoup moins évident de justifier de retrouver dans ces deux œuvres non seulement cette alternance banale, mais également la plupart des caractéristiques des personnages et leurs péripéties. La contrefaçon de *New York 1997* par le film *Lock Out* est donc caractérisée.

Pareil raisonnement sera logiquement retenu dans l'affaire opposant le film *Le prix du danger* à *The running man* et dans laquelle le juge va considérer que si « le thème de l'emprise de la télévision sur les esprits développé dans le film 'Le prix du danger' [...] puis dans le film américain 'The running man' [...] n'est pas protégeable »¹⁵²², il en va évidemment différemment pour la combinaison originale des différents éléments banals présents dans la

¹⁵¹⁸ Il n'est donc pas pertinent, en défense d'un procès en contrefaçon, de mentionner les éléments qui font l'originalité de sa propre œuvre. Les références par les appelants à « l'esthétique du jeu vidéo » ou aux « effets spéciaux caractérisant le film *Lock Out* » ne sont donc pas judicieuses, *CA Paris*, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

¹⁵¹⁹ A moins, forcément, que les éléments repris sont tellement modifiés par la suite qu'ils perdent alors toute leur originalité... mais, dans cette situation, la reprise ne porte donc pas sur des éléments originaux et protégés, mais sur des éléments banals, insusceptibles de protection.

¹⁵²⁰ S. Le Cam, « Appréciation de la contrefaçon d'un film », *LEPI*, oct. 2016, p. 3.

¹⁵²¹ *CA Paris*, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

¹⁵²² B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *LexisNexis*, 2016.

première œuvre et retrouvés dans la seconde¹⁵²³. Il en ira encore de même à propos du film *Les dents de la mer*, qui repose certes sur l'idée banale donc non protégeable du « *monstre marin semant la terreur au bord des plages* »¹⁵²⁴ mais dont l'originalité sera notamment caractérisée par « *l'enchaînement des circonstances [et] la description des personnages* »¹⁵²⁵. Le film *La mort au large* reprenant sans autorisation cette même combinaison, il sera donc jugé contrefaisant par le juge¹⁵²⁶.

A l'inverse, si l'on ne reprochait aux auteurs de l'œuvre seconde que la seule reprise de quelques-uns de ces éléments, par exemple le fait que la plupart des scènes du film *Lock Out* aient été tournées dans l'obscurité ou que le personnage se prénomme *Snow* et se trouve doté d'une musculature avantageuse, la contrefaçon ne devrait pas pouvoir être caractérisée par le juge, ces éléments étant, à la manière de l'alternance évoquée plus haut, d'une extrême banalité et ne faisant pas partie d'une combinaison portant l'empreinte de la personnalité de leur auteur¹⁵²⁷. Leur originalité fait donc défaut, à l'instar de la simple idée de réaliser un film « *muet et tourné en noir et blanc* »¹⁵²⁸.

Évidemment, l'absence de contrefaçon devrait également être caractérisée lorsque la reprise portera sur les seuls thèmes de l'œuvre cinématographique ou encore sur ce qu'on appelle les *scènes à faire*, tous deux étant marqués d'une grande banalité.

La protection sera ainsi refusée au thème d'une œuvre cinématographique qui repose sur « *l'idée [exprimée mais non originale] selon laquelle la vie des hommes est conditionnée par un capital temps dont les individus peuvent se servir pour payer quelqu'un ou quelque*

¹⁵²³ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992 : D. 1993, jurispr. p. 193, note X. Daverat, et sur renvoi CA Douai, 20 mai 1996 : RIDA 4/1996, p. 278.

¹⁵²⁴ B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », LexisNexis, 2016.

¹⁵²⁵ *Ibid.*

¹⁵²⁶ CA Paris, 10 déc. 1997 : Cah. dr. auteur 1988, n° 2, p. 31, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁵²⁷ Voir à ce propos l'arrêt suivant, qui démontre que la reprise dans le film *Avatar* de plusieurs éléments banals d'une bande dessinée ne suffit pas à caractériser la contrefaçon : « *Il en est ainsi des similitudes qui existent entre Avatar et la série de bandes dessinées Aquablue, que ce soit quant à l'univers des deux œuvres (l'harmonie entre les humanoïdes et la nature, déjà exploitée dans Dune ou Le Retour du Jedi, l'animal mythique gigantesque que l'on retrouve dans King Kong ou Abyss du même réalisateur), la trame scénaristique (la colonisation par des sociétés privées vue par exemple dans Alien) ou les personnages (la couleur bleue pour un peuple extraterrestre, la musculature et les vêtements de l'héroïne qui relèvent encore du lieu commun)* », B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », Communication Commerce électronique n°6, juin 2016, citant TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 26 juin 2015, n° 11/14132, Sté Guy Delcourt Productions et a. c/ Twentieth Century Fox France Inc., inédit.

¹⁵²⁸ Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1, 24 octobre 2017 – n° 16/07087.

chose en temps »¹⁵²⁹, celui-ci ayant déjà été traité dans d'autres œuvres du même genre¹⁵³⁰. Il en ira de même à propos du thème de « *la lutte contre le mal par l'intermédiaire d'un 'héros' ordinaire qui est entraîné de manière involontaire dans une aventure qui le dépasse* »¹⁵³¹ ou de celui de la « *ville futuriste dans laquelle se meuvent des objets et vaisseaux volants* »¹⁵³², qui est un « *thème fréquent dans la littérature et le cinéma de science-fiction* »¹⁵³³, ou encore des thèmes de la « *chute vertigineuse dans le vide* »¹⁵³⁴ et de « *la fuite dans un conduit d'aération* »¹⁵³⁵.

La notion de *scènes à faire*, issue d'une doctrine américaine¹⁵³⁶, renvoie quant à elle à « *des incidents, des personnages ou des décors qui sont indispensables ou standards dans le traitement pour un sujet donné* »¹⁵³⁷. Il s'agit concrètement de « *scènes qui sont « dictées » par le genre de l'œuvre* »¹⁵³⁸, dont l'« *expression découle nécessairement d'une idée commune* »¹⁵³⁹ et pour lesquelles on ne pourrait donc pas « *revendiquer [la] protection du droit d'auteur* »¹⁵⁴⁰.

S'agissant de ces *scènes à faire*, un tribunal belge a ainsi pu considérer « *que lorsqu'il s'agit de raconter l'histoire d'un requin qui terrorise une ville, l'incrédulité des autorités, l'organisation d'une chasse puis la mort de l'animal 'découle[nt] du thème même des films et du mécanisme romanesque de nombreux films du genre'* »¹⁵⁴¹. Un autre, français, a quant à lui estimé que « *le film 'La balance' ne contrefaisait pas l'ouvrage 'Le grand René' au motif que 'le film n'a en commun avec l'œuvre littéraire que des faits ou scènes imposées par le genre des œuvres en cause'* »¹⁵⁴².

¹⁵²⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 5 juin 2015, n° 14/04378, E. K. c/A. Niccol et a., inédit.

¹⁵³⁰ « *le thème général du temps associé à l'argent, sur lequel il ne revendique aucun droit privatif, est effectivement traité dans les antériorités (« Mandrake », « Time is money », « The price of life », « La carte », « Repens-toi Arlequin », « L'âge de cristal », « Bienvenue à Gattaca » [...])* », *ibid.*

¹⁵³¹ Cour d'appel, Paris, 4e chambre, section B, 8 septembre 2006 – n° 04/12546.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ *Ibid.*

¹⁵³⁴ *Ibid.*

¹⁵³⁵ *Ibid.*

¹⁵³⁶ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹⁵³⁷ *Hoeling c/ Universal city studio Inc.*, 618F. 2d 972 [2nd Cir. 1980], cité par C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹⁵³⁸ C. Bernault, *ibid.*

¹⁵³⁹ P. Kamina, « Principes relatifs à la dichotomie idée/expression et à l'appréciation de la contrefaçon », *Propriété industrielle* n°5, mai 2003.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ TPI Bruxelles, 22 janv. 1988 : RIDA 4/1989, p. 363, cité par C. Bernault, *op. cit.*

¹⁵⁴² CA Paris, 25 sept. 1987 : RIDA 3/1988, p. 107, cité par C. Bernault, *ibid.*

A titre d'exemple, l'idée de faire apparaître à l'image l'explosion d'une vitre en mille morceaux dans un film d'action se passant en milieu urbain ne pourrait donc pas être jugée originale au sens du droit d'auteur puisqu'elle serait finalement imposée par le thème même du film. En revanche, le traitement particulier de ces scènes représentées à l'écran pourrait pour sa part obtenir le bénéfice de la protection. En effet, si le fait de montrer le bris d'une vitre est sans doute « *indispensable* »¹⁵⁴³ aux films dits d'action et échappe du fait de sa banalité à toute revendication, toutes les vitres brisées des œuvres audiovisuelles ne se ressemblent pas. Certaines de ces scènes pourraient donc obtenir la protection du droit d'auteur ce qui permettra à leur auteur d'agir en contrefaçon mais uniquement en cas de reprise servile desdites scènes.

*

Enfin, cette célèbre jurisprudence est un parfait exemple permettant de montrer que l'originalité d'une création, qu'elle soit d'ailleurs cinématographique ou non, peut naître de la combinaison détaillée d'un ensemble d'éléments qui, pris seuls, sont absolument banals. En conséquence, la majorité de ces éléments, privés de la combinaison originale dans laquelle ils sont présentés dans le cadre du film *New-York 1997*, ne devraient pas pouvoir accéder seuls à la protection du droit d'auteur.

Cet arrêt nous offre également une nouvelle illustration des largesses¹⁵⁴⁴ du juge lorsque celui-ci est amené à se pencher sur les contours de la protection d'une création par le droit d'auteur. En effet, le tribunal repose une partie de son argumentation, relative à la condition d'originalité, sur le message véhiculé par l'œuvre *New-York 1997* et repris par le film *Lock Out*. Comme nous avons déjà pu l'affirmer à de nombreuses reprises, un tel message n'est pas strictement identifiable avec précision et objectivité. Pourtant, le juge va l'accueillir en considérant d'une part qu'il participe à l'originalité de l'œuvre entière¹⁵⁴⁵, d'autre part que le spectateur (juge y compris) ne peut que l'identifier clairement¹⁵⁴⁶. Ainsi, une identification suffisamment précise et objective des éléments d'une création semble bien suffire afin que ceux-ci puissent participer à l'originalité de l'œuvre entière.

¹⁵⁴³ *Ibid.*

¹⁵⁴⁴ Bienvenues.

¹⁵⁴⁵ Sans qu'il soit par lui-même original : « *une charge à l'encontre de la puissance américaine et dénonce les dérives et failles des détenteurs de l'autorité, tous éléments auxquels le spectateur [...] ne peut demeurer imperméable* », CA Paris, 5-2, 10 juin 2016, n° 15/10188, Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.

¹⁵⁴⁶ « *le spectateur [...] ne peut demeurer imperméable* », *ibid.*

A l'instar de l'originalité des personnages graphiques, l'originalité de l'œuvre audiovisuelle d'animation entière et en parties accédera sans doute facilement à la protection du droit d'auteur, les choix étant immanents au processus créatif des œuvres d'animation¹⁵⁴⁷.

Il convient à présent de se pencher sur tous les éléments qui, pris individuellement, composent l'œuvre audiovisuelle, y compris cinématographique. Ces derniers font en effet souvent l'objet de revendications, voire de contestations devant le juge, seul habilité à leur conférer la protection du droit d'auteur. En tout état de cause, tous ces éléments sont nécessairement rattachés à au moins un auteur.

Paragraphe 2 : Une originalité présumée par le législateur et protégée par le juge

Si le titre de l'œuvre de l'esprit est une création qui peut tout à fait revendiquer et obtenir la protection du droit d'auteur, il s'avère toutefois que le respect de la condition d'originalité opposera une certaine résistance à cette catégorie de création (Sous-paragraphe 1).

Le Code de la propriété intellectuelle accorde en outre une présomption réfragable de protection par le droit d'auteur d'un certain nombre d'éléments faisant potentiellement partie de chaque œuvre audiovisuelle¹⁵⁴⁸. A ceux-là, il convient d'ajouter les participations d'autres auteurs qui pourront également être protégées par le droit si elles sont jugées originales par le juge (Sous-paragraphe 2).

Une nouvelle fois, la condition d'originalité revêt une importance capitale dans l'identification de ces auteurs potentiels (Sous-paragraphe 3).

Sous-paragraphe 1 : La protection du titre de l'œuvre audiovisuelle

Le concept d'originalité, nullement défini par le législateur français, se retrouve érigé au rang de condition à la protection du droit d'auteur à l'article L.112-4 du Code de la propriété intellectuelle relatif au titre de l'œuvre de l'esprit. Paradoxalement, cette catégorie de création est l'une de celles pour lesquelles la protection du droit d'auteur sera la moins aisée à

¹⁵⁴⁷ V. Serfaty, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, LexisNexis, 2015, p. 36.

¹⁵⁴⁸ Article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle : « *Ont la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre. Sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration : 1° L'auteur du scénario ; 2° L'auteur de l'adaptation ; 3° L'auteur du texte parlé ; 4° L'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre ; 5° Le réalisateur. Lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle* ».

revendiquer par les auteurs¹⁵⁴⁹, et ce notamment en raison de sa « *concision* »¹⁵⁵⁰. Il n'en va pas différemment pour le titre d'une œuvre audiovisuelle.

Nous le savons, la protection du droit d'auteur n'est accordée qu'à la création exprimée, révélant l'empreinte de la personnalité de son auteur au travers des choix libres et créatifs de ce dernier. Or, si le juge de l'Union a déjà eu l'occasion de préciser qu'une phrase composée de onze mots pouvait être protégée par le droit d'auteur¹⁵⁵¹, il nous semble qu'en présence d'un titre, composé *a priori* de beaucoup de moins de mots, la caractérisation de la créativité des choix réalisés sera rendue bien plus ardue, sans qu'elle soit toutefois impossible¹⁵⁵². Il est « *[e]n pratique, [...] plus difficile de découvrir l'originalité dans un mot que dans cent* »¹⁵⁵³, ce qui explique dès lors les réticences du juge à accorder la protection du droit d'auteur à un titre constitué d'un unique mot¹⁵⁵⁴, à moins que ce dernier « *ne résulte d'une création ex nihilo* »¹⁵⁵⁵.

Partant, la protection finalement accordée au titre *Angélique* étonne autant que l'argumentation retenue par le juge pour ce faire, laquelle repose avant tout sur la protection du personnage d'*Angélique*¹⁵⁵⁶. Mais si le personnage d'*Angélique* devait en effet être protégé par le droit

¹⁵⁴⁹ Laure Marino semble d'ailleurs être de notre avis, L. Marino, « Propriété littéraire et artistique – Fasc. 1158 : Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 1^{er} juin 2021 ; il est toutefois à noter que si la protection du droit d'auteur n'est pas accessible au titre, celui-ci pourra toutefois être protégé par le droit des marques ou encore par le régime de droit commun de la responsabilité civile.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, mais également A. Bensamoun, « Fasc. 1134 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 30 novembre 2021.

¹⁵⁵¹ *C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq.*

¹⁵⁵² Sans pour autant que la brièveté du titre soit exclusive de son originalité : « *Certes, l'originalité ne dépend pas de la taille. La brièveté naturelle du titre n'annihile pas, par principe, son originalité* », L. Marino, « Propriété littéraire et artistique – Fasc. 1158 : Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 1^{er} juin 2021.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ « *Louise (T. civ. Seine, 14 mars 1932 : Ann. propr. ind. 1933, p. 172) ; Maïtena (CA Paris, 5 nov. 1935 : Ann. propr. ind. 1937, p. 262) ; Manon, opéra-comique de Massenet (T. civ. Seine, 1er févr. 1949 : D. 1952, p. 749, note H. Desbois ; S. 1953, 2, p. 20) ; Soraya (TGI Seine, 14 oct. 1960 : RTD com. 1961, p. 335, obs. H. Desbois)* », cité par L. Marino, *ibid.*

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, citant à ce propos les titres *Tarzan (T. civ. Seine, 19 janv. 1949 : S. 1949, 2, p. 137, note M. G.), Clochemerle (CA Lyon, 1re ch., 5 juill. 1979 : JCP G 1981, II, 19590, note R. Plaisant ; RIDA oct. 1979, p. 147 ; Ann. propr. ind. 1981, p. 136) et Modulor (CA Paris, 4e ch. B, 4 déc. 1998 : JurisData n° 1998-023629)*.

¹⁵⁵⁶ « Considérant que les premiers juges ont exactement analysé que ce titre correspond à celui d'une "héroïne précise, parfaitement reconnaissable et sur l'identité de laquelle le public ne peut se tromper". qui la distingue, à la date de la création de l'œuvre en 1953, d'autres jeunes femmes antérieurement représentées par le personnage d'"Angélique" du "Georges Dandin" de Molière ou encore par celui du livret d'opéra de Jacques Ibert, alors même que les œuvres de Giono et de Robbe-Grillet ont, pour leur part, fait l'objet d'une divulgation dans le grand public postérieurement à la diffusion des romans de Madame Goloubinoff ; Considérant qu'il s'ensuit que, contrairement à ce qui est allégué par la société appelante, le prénom "Angélique" dont Madame Anne Golon a fait usage pour identifier son œuvre romanesque n'a pas constitué l'emprunt d'un simple matériel linguistique préalablement utilisé par d'autres auteurs pour identifier des œuvres de l'esprit, mais correspond à un personnage distinctif et original, connu et reconnu par ses lecteurs, et donc susceptible d'appropriation au sens de l'article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle », *CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 11 janv. 2001, SARL Colmax c/ SARL Archange international : Juris-Data n° 143817.*

d'auteur, en quoi la protection de la combinaison des différentes caractéristiques dudit personnage influencerait sur celle du prénom *Angélique*, *in fine* du titre du romain éponyme, résolument banal au moment de sa réalisation¹⁵⁵⁷ ? Il nous semble ainsi que la seule reprise du prénom *Angélique* ne devrait donc pas suffire à caractériser un acte contrefaisant, quand bien même le personnage d'*Angélique* serait effectivement protégé.

Toute ceci mis à part, il n'est donc pas rare de voir le juge refuser la protection du droit d'auteur à de nombreux titres jugés banals.

Il en ira ainsi pour le titre du film *L'abominable homme des neiges*, jugé banal car « *avant même le dépôt du scénario, le groupe de mots constituait la dénomination usuelle sous laquelle la presse, notamment, désignait l'animal, non autrement identifié qui, selon d'aucuns, hantait les cimes de l'Himalaya* »¹⁵⁵⁸.

Pareille solution sera retenue pour le titre *Ces chers disparus*, qui « *se contente de reprendre [une] expression commune* »¹⁵⁵⁹, donc banale, pour désigner les personnes décédées. Ce sera toujours en raison de sa banalité que le juge empêchera au titre *Les brigades du tigre* d'accéder à la protection du droit d'auteur, notamment parce que cette dénomination était « *couramment employée pour désigner les brigades mobiles* »¹⁵⁶⁰ désignées dans le film.

Il en ira encore de même pour les titres jugés banals que sont *Le beau Danube bleu*¹⁵⁶¹, *Jeu de massacre*¹⁵⁶², *Education anglaise*¹⁵⁶³, et pour bien d'autres encore¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁷ Notamment en ce que « *les documents mis aux débats montrent que le prénom d'Angélique est un prénom connu sur le territoire français, qu'il a été porté par divers personnages de l'histoire et déjà utilisé dans des œuvres littéraires* », CA Paris, 30 juin 2000 : *JurisData* n° 2000-128116 ; *Comm. com. électr.* 2001, *comm.* 97, *obs. C. Caron*.

¹⁵⁵⁸ *TGI Seine*, 3e ch., 11 juin 1959 : *RTD com.* 1960, p. 844, *obs. H. Desbois* ; *RIDA janv.* 1960, p. 107.

¹⁵⁵⁹ CA Paris, 2 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-024123.

¹⁵⁶⁰ *TGI Paris*, 11 déc. 1996 : *JurisData* n° 1996-046941.

¹⁵⁶¹ CA Paris, 4e ch., 9 janv. 1960, cité par L. Marino, « Propriété littéraire et artistique – Fasc. 1158 : Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 1^{er} juin 2021.

¹⁵⁶² *TGI Paris*, 3e ch., 14 déc. 1970 : *RTD com.* 1972, p. 379, *obs. H. Desbois* ; *RIDA oct.* 1971, p. 93 ; *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 238, *note R. Sarraute*, cité par L. Marino, *ibid.*

¹⁵⁶³ CA Paris, 4e ch. A., 23 janv. 1995 : *JurisData* n° 1995-020042, cité par L. Marino, *ibid.*, : « *l'assemblage du substantif éducation et de l'adjectif anglaise constitue une expression banale et cette expression est courante dans la littérature érotique; par conséquent l'utilisateur de ce titre n'a pas marqué celui-ci de l'empreinte de sa personnalité* ».

¹⁵⁶⁴ « Le 6e continent » (*Cass. Ire civ.*, 13 déc. 1978 : *RIDA* 3/1979, p. 126), « Les maîtres du temps » (*Cass. Ire civ.*, 17 oct. 2000 : *Légipresse* 2001, n° 178, I, p. 6. – *cassant CA Versailles*, 19 mars 1998, n° 95/00007379 : *JurisData* n° 1998-047273 ; *RIDA* 3/1998, p. 270) ou « Fashion television » (*Cass. com.*, 28 janv. 2003 : *RIDA* 2/2003, p. 421), cités par B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *LexisNexis*, 2016 ; *TGI Paris, réf.*, 14 oct. 2008, *Sté de production et Éd. Paul Lederman c/ SAS Cipango et a.* et CA Paris, 14e ch., sect. A, 14 oct. 2008, *Sté de*

*

Il arrivera toutefois au juge d'accorder au contraire le bénéfice de la protection aux titres qui ont permis à leur auteur de réaliser des choix créatifs¹⁵⁶⁵. Evidemment, pour que le titre soit protégé comme œuvre à part entière, son originalité doit *a priori* s'envisager indépendamment de l'œuvre qu'il vient titrer, même si un courant jurisprudentiel tend à remettre en cause ce principe¹⁵⁶⁶. En tout état de cause, il convient, afin d'apprécier l'originalité du titre d'une œuvre audiovisuelle, « *de se placer à la date de création du titre* »¹⁵⁶⁷.

La protection sera notamment accordée pour le titre *Le père Noël est une ordure* qui résulte selon le juge d'une « *association incongrue de termes* »¹⁵⁶⁸ mais aussi pour le titre *Au théâtre ce soir*, « *l'ajout de 'ce soir' à 'Au théâtre' [n'étant] pas nécessaire et ne [pouvant] en rien être considéré comme le reflet d'une situation de fait inéluctable* »¹⁵⁶⁹, donc banale¹⁵⁷⁰.

Il en ira de même pour le titre *L'empreinte de l'ange*, qui « *se caractérise par une forme originale, ramassée, qui renvoie d'ailleurs moins à l'acte lui-même, à savoir l'apposition du doigt de l'ange sur la bouche de l'enfant, qu'à la trace et au souvenir de son passage, par le recours à la métaphore de l'empreinte* »¹⁵⁷¹.

Le juge accordera encore récemment la protection à dix-huit des titres des bandes dessinées des aventures du personnage de Tintin, en raison du fait qu'ils procèdent d'une « *combinaison*

productions et éditions Paul Lederman c/ SAS Cipango et a. : D. 2009, p. 852, note D. Lefranc ; *Légipresse* 2008, n° 257, III, p. 226, note A. Fourlon.

¹⁵⁶⁵ « La cage aux folles » (*CA Paris*, 1er mars 1984) ; « Allô ? T'es où ? » (*TGI Paris*, 16 janv. 2008), cités par B. Montels, *ibid.*

¹⁵⁶⁶ L. Marino, « Propriété littéraire et artistique – Fasc. 1158 : Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 1^{er} juin 2021 ; *TGI Paris*, 3e ch., 2e sect., 4 nov. 2016, n° 16/11158, *Cavanna et al. c/ Sté Riviera Mediainvest* : *JurisData* n° 2016-024344.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

¹⁵⁶⁸ « Or, le père Noël n'est généralement pas associé aux déchets et autres immondices », C. Caron, « Droit d'auteur : « Le père Noël est une ordure » devant les juges », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, avril 2005 à propos de *TGI Paris*, réf., 15 nov. 2004.

¹⁵⁶⁹ *CA Paris*, 4e ch. B, 7 avr. 2006, *SA Panorama c/ SARL LMRL* : *Juris-Data* n° 2006-300719.

¹⁵⁷⁰ On admettra toutefois comme un auteur que l'originalité ici accordée à ce titre « sera relativement faible ». La contrefaçon ne devrait donc pas pouvoir être caractérisée hors reprise servile de ce titre, C. Caron, « Droit d'auteur : un nouveau titre protégé », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, septembre 2006.

¹⁵⁷¹ *CA Paris*, pôle 5, 2e ch., 19 juin 2009, *SA Actes Sud et al. c/ SA Diaphana et al.* : *JurisData* n° 2009-009443, arrêt qui nous propose de surcroît une parfaite illustration des éléments *a priori* subjectifs d'une œuvre qui vont permettre au juge de caractériser l'originalité de cette dernière. En effet, si le recours à la métaphore de l'empreinte permet sans doute de renvoyer au souvenir du passage de l'ange, cette conception n'est pas identifiable de manière strictement précise et objective. En revanche, elle l'est sans doute suffisamment et peut donc être appréhendée par le juge.

insolite de mots »¹⁵⁷² et qu'aucun « *ne résulte d'une expression tirée du langage courant* »¹⁵⁷³ ou « *d'expressions génériques pouvant s'appliquer à n'importe quel album de bande dessinée* »¹⁵⁷⁴.

Sous-paragraphe 2 : Les éléments présumés ou susceptibles d'être protégés dans chaque œuvre audiovisuelle

Outre la protection du titre de l'œuvre de l'esprit, le législateur français a découvert une liste d'éléments présumés protégés par le droit d'auteur au sein de l'œuvre audiovisuelle, tous rattachés à un ou plusieurs auteurs. Si le juge n'a pas toujours eu l'occasion de se pencher sur l'originalité de ces différentes participations, il apparaît très clairement que cette liste d'origine légale n'est pas limitative.

En effet, et comme nous l'a notamment enseigné le juge européen dans son célèbre arrêt *Infopaq*¹⁵⁷⁵, toutes les parties d'une œuvre de l'esprit peuvent être protégées par le droit d'auteur, si tant est qu'elles répondent favorablement aux conditions d'expression et surtout d'originalité.

Il convient de préciser que si toutes ces créations peuvent être rattachées à plusieurs auteurs, elles peuvent évidemment toutes l'être auprès d'un seul.

1. Les présomptions légales mais réfragables de l'article L113-7 du Code de la propriété intellectuelle

L'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle expose notamment que « *[s]ont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration : 1° L'auteur du scénario ; 2° L'auteur de l'adaptation ; 3° L'auteur du texte parlé ; 4° L'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre ; 5° Le réalisateur* »¹⁵⁷⁶. Nous avons déjà eu l'occasion de nous intéresser à l'originalité du scénario audiovisuel, de l'adaptation et du texte parlé, en leur qualité de documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle. Dès lors, il nous reste encore à traiter de l'originalité des autres créations proposées par l'article L.113-7, lesquelles sont toutes « *spécialement*

¹⁵⁷² *TJ Marseille, 1re civ., 17 juin 2021, n° 19/03947.*

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ *C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq.*

¹⁵⁷⁶ Article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle.

réalisées pour l'œuvre »¹⁵⁷⁷ audiovisuelle en tant que telle et sont *a priori* rattachées à un ou plusieurs auteurs.

Il faut ainsi étudier la composition musicale lorsque celle-ci est spécialement réalisée pour une œuvre audiovisuelle particulière et enfin la réalisation audiovisuelle.

a. L'originalité de la composition musicale

Si le compositeur de la création musicale réalisée spécialement pour une œuvre audiovisuelle est justement considéré comme étant l'un des collaborateurs de cette dernière, c'est notamment en ce qu'il aura écrit « *les mélodies en fonction des thèmes et du rythme de l'œuvre, afin qu'elles soient adaptées aux images* »¹⁵⁷⁸. Mais pour que le compositeur obtienne la qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle, sa contribution doit être protégée par le droit d'auteur, donc satisfaire à la condition d'originalité.

Afin de savoir si une création musicale est, ou non, originale, il convient tout d'abord de revenir sur la distinction tripartite que la doctrine¹⁵⁷⁹, Henri Desbois en tête¹⁵⁸⁰, opère traditionnellement s'agissant de la plupart des créations musicales. Celles-ci se décomposent ainsi en trois principaux éléments : la mélodie, l'harmonie et enfin le rythme.

Selon Henri Desbois, « *la mélodie est l'émission d'un nombre indéterminé de sons successifs : c'est ce que l'homme de la rue appelle 'l'air', le thème sur lequel s'édifie la composition musicale* »¹⁵⁸¹. La mélodie correspond ainsi à l'organisation structurée d'un ensemble de sons et se distingue de par le fait du simple son indépendant et solitaire, échappant bien souvent à la protection du droit d'auteur. Elle constitue donc le corps et le cœur de la création musicale et bénéficie dès lors bien souvent de la qualité d'œuvre¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁵⁷⁹ Et désormais la jurisprudence : « *Considérant en réalité que l'originalité d'une œuvre musicale peut se révéler dans sa mélodie (c'est-à-dire le canevas général de l'œuvre) dès lors que cet air est identifiable (peu important son mérite ou sa destination) ; que l'harmonie (émission simultanée d'accords) et le rythme (cadence de l'œuvre) juxtaposés entre eux ou à la mélodie peuvent également être protégeables* », *Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1, 15 mars 2016 – n° 14/17749*.

¹⁵⁸⁰ H. Desbois, *op. cit.*, n° 106.

¹⁵⁸¹ H. Desbois, *op. cit.*, cité par A.-E. Kahn, « Fasc. 1138 : Objet du droit d'auteur – Notion d'œuvre musicale (CPI, art. L.112-2) », *LexisNexis*, 14 septembre 2013.

¹⁵⁸² A.-E. Kahn, *ibid.*

L'harmonie s'identifie pour sa part comme étant le « *résultat de l'émission simultanée de plusieurs sons différents d'accords* »¹⁵⁸³. Si la mélodie est le fil rouge de la musique, l'harmonie en est donc la machine à tisser et regroupe ainsi l'ensemble des sons permettant à la mélodie d'enrichir sa substance. L'harmonie n'étant pas « *l'élément déterminant de l'œuvre musicale* »¹⁵⁸⁴ au contraire de la mélodie, celle-ci aura plus de mal à se voir protéger par le droit d'auteur, notamment en raison de sa banalité. De nombreuses jurisprudences l'attestent¹⁵⁸⁵.

Le rythme est l'élément qui va servir, précisément, à rythmer l'œuvre. Il permet notamment « *de déterminer la durée des notes (ou des sons) les unes par rapport aux autres* »¹⁵⁸⁶ et a été défini comme étant la « *sensation déterminée par les rapports de durée relative, soit de différents sons consécutifs, soit des diverses répercussions ou répétitions d'un même son ou d'un même bruit* »¹⁵⁸⁷.

A l'instar de l'harmonie, le rythme n'est généralement pas un élément central de la composition musicale. Du fait de sa banalité lorsqu'il est envisagé seul¹⁵⁸⁸, il n'acquiert bien souvent pas la protection du droit d'auteur¹⁵⁸⁹.

Cela étant dit, l'ensemble de la composition musicale spécialement réalisée pour une œuvre audiovisuelle particulière et ainsi formée d'une mélodie, d'une harmonie et d'un rythme jouira à n'en pas douter d'une originalité quasi-certaine¹⁵⁹⁰. Il est d'ailleurs à noter que le juge est

¹⁵⁸³ H. Desbois, *op. cit.*, cité par A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁸⁴ A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁸⁵ CA Paris, 21 févr. 1996 : RIDA 3/1996, p. 231, obs. Kéréver ; Cass. Ire civ., 11 juin 2009, n° 08-15.749, Yang c/ Sté Automobiles Peugeot et a., cités par A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁸⁶ A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁸⁷ P. Dunant, *Du droit des compositeurs de musique*, thèse, Genève, 1892, p. 47, cité par A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁸⁸ « *Il est vrai que les œuvres qui s'inscrivent dans un même courant ou genre musical, emploient un rythme identique, avec une accentuation particulière, sorte de dénominateur commun, qui en est justement la caractéristique et qui doit rester inappropriable (par exemple le rythme ternaire de la valse, le rythme à quatre temps très marqué du tango, ou les rythmes binaires du rap avec des temps fortement scandés). Même lorsque le rythme renvoie dans l'esprit du public à une œuvre déterminée, il ne peut y avoir de protection de ce seul élément pris isolément lorsqu'il relève d'un genre ou d'une influence culturelle (l'on songe par exemple au célèbre Boléro de Ravel qui se fonde rythmiquement sur une séquence très courte de rythme hispanisant répétée en boucle durant la totalité du morceau). La plupart du temps, il n'y aura donc pas contrefaçon par la simple reprise du rythme d'une œuvre, même similaire, faute d'originalité* », A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁸⁹ « *CA Paris, Ire ch., 25 avr. 1972, Emer et Sté éd. Max Eschig c/ Sarl éd. Jacques Plante et a. : RIDA 3/1972, p. 222, pour la reprise d'un rythme caractéristique du folklore antillais. – V. aussi, T. com. Nanterre, 25 juin 1996, préc. n° 9, qui a refusé, concernant le groupe des Tambours du Bronx, la protection d'une musique consistant à frapper sur des tonneaux avec un maillet selon un rythme indiqué par l'auteur. Les juges ont relevé l'absence d'originalité du seul rythme, le groupe s'inspirant des Tambours du Burundi* », A.-E. Kahn, *ibid.*

¹⁵⁹⁰ « *Le caractère protégeable de la composition dans son ensemble résidera dans cette combinaison d'éléments qui ne sont pas toujours originaux en eux-mêmes ou qui relèvent du fonds commun de la création dans lequel chacun peut puiser des matériaux sonores sans pour autant se les approprier* », *ibid.*

particulièrement conciliant en la matière, y compris pour des compositions musicales dont la créativité ne saute *a priori* pas aux yeux¹⁵⁹¹.

La cour d'appel de Paris a ainsi eu l'occasion d'accorder la protection du droit d'auteur à la musique d'ambiance dite « *lounge* »¹⁵⁹² d'une création pornographique, notamment en ce que la composition musicale présente « *une mélodie originale dans les choix arbitraires et personnels de [l'auteur] tels qu'objectivés*¹⁵⁹³ par [un expert] du fait du plan des différentes parties composant cette œuvre (introduction, deux parties avec un premier motif d'abord au piano puis repris sans cet instrument, et un deuxième motif doublé aux cordes) à laquelle l'auteur a juxtaposé une boucle rythmique personnelle (nappes de sons synthétiques, guitare basse, coup de cymbale, batterie, chœur synthétique, motif rythmique à la trompette bouchée) et une harmonie résultant également de choix esthétiques et arbitraires (accords de neuvième répétés, accords de septième similaires aux accords de l'introduction, plaqués au piano) »¹⁵⁹⁴. Le juge considèrera en outre que cette création musicale « *est bien identifiable par rapport aux autres œuvres du genre musical lounge* »¹⁵⁹⁵. En conséquence, il en conclut fort logiquement que « *l'ensemble de ces choix esthétiques et arbitraires est ainsi le résultat d'une création*

¹⁵⁹¹ « Depuis de nombreuses années déjà, les tribunaux n'hésitent pas à considérer que la condition d'originalité d'une œuvre, condition essentielle pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, est remplie toutes les fois qu'il est possible de constater qu'il n'existe aucune antériorité musicale (TGI Paris, 3e ch., 2 juin 1987, Apache Collection c/ Jingle Production : Cah. dr. auteur févr. 1988, p. 28. – TGI Paris, 3e ch., 29 juin 1987, V. Sanson c/ R. Palmer : Cah. dr. auteur févr. 1988, p. 29. – TGI Paris, 9 janv. 1970, préc. n° 23, qui relève que "les défenseurs contestent l'originalité des chansons prétendument contrefaites, mais s'abstiennent de produire aucun élément et, notamment aucune antériorité à l'appui de leurs prétentions". – CA Paris, 4e ch., 19 nov. 1985, préc. n° 19) », *ibid.*

¹⁵⁹² Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1, 15 mars 2016 – n° 14/17749.

¹⁵⁹³ « Que cette musique est structurée de la façon suivante : en introduction une boucle rythmique d'une mesure avec des nappes de sons synthétiques effectuant des accords de 9ème répétées à la carrure, la basse (guitare basse) entrant à la deuxième carrure de huit mesures en même temps qu'un coup de cymbale amorçant l'ajout d'une autre boucle (batterie), un chœur monodique (synthétique) entrant à la troisième carrure ; une partie A caractérisée par une mélodie au piano (1er motif) suivie d'une carrure identique sans le piano, un 2ème motif apparaissant à la carrure suivante, doublé aux cordes (nappes) à la neuvième mesure et se poursuivant avec une troisième carrure, cette partie se terminant avec deux carrures où le piano plaque des accords de 7ème similaires aux accords de l'introduction, plus une tenue aux cordes, avec un timbre plus marqué ; une partie B caractérisée par un motif rythmique à la trompette bouchée (croches et syncopettes) durant une carrure, la partie précédente étant intégralement reprise et le morceau se terminant par un fondu (long fade out) », *ibid.*

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ *Ibid.* Il nous semble que le juge ne se limite en l'espèce pas à la seule identification de la composition musicale litigieuse, identification qui ne pose comme bien souvent aucune difficulté particulière. Ainsi, lorsqu'il évoque les « autres œuvres du genre musical lounge », cette référence permet à notre avis au juge de caractériser l'absence de banalité de la composition identifiée, soit sa créativité. Et puisque celle-ci est identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité et qu'elle est originale en ce qu'elle résulte de choix libres et créatifs, cette composition musicale doit bénéficier de la protection du droit d'auteur.

intellectuelle propre à son auteur permettant à celui-ci d'exprimer son esprit créateur de manière originale »¹⁵⁹⁶.

En tout état de cause, la solution aurait donc pu être différente si l'on avait envisagé séparément mélodie, harmonie et rythme. Et il arrivera quelques fois que même prise dans son ensemble, la composition musicale ne soit pas protégée par le droit d'auteur. Il en ira notamment ainsi lorsque l'auteur de la reprise aura suffisamment modifié la composition musicale la rendant finalement inaudible à l'écoute et la privant, ce faisant, de toute son originalité¹⁵⁹⁷.

Enfin, si seule la composition musicale spécialement réalisée pour l'œuvre audiovisuelle nous aura intéressé dans le cadre de cette étude, il est tout à fait certain que la composition musicale préexistante à l'œuvre audiovisuelle accèdera dans les mêmes conditions à la protection du droit d'auteur, sans que son auteur soit toutefois assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle¹⁵⁹⁸.

A noter que la composition musicale sera parfois accompagnée de paroles chantées. L'auteur des paroles pourra dans ce cas également obtenir la protection de ces dernières par le droit d'auteur, s'il justifie bien évidemment de leur originalité. Le cas échéant, l'auteur des paroles sera identifié par le juge comme étant l'un des coauteurs de l'œuvre audiovisuelle réalisée.

*

Il nous semble pour finir que la sonorité qui accompagne les images d'une œuvre audiovisuelle ne saurait pouvoir être protégée par le droit d'auteur bien que le juge ait parfois pu lui accorder la qualité d'œuvre de l'esprit¹⁵⁹⁹. Cette solution s'explique du fait de la « *brièveté excessive* »¹⁶⁰⁰ de la création, laquelle « *ne laisse pas suffisamment d'espace pour exprimer une*

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ CJUE, n° C-476/17, Arrêt de la Cour, *Pelham GmbH e.a. contre Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, 29 juillet 2019.

¹⁵⁹⁸ CA Paris, 4e ch., sect. B, 13 févr. 1998, n° 95/19454.

¹⁵⁹⁹ Voir par exemple cet arrêt du Conseil d'État, accordant la protection par le droit d'auteur d'une sonorité d'orgue : CE, 14 juin 1999 : JCP G 1999, II, 10209, concl. J.-D. Combrexelle ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 24, note C. Caron ; RJDA 3/2000, p. 354.

¹⁶⁰⁰ A. Bensamoun, « Fasc. 1134 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 30 novembre 2021.

empreinte de la personnalité »¹⁶⁰¹ et relève en outre bien souvent d'un simple savoir-faire¹⁶⁰². En conséquence, la reprise d'un son unique ne devrait pas non plus être jugée contrefaisante¹⁶⁰³.

A contrario, certains bruitages d'une œuvre audiovisuelle qui résulteraient certes en partie d'un savoir-faire mais qui seraient également le résultat de choix créatifs pourraient obtenir la protection du droit d'auteur¹⁶⁰⁴. Mais puisque les bruitages relèvent là encore la plupart du temps de la seule mise en application d'un savoir-faire, cette hypothèse devrait à notre sens rester exceptionnelle¹⁶⁰⁵.

b. L'originalité de la réalisation audiovisuelle

Dernier cité parmi la liste des présumés coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, le réalisateur occupe pourtant une place centrale dans le processus créatif de l'œuvre audiovisuelle. La protection par le droit d'auteur de cette dernière, d'autant plus lorsqu'elle est de nature cinématographique, dépendra en effet bien souvent des choix effectués par un réalisateur qui « *intervient au cœur même de l'œuvre, transforme en images le scénario [...] veille au rythme des séquences* »¹⁶⁰⁶.

Bien évidemment, si la présence des choix est une condition *sine qua non* à la protection d'une création audiovisuelle, le choix du réalisateur devra être créatif en plus d'avoir été pris librement afin de satisfaire à la condition d'originalité, *in fine* de donner attache au droit d'auteur.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

¹⁶⁰² Un auteur explique à ce propos que « *donner ou restituer à un instrument de musique une sonorité déterminée nécessite un savoir-faire et du goût mais ce n'est pas une création de forme pouvant constituer une œuvre de l'esprit au même titre qu'une composition musicale : la sonorité de l'instrument est au service de l'interprétation d'une œuvre mais n'est pas une œuvre en elle-même : elle n'est qu'un moyen ou un matériau* », F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur : Economica*, 2e éd., 2014, p. 124, n° 131 cité par A. Bensamoun, *ibid.*

¹⁶⁰³ Citons encore à titre d'exemple le célèbre « *cri de Wilhem* », qui n'a pas eu besoin d'attendre d'être repris par de nombreux réalisateurs pour entrer dans le domaine public, bien entendu libre de droit.

¹⁶⁰⁴ Par exemple, le son bien reconnaissable des terrifiants *Tie Fighter* de l'univers *Star Wars* provient en réalité du barrissement d'un éléphant, étiré et ralenti par un ingénieur son sur la demande d'un George Lucas qui souhaitait obtenir un son similaire à celui de certaines fusées allemandes tirées lors de la Seconde Guerre mondiale. (<https://julien-matthey.com/les-sons-mythiques-de-star-wars/>)

¹⁶⁰⁵ Il en ira de la sorte lorsque le bruitage consistera à reproduire un son connu mais non perceptible lors du tournage ou de la prise des images. Le bruitage des pas sur la neige pourra ainsi très bien être fidèlement reproduit, par exemple *via* l'utilisation de techniques particulières, le résultat n'en restera pas moins absolument pas créatif.

¹⁶⁰⁶ *CA Paris, 14 juin 1950* cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

Paradoxalement, il arrivera quelques fois au juge de refuser la qualité d'auteur au réalisateur d'une création audiovisuelle. Que dois-on alors déduire pour ces créations *a priori* sans auteur ?¹⁶⁰⁷

i. Le réalisateur au cœur de l'œuvre audiovisuelle traditionnelle

Il n'en a pas toujours été de la sorte¹⁶⁰⁸, mais si l'on devait aujourd'hui n'en citer qu'un parmi les différents auteurs présumés de l'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle, ce serait sans aucun doute lui¹⁶⁰⁹. Le réalisateur a en effet la possibilité d'exprimer un certain nombre de choix lors de la réalisation de l'œuvre audiovisuelle en tant que telle : nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer lors de notre analyse des propos d'Alfred Hitchcock s'agissant de certaines de ses réalisations. Ainsi, et quand bien même de très nombreux intervenants participent à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, le réalisateur est sans conteste celui qui occupe l'une des places les plus prépondérantes dans le processus créatif, supplantant finalement tous les autres¹⁶¹⁰.

Dès lors, peu importe que le processus créatif soit partagé entre plusieurs intervenants : au final, le réalisateur est bien souvent le seul à le maîtriser véritablement¹⁶¹¹, comme l'indique notamment un arrêt rendu par la Cour de cassation : « *la qualité de réalisateur d'une œuvre audiovisuelle suppose la maîtrise du choix et de la composition, de l'enchaînement des images et du son, c'est-à-dire d'une contribution effective et originale à la conception et à l'élaboration de l'œuvre* »¹⁶¹².

¹⁶⁰⁷ C. Roca, X. Daverat, « Spéculations sur l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *LPA*, 15 mars 2002, n° PA200205401, p. 4.

¹⁶⁰⁸ Y. Laberge, « La notion d'auteur et le droit d'auteur au cinéma : aperçu historique, juridique et sociologique », *Les Cahiers de droit*, 1997, 899–917. <https://doi.org/10.7202/043468ar>

¹⁶⁰⁹ G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ 1957, t. 1, p. 272, cité par C. Caron, « Réalisateur de l'œuvre audiovisuelle, mais pas auteur ! », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juillet 2001.

¹⁶¹⁰ B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁶¹¹ La référence à un anneau bien connu pourrait avoir ici une certaine pertinence, mais on n'osera pas la faire dans le cadre de ce travail. Nous nous limiterons ainsi à citer la définition de l'auteur-réalisateur proposée par une cour d'appel : « *un réalisateur [...] est la personne qui a en charge la supervision de la réalisation de l'œuvre audiovisuelle, que son travail consiste à donner des instructions aux différents techniciens, qu'il sélectionne les prises de vue et de son, dirige la préparation de celles-ci, concourt à la conception de l'œuvre en étroite collaboration avec le producteur, commande notamment les opérations de montage et de mixage* », *CA Paris, 4e ch., sect. B, 9 sept. 2005, G. du Jonchay c/ sté AMIP : JurisData n° 2005-297513*, mais également pour une même définition : *Cass. Ire civ., 3 nov. 1988, n° 87-13.042, Vérame c/ SARL 3 Plus production et a. : Juris-Data n° 1988-002641*.

¹⁶¹² *Cass. Ire civ., 18 févr. 2009, n° 06-22.139, M. P. et al. c/ C. S. et al. : inédit*. Lire également Benjamin Montels qui nous livre une définition similaire du réalisateur : « *[s]on travail consiste à contrôler toutes les*

Aussi, bien que « *les juges [fassent] preuve d'une grande bienveillance à l'égard des réalisateurs* »¹⁶¹³, la qualité de réalisateur ou de coréalisateur n'est pas accessible à toutes les personnes intervenants dans le processus créatif d'une œuvre audiovisuelle.

Lors de la célèbre affaire du documentaire *Être et avoir*, le juge de la Cour de cassation donnera par exemple raison aux juges du fond d'avoir refusé à l'instituteur présent dans l'œuvre audiovisuelle la qualité de coauteur de ladite œuvre pour la simple et bonne raison que « *le choix du sujet consistant à relater la vie quotidienne d'une classe unique appartient au seul réalisateur* »¹⁶¹⁴ et que ce dernier aura été le seul maître de la composition de l'œuvre : « *plan du tournage, choix des situations filmées, des images et du cadrage* »¹⁶¹⁵. Les enfants présents dans le documentaire litigieux, réclamant eux-aussi la qualité de coauteur de l'œuvre *Être et avoir*, seront déboutés de la même manière : « *il n'est pas prouvé qu'ils ont été associés aux choix des cadrages, des images, du montage de la bande sonore* »¹⁶¹⁶, dès lors ces derniers n'intervenaient qu'« *en simples exécutants* »¹⁶¹⁷ des directives du réalisateur¹⁶¹⁸.

Pareillement, la qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle sera déniée au cuisinier, filmé dans le cadre d'un enregistrement audiovisuel portant sur son activité professionnelle, qui n'aura établi « *aucunement sa contribution aux opérations intellectuelles de conception tournage et montage de l'œuvre audiovisuelle elle-même* »¹⁶¹⁹.

La qualité de réalisateur ou de coréalisateur d'une œuvre audiovisuelle ne peut donc appartenir qu'à celui qui aura effectivement réalisé des choix. Et si certaines jurisprudences ont eu

phases de cette réalisation : il concourt à la conception de l'œuvre en collaboration avec les auteurs de l'écrit et organise sa préparation en faisant part de ses besoins au producteur ; il dirige le tournage en donnant des instructions aux différents techniciens, notamment au directeur photo, au cadreur, etc. [...] ; il commande les opérations de montage, de mixage, etc. [...] Par conséquent, ce réalisateur est un intervenant indispensable pour que l'œuvre écrite devienne une œuvre audiovisuelle », B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁶¹³ *Ibid.*, mais également *TGI Paris*, 3e ch., 3e sect., 5 juill. 2013, J.-P. M. c/ France Télévisions et a. : *Légipresse* 2013, n° 311, I, p. 652.

¹⁶¹⁴ *Cass. 1re civ.*, 13 nov. 2008, n° 06-16.278, FS-P+B, G. Lopez c/ N. Philibert, Ph. Hersant, SARL MAIA Films et a. : *JurisData* n° 2008-045785

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ *TGI Paris*, 17e ch., 22 no v. 2006, P. et a. c/ Sarl Maïa Films et a. : *Juris-Data* n° 2006-320292.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ Il en ira de la même manière pour le danseur qui aura « *de manière incontestable permis la réalisation d'une telle œuvre et contribué à sa qualité artistique* », mais dont « *[la] technique et [le] talent [...] ont été mis au service du propos artistique* » du réalisateur, *TGI Paris*, 3e ch., 2e sect., 9 nov. 2012, M. B. c/ Compagnie Malka et al. [aff. *Murmures*], inédit, confirmé par *Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1*, 28 mai 2014 – n° 12/21371.

¹⁶¹⁹ *Cass. civ. 1re*, 5 février 2002 : *Société Les Muses Productions c/ M. Duribreux et a.* (pourvoi no W 99-15.549, arrêt no 183 FS-D).

tendance à assimiler l'auteur réalisateur au « *director à l'anglo-saxonne* »¹⁶²⁰ en admettant la protection de créations résultant avant tout d'un savoir-faire¹⁶²¹, il apparaît aujourd'hui clairement que seule la création exprimée résultant de choix libres et créatifs devrait accéder à la protection du droit d'auteur¹⁶²².

C'est notamment pour cette absence de créativité dans les choix effectués que la cour d'appel de Paris refusera la qualité de coréalisateur¹⁶²³ à celui qui aura pourtant « *participé au tournage [d'un] documentaire en choisissant de concert avec [le réalisateur] les lieux de tournages et les personnes interviewées et a personnellement rédigé les questions à leur poser et mené les interviews* »¹⁶²⁴. Cette qualité sera encore refusée au réalisateur en raison du « *caractère banal et purement technique de sa collaboration* »¹⁶²⁵ ou du fait que ses choix constituent seulement « *la mise en œuvre d'une technique* »¹⁶²⁶. En clair, et comme nous avons déjà eu l'occasion de l'expliciter, l'existence des choix est un critère impératif mais insuffisant pour l'accession de toute création à la protection du droit d'auteur.

A l'inverse, la qualité d'auteur sera admise au réalisateur qui aura fait « *des choix concrets de mise en scène, tels des angles de prises de vue, des cadrages précis et détaillés des interviewés, des idées de montage de leurs différentes interventions et des images archives ou des plans spécialement tournés pour l'occasion* »¹⁶²⁷. A ce titre, nul besoin pour le réalisateur d'être effectivement présent physiquement sur les lieux du tournage pour obtenir et conserver sa casquette d'auteur-réalisateur. Seul importe en effet à la protection du droit d'auteur que celui-ci effectue bien des choix libres et créatifs¹⁶²⁸.

¹⁶²⁰ C. Roca, X. Daverat, « Variations sur les coauteurs présumés de l'œuvre audiovisuelle », *LPA* 16 août 2004, n° PA200416301, p. 4.

¹⁶²¹ Voici à titre d'exemple comment la Cour de cassation a pu admettre la qualité d'auteur-réalisateur à celui qui aura simplement « *défini les thèmes, tenu la caméra, et assuré lui-même, avec l'aide d'un technicien, l'essentiel du montage* », *Cass. civ. Ire, 20 octobre 2003 : Kazi c/ A. Desjardins et Société Alizé Diffusion*.

¹⁶²² Et cette créativité pourra naître des choix de mise en scène réalisés par le réalisateur, du jeu de lumière et des acteurs qu'il va contrôler, des phases de cadrage des images puis de leur montage, en somme de toutes les étapes du processus créatif qu'il va présider.

¹⁶²³ Celui-ci ayant cependant participé à l'écriture du scénario du documentaire, il sera toutefois coauteur de l'œuvre audiovisuelle réalisée.

¹⁶²⁴ *CA Paris, 4e ch., sect. B, 9 sept. 2005, G. du Jonchay c/ sté AMIP : JurisData n° 2005-297513*.

¹⁶²⁵ *TGI, Paris, Chambre 1 section 1, 2 avril 1997*.

¹⁶²⁶ *Cour de cassation, Chambre civile 1, 29 mars 1989 - n° 87-14.895 ; CA Paris, 26 févr. 2016, n° 15/04724* dans lequel la cour d'appel va dénier la qualité de coauteur d'une œuvre audiovisuelle au réalisateur de ladite œuvre, au motif qu'il aura appliqué les « *instructions* » données par le scénariste, qu'il n'aura finalement fourni qu'une prestation technique. Le scénariste est donc jugé seul véritable auteur de l'œuvre audiovisuelle.

¹⁶²⁷ *CA Paris, 4e ch., sect. B, 9 sept. 2005, G. du Jonchay c/ sté AMIP : JurisData n° 2005-297513*.

¹⁶²⁸ A propos de l'arrêt *TGI Paris, 3e ch., Ire sect., 22 sept. 2009, L. C. c/ SARL Bonne pioche et al. : inédit*, « *Cette décision fait une distinction claire entre la fonction du réalisateur – de direction artistique [...] et celle de*

En tout état de cause, une description détaillée et précise des choix réalisés sera une nouvelle fois déterminante pour l'intervenant qui revendique la qualité de réalisateur ou de coréalisateur de l'œuvre audiovisuelle. En revanche, pour que la description des choix réalisés soit suffisante afin de refléter en justice la personnalité de l'auteur, celle-ci ne peut pas se limiter à une présentation purement technique des différents choix effectués¹⁶²⁹. Elle doit au contraire montrer en quoi la combinaison réalisée à partir de ces choix qui, envisagés seuls, sont *a priori* banals, est bien créative¹⁶³⁰, ce qui pourra notamment justifier une comparaison avec d'autres créations audiovisuelles précédemment réalisées.

Forcément, moins les choix réalisés seront créatifs et se distingueront « *de ce qui est connu [...] et de ce qui en découle directement* »¹⁶³¹, plus l'originalité de la réalisation audiovisuelle sera faible. Partant, sa protection risquera alors d'être limitée à la seule reprise servile de la combinaison des différents éléments qui la composent.

En conséquence, la reprise de divers éléments banals extraits de ladite combinaison ne devrait pas pouvoir être jugée contrefaisante, y compris lorsqu'ils sont extirpés d'une œuvre cinématographique¹⁶³². Il en ira le plus souvent ainsi pour de très courts extraits d'œuvres audiovisuelles, mais également pour les images tirées desdites œuvres pourtant protégées.

*technicien qui est censé appliquer les choix de ce réalisateur. La présence physique du réalisateur n'est donc pas indispensable (« il n'en demeure pas moins que les prises de vues ont été effectuées selon le séquenceur remis par le réalisateur », « un contact par mail permettant un suivi des opérations de tournage ») et les compétences du technicien sont sans incidences » sur sa qualité d'auteur, B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juin 2010.*

¹⁶²⁹ Ainsi, la qualité de coréalisateur d'une œuvre audiovisuelle sera refusée à celui qui aura seulement choisi les « lieux de tournage et [les] angles de prise de vue », ces derniers étant en outre « déterminés par des impératifs techniques et de sécurité liés à l'activité présentée ». En l'espèce, l'originalité de cette intervention fait donc défaut, tant par son absence de créativité que par son absence de liberté au moment d'effectuer ces choix, *Paris, 4^e ch., 18 juin 2003 : Sté In Extensio Production c/ Carrega* cité par X. Daverat, P. Helis, *LPA*, 16 août 2004, n° PA200416301, p. 4 ; il en ira de même pour l'intervention d'un technicien qui aura certes réalisé une « intervention [...] performante » mais qui relève en réalité « de contraintes imposées », ses choix ne s'avèrent ainsi « pas suffisants pour caractériser un réel apport créatif au sens du droit d'auteur », *CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 4 juill. 2012, G. M. c/ SAS Pathé Films, inédit.*

¹⁶³⁰ Voir par exemple l'arrêt *CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 28 mai 2010, n° 08/23146, M.-H. B. c/ V. Despentes et al.* : *JurisData* n° 2010-016277 qui va apprécier – quoique bien légèrement – l'apport créatif d'une réalisatrice de documentaire notamment au travers de « l'élaboration des documents préparatoires, [...] la réalisation des entretiens, leur conduite comme leur enregistrement filmé », cité par B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juin 2011.

¹⁶³¹ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶³² Voir notamment ce que nous avons pu dire à propos de l'affaire *New York 1997 c/ Lock out*.

ii. Une œuvre audiovisuelle sans auteur-réalisateur ?

Si nous avons vu que l'étude de la créativité des choix du réalisateur reste la plupart du temps déterminante afin de caractériser ou non l'originalité de la création qui va en résulter, il ne faut pas en oublier le critère relatif à la liberté des choix de l'auteur. Quelques jurisprudences isolées viendront justement rappeler juristes et autres professionnels de l'audiovisuel à son bon souvenir¹⁶³³.

La plus significative, rendue par la Cour de cassation en 2003, a conduit le juge à refuser la qualité d'auteur-réalisateur à deux intervenants, pourtant identifiés « *sur les génériques de vidéogrammes* »¹⁶³⁴ comme étant tous deux réalisateurs des créations audiovisuelles.

La Cour justifie sa solution en considérant que la société productrice des vidéogrammes avait « *dès l'origine remis à la société [des réalisateurs] une cassette achevée et testée auprès de la clientèle potentielle, afin qu'elle servît de modèle pour la réalisation des vidéogrammes attendus, lesquels devaient s'intégrer parfaitement dans une collection uniforme fournissant au spectateur une identité de sources d'intérêts et de repères historiques, géographiques, artistiques, économiques et autres [...] que, de par le contrat de commande, les réalisateurs étaient tenus de répondre à toutes les demandes de modifications, ajouts ou suppressions portant sur les éléments du film, et qu'à ce titre, certains projets avaient été refusés, et que tous avaient fait l'objet de corrections* »¹⁶³⁵. Elle considère dès lors que « *la maîtrise du scénario définitif, du découpage, du rythme, du contenu du commentaire et en général de tout ce qui marque la liberté créatrice et la personnalité de l'auteur échappait* »¹⁶³⁶ aux réalisateurs des vidéogrammes, « *rendus simples exécutants de la volonté du producteur* »¹⁶³⁷. Mais, s'il y en a, quels sont alors les auteurs des dites créations audiovisuelles ?

¹⁶³³ CA Paris, 16 févr. 1936 : Gaz. Pal. 1936, I, 691, « qui considère que le réalisateur 'demeure essentiellement remplaçable sans que l'esprit de l'œuvre en soit modifié' », « "le réalisateur technicien de production, collaborateur salarié engagé par un producteur avec un lien de subordination" ne saurait être considéré comme un auteur », Cass. 1^{er} civ., 29 nov. 1962 : D. 1963, jurispr. p. 205, note G. Lyon-Caen, le « réalisateur qui "ne peut prétendre à des droits d'auteur dès lors que son concours ne constitue pas une création intellectuelle propre, mais est réduit à la banale prestation de services techniques" », CA Paris, 4 mars 1987 : D. 1988, somm. p. 204, obs. C. Colombet, citées par C. Caron, « Réalisateur de l'œuvre audiovisuelle, mais pas auteur ! », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juillet 2001.

¹⁶³⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2003, Chaye et al. c/ Charnelu vidéo.

¹⁶³⁵ Ibid.

¹⁶³⁶ Ibid.

¹⁶³⁷ Ibid.

Christophe Caron nous explique dans son commentaire de l'arrêt que « *si le réalisateur n'a pas été considéré comme un auteur, les autres coauteurs éventuels auront encore plus de difficultés à conserver le bénéfice de la présomption* »¹⁶³⁸. Pour cet auteur, une telle décision, qu'il juge « *assez critiquable* »¹⁶³⁹, a une conséquence à double tranchant pour le producteur. En effet, « *sous réserve de l'existence d'autres coauteurs de l'œuvre audiovisuelle ou d'une éventuelle preuve d'activité créative émanant du producteur* »¹⁶⁴⁰, il lui semble « *vraisemblable que l'œuvre audiovisuelle sera orpheline* »¹⁶⁴¹ de tout auteur, et qu'ainsi, « *l'œuvre rejoint le domaine public [...] [e]lle n'est plus protégée et devient donc une chose dont l'usage est commun à tous* »¹⁶⁴². Finalement, « *[i]l en résulte que le producteur qui souhaitait se débarrasser d'un auteur trop encombrant risque bien de se retrouver face à une œuvre audiovisuelle qui n'est plus protégée. Voici une nouvelle illustration du gag de "L'arroseur arrosé", rendu célèbre dans la fameuse œuvre audiovisuelle de Louis Lumière qui, elle, n'était pas orpheline d'auteur !* »¹⁶⁴³.

Nous ne pouvons adhérer entièrement à l'analyse qu'aura faite Christophe Caron à propos de cette décision.

Tout d'abord, cet arrêt ne fait qu'appliquer la lettre de l'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle qui ne pose qu'une présomption simple de qualité d'auteur à l'égard du réalisateur d'une création audiovisuelle : cette présomption peut donc être renversée, indépendamment de la présence ou non d'un producteur.

Ensuite, cette décision doit effectivement être critiquée en ce qu'elle apporte une importance trop grande aux directives du producteur dans le cas d'espèce. Certes, il apparaît que les réalisateurs ont été soumis ici à un certain nombre d'exigences qui ont fortement limité la liberté de leurs choix. Or, rappelons l'essentiel : la liberté créative est certes indispensable à la reconnaissance de l'originalité d'une création, mais cette liberté n'a absolument pas à être absolue et peut tout à fait être seulement relative. Nous l'avons déjà démontré, la doctrine¹⁶⁴⁴

¹⁶³⁸ *Ibid.*

¹⁶³⁹ C. Caron, « Visite à l'orphelinat du droit d'auteur : l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, décembre 2003.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ *Ibid.*

¹⁶⁴⁴ « *On sait qu'une création peut constituer une œuvre de l'esprit lorsqu'elle est réalisée sous les directives d'autrui, à condition que les traces de la personnalité de son auteur demeurent tangibles* », C. Roca, X. Daverat, « Spéculations sur l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *LPA*, 15 mars 2002, n° PA200205401, p. 4.

et la jurisprudence¹⁶⁴⁵ s'accordent habituellement sur ce point. Cette solution, confortée depuis par les différentes jurisprudences de la CJUE que nous avons traitées, était déjà applicable à l'époque des faits. L'argumentation du juge est ainsi regrettable sur ce point, puisqu'il est « *indéniable que, de la même façon que le sculpteur qui réellement travaille la matière ne peut qu'imprimer sa personnalité sur son œuvre, le réalisateur, quand bien même serait-il considéré comme un artisan, traité comme homme à tout faire par le producteur ou désigné comme yes man par la cinéphilie, ne crée jamais en état de servitude totale* »¹⁶⁴⁶. Il aurait donc été justifié que les juges du fond ainsi que la Cour de cassation reconnaissent la liberté, en l'espèce relative, des deux réalisateurs de vidéogrammes¹⁶⁴⁷.

S'il est en revanche tout à fait certain que le producteur n'est pas investi de la qualité d'auteur par le juge dans cette jurisprudence, la lecture de la décision nous permet de considérer que c'est uniquement le manque de liberté dans les choix réalisés qui vient priver la qualité d'auteur aux réalisateurs. La créativité quant à elle ne semble pas faire défaut : en effet, si « *la maîtrise du scénario définitif, du découpage, du rythme, du contenu du commentaire et en général de tout ce qui marque la liberté créatrice et la personnalité de l'auteur échappait* »¹⁶⁴⁸ aux réalisateurs des vidéogrammes puisqu'ils étaient « *rendus simples exécutants de la volonté du producteur* »¹⁶⁴⁹, cette maîtrise du scénario, du découpage, du rythme ainsi que du contenu du commentaire des vidéogrammes revenait *a contrario* au producteur. Le producteur devrait donc profiter en l'espèce de la qualité d'auteur des vidéogrammes, les différents choix qu'il aura effectués librement au travers des réalisateurs portant *a priori* la marque de sa personnalité. Ainsi, si la formule fait effectivement son effet¹⁶⁵⁰, il semble plus judicieux de faire preuve de

¹⁶⁴⁵ Voir notamment *Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1973* ; mais également d'autres jurisprudences évoquées par Christophe Caron : « *La création surveillée peut demeurer malgré tout une création (v. en ce sens, pour un documentaire sur les fromages, TGI Paris, 28 avr. 1971 : RIDA 1971, n° 59, p. 95, et l'enregistrement d'un défilé de mode, TGI Paris, 23 oct. 1987 : Images juridiques 1987, n° 4, p. 4)* », C. Caron, « Réalisateur de l'œuvre audiovisuelle, mais pas auteur ! », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juillet 2001.

¹⁶⁴⁶ C. Roca, X. Daverat, « Spéculations sur l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *LPA*, 15 mars 2002, n° PA200205401, p. 4

¹⁶⁴⁷ « *Et puis, n'oublions pas que, même dans l'œuvre collective qui se caractérise par une création étroitement surveillée par la personne morale [...] les contributeurs sont désignés par l'article L. 113-2, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, comme étant des "auteurs".* », C. Caron, « Visite à l'orphelinat du droit d'auteur : l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, décembre 2003.

¹⁶⁴⁸ *Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2003, Chaye et al. c/ Charnelu vidéo.*

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

¹⁶⁵⁰ « *Il en résulte que le producteur qui souhaitait se débarrasser d'un auteur trop encombrant risque bien de se retrouver face à une œuvre audiovisuelle qui n'est plus protégée. Voici une nouvelle illustration du gag de "L'arroseur arrosé", rendu célèbre dans la fameuse œuvre audiovisuelle de Louis Lumière qui, elle, n'était pas orpheline d'auteur !* », C. Caron, « Visite à l'orphelinat du droit d'auteur : l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, décembre 2003.

prudence et de déconseiller à la personne qui souhaiterait réutiliser lesdits vidéogrammes, de le faire sans l'accord de leur producteur et vraisemblable auteur.

En tout état de cause, et si l'on devait en rester là, il serait à craindre que « *chaque fois que l'auteur accepte de travailler en respectant des contraintes ou selon un cahier des charges un peu strict, son statut soit remis en cause* »¹⁶⁵¹ au profit du producteur.

Fort heureusement, une jurisprudence est venue par la suite restreindre très fortement la portée de cet arrêt de la Cour de cassation.

Dans une décision rendue en 2007¹⁶⁵², qui concernait de la même manière que l'arrêt litigieux cité plus haut « *des programmes très 'formatés' [...] constituant une simple adaptation d'une précédente édition* »¹⁶⁵³, la cour d'appel de Paris affirma cette fois-ci « *que les directives données par un intervenant à un autre ne retirent pas automatiquement à ce dernier sa qualité d'auteur* »¹⁶⁵⁴. Ainsi, et quand bien même les choix du réalisateur seraient marqués par des « *directives* »¹⁶⁵⁵ imposées par le producteur ou par d'autres coauteurs, ces dernières ne suffisent pas, d'une part à requalifier l'œuvre audiovisuelle « *en œuvre collective* »¹⁶⁵⁶, d'autre part à « *requalifier une personne créditée au générique comme auteur-réalisateur en technicien-chef opérateur [...], dès lors [qu'elle] conservait la maîtrise du tournage (en particulier le choix des emplacements de caméras et la direction de l'équipe de techniciens)* »¹⁶⁵⁷.

Sans contredire explicitement la solution rendue par la Cour de cassation quelques années plus tôt – puisque là où les juges de la Cour ont retenu l'absence de liberté dans les choix réalisés par le réalisateur des vidéogrammes, les juges du fond ont au contraire souligné l'existence de cette liberté bien qu'elle soit relative – cet arrêt a son importance puisqu'il vient répondre à la crainte doctrinale évoquée plus haut¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵¹ C. Roca, X. Daverat, « Spéculations sur l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *LPA*, 15 mars 2002, n° PA200205401, p. 4.

¹⁶⁵² *CA Paris, 4^e ch., B*, 12 octobre 2007, *SARL Éditions Fabbri c/ Ph. D et al.*, n° 04/23174, inédit : *Éd. Fabbri : Comm. com. électr. 2008, chron. 6, B. Montels*.

¹⁶⁵³ B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juin 2008.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ « *Sur le plan des principes, on ne peut tolérer que, chaque fois que l'auteur accepte de travailler en respectant des contraintes ou selon un cahier des charges un peu strict, son statut soit remis en cause. Cela serait d'autant*

Evidemment, l'arrêt de 2003 peut donc toujours trouver à s'appliquer, mais dans les seules circonstances où il sera effectivement démontré, par le producteur ou par tout autre coauteur, que le réalisateur n'aura disposé d'absolument aucune liberté dans les différents choix qu'il aura réalisés¹⁶⁵⁹. Cette solution, favorable à l'auteur-réalisateur, embrasse pleinement la réalité artistique de l'œuvre audiovisuelle, y compris cinématographique, qui veut que si un tiers a effectivement pu imposer certains choix au réalisateur, ce dernier dispose bien souvent de la maîtrise globale de la réalisation. Elle devrait rester avantageuse pour l'auteur, quand bien même celui-ci serait également salarié¹⁶⁶⁰.

Il nous semble ainsi que les enseignements à tirer de l'arrêt rendu par la Cour de cassation ne devraient pas inquiéter outre mesure les réalisateurs de créations audiovisuelles.

2. Les éléments susceptibles d'être protégés dans l'œuvre audiovisuelle

Diverses personnes peuvent encore être coautrices de l'œuvre cinématographique. Si cette qualité leur est reconnue *via* la condition d'originalité, celles-ci devront donc obtenir la protection des éléments qu'elles auront réalisés au sein de l'œuvre audiovisuelle protégée.

D'autres contributions pourront également être protégées par le droit d'auteur, sans pour autant que leur auteur ne soit assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle réalisée.

moins tolérable que l'acceptation par l'auteur du cadre dans lequel une création doit intervenir relève de son exercice du droit moral si, au titre du droit de divulgation, il peut décider de faire ou de ne pas faire, ou de s'engager en connaissance de cause dans un contexte déterminé. Il y aurait alors quelque paradoxe à ce que les modalités choisies ou consenties dans le plein exercice des prérogatives d'un auteur se retournent contre lui pour remettre en cause sa qualité. Surtout, on ne mettra jamais assez en garde contre la dangerosité d'une telle solution dans le domaine de l'audiovisuel. », C. Roca, X. Daverat, « Spéculations sur l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *LPA*, 15 mars 2002, n° PA200205401, p. 4.

¹⁶⁵⁹ Ce sera notamment le cas dans une récente affaire qui fait écho à l'arrêt de 2003 et dans laquelle le juge de la cour d'appel de Paris va refuser la qualité d'auteur au réalisateur d'une « douzaine de films dits 'institutionnels' » qui auront été réalisés selon une « feuille de route » qui « précisait exactement ce qui était attendu et notamment la liste des chefs d'œuvre de l'exposition à filmer impérativement et même pour certains la nécessité de les filmer avec un travelling, les interviews à prévoir, le matériel nécessaire au tournage et les indications de montage ». Les directives du producteur auront donc encore eu pour effet de priver le réalisateur de toute liberté dans les choix finalement réalisés. *CA Paris*, 24 sept. 2021, n° 19/22677, *SAS L. Post-Production et X. c/ Établissement public du quai de Branly*, cité par B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2022.

¹⁶⁶⁰ *Cass. soc.*, 1er mars 1967 : *Bull. civ.* 1967, IV, n° 189. – *Cass. soc.*, 2 janv. 1967 : *Bull. civ.* 1967, IV, n° 31. – *Cass. soc.*, 29 nov. 1962 : *RIDA* avr. 1963, p. 132, cités par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

a. L'originalité des personnages d'une œuvre audiovisuelle

S'il semble plus évident de revendiquer la protection du droit d'auteur pour le personnage principal de son œuvre cinématographique de fiction, il apparaît très nettement que rien ne permet d'exclure les autres personnages, y compris secondaires, de ladite protection¹⁶⁶¹. Tous les personnages d'une œuvre audiovisuelle de fiction peuvent ainsi « *devenir des œuvres à part entière* »¹⁶⁶² du fait de leur éventuelle originalité. Lorsqu'elle est retenue par le juge¹⁶⁶³, cette dernière entraîne plusieurs conséquences.

La protection offerte par le droit d'auteur assure d'une part « *la survie des personnages au-delà de l'œuvre au sein de laquelle ils apparaissent pour la première fois* »¹⁶⁶⁴ : la réutilisation d'un personnage jugé original dans un *remake*, un *prequel*, un *sequel* ou un *spin-off* nécessitera en effet l'accord de l'auteur¹⁶⁶⁵ de l'œuvre dérivée¹⁶⁶⁶ qui disposera en outre de la faculté de s'opposer à certaines utilisations de son personnage qu'il jugerait contraires à son droit moral¹⁶⁶⁷.

La protection permet d'autre part « *le commerce de produits dérivés* »¹⁶⁶⁸, lesquels assureront une rémunération à l'auteur¹⁶⁶⁹ en récompense de sa créativité.

La recherche de l'originalité individuelle des personnages d'une œuvre audiovisuelle protégée en entier est ainsi particulièrement importante et impose, de manière classique, de se tourner vers les choix libres et créatifs de l'auteur, révélateurs de sa personnalité¹⁶⁷⁰. Elle passerait, en outre, par l'analyse de deux « *éléments constitutifs de l'identité du personnage* »¹⁶⁷¹ : les

¹⁶⁶¹ « *La protection du droit d'auteur ne saurait [...] être attribuée aux seuls héros : un personnage secondaire suffisamment développé pourra lui aussi aspirer à l'autonomie et servira même parfois de fondement à l'élaboration d'une œuvre (souvent une série) en marge de l'œuvre principale* », V. Serfaty, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, LexisNexis, 2015, p. 44.

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 25.

¹⁶⁶³ Lequel admet désormais sans difficulté le fait que « *le personnage est une œuvre à part entière* », *ibid.*, p. 32.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 25.

¹⁶⁶⁵ Ou du titulaire des droits.

¹⁶⁶⁶ « *La notion d'œuvre dérivée semble adéquate à notre cas de figure : on est bien en présence, en effet, d'une « œuvre », le personnage abstrait, à partir de laquelle on « dérive » une autre œuvre qui est constituée par ses nouvelles aventures* », B. Edelman, « Les droits d'un auteur sur son personnage », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 442.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁶⁸ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁶⁹ Ou au titulaire des droits.

¹⁶⁷⁰ Dès lors, la notoriété du personnage est absolument indifférente à la caractérisation de son originalité. Le juge s'y trompe quelques fois, notamment lorsqu'il accorde la protection à un personnage qui aura acquis « *la stature d'un véritable personnage mythique* », *CA Paris, 8 septembre 2004 : Sociétés SFR et Publicis Conseil c/ Luc Besson et société Gaumont*.

¹⁶⁷¹ V. Serfaty, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, LexisNexis, 2015, p. 34 et suivantes.

éléments qui sont d'abord liés à la personne même du personnage, les éléments qui définissent ensuite l'environnement dans lequel le personnage pourra se développer¹⁶⁷².

i. Les éléments rattachés à la personne même du personnage

Selon Vidal Serfaty, la caractérisation de l'originalité d'un personnage d'une œuvre audiovisuelle implique donc de se tourner vers les éléments « *directement perceptibles* »¹⁶⁷³ du personnage, soit ceux « *liés à [sa] personne* »¹⁶⁷⁴.

Sera notamment déterminant à la protection d'un personnage par le droit d'auteur son « *apparence* »¹⁶⁷⁵, qui est « *la composante qui le rend le plus reconnaissable aux yeux du public* »¹⁶⁷⁶. Ainsi, la protection serait « *plus aisément accordée par le juge à un personnage doté de particularités physiques reconnaissables* »¹⁶⁷⁷, « *d'autant plus* »¹⁶⁷⁸ lorsque « *le nombre de ses particularités est important* »¹⁶⁷⁹. Un jugement¹⁶⁸⁰ s'intéressant à la protection du personnage principal du film *Le cinquième élément*, *Leeloo*, abonde en ce sens en ce qu'il admit d'une part son originalité en faisant référence à ses caractéristiques physiques¹⁶⁸¹, d'autre part la contrefaçon dudit personnage dans une publicité qui reprenait entre autres choses ces mêmes caractéristiques¹⁶⁸². De nombreuses jurisprudences s'accordent sur ce point¹⁶⁸³.

¹⁶⁷² « On peut, aisément [...] déduire une structure double du personnage. D'un côté, il apparaît caractérisé par un certain nombre de qualités identificatrices, d'un autre côté, il est engagé dans une histoire où ces mêmes qualités se développent in concreto. Il est donc, tout à la fois, abstrait et concret, selon qu'on l'envisage synthétiquement ou analytiquement », B. Edelman, « Les droits d'un auteur sur son personnage », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 442.

¹⁶⁷³ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 35 ; I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 140.

¹⁶⁷⁶ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ *Ibid.* L'auteur précise toutefois que l'inverse n'est pas réhibitoire, en atteste notamment l'arrêt du TGI de Paris rendu le 31 octobre 1991 et accordant la protection du droit d'auteur au personnage de *Fido Dido*, « *tracé en 15 coups de crayon* », *TGI Paris*, 3^e ch., 31 oct. 1991, cité par V. Serfaty, *ibid.*

¹⁶⁸⁰ *CA Paris*, 8 septembre 2004 : *Sociétés SFR et Publicis Conseil c/ Luc Besson et société Gaumont*.

¹⁶⁸¹ « *qu'il ne saurait être sérieusement contesté que le personnage de Leeloo constitue, en lui-même, par la combinaison de ses éléments caractéristiques et pérennes, tout au long du film _ costume composé tantôt de bandelettes blanches, tantôt d'un tee-shirt blanc moulant laissant toujours apparaître en partie son buste, cheveux rouge/orange _ une œuvre originale* », *ibid.*

¹⁶⁸² « *que le personnage choisi pour illustrer la campagne publicitaire de la société SFR, porte une perruque aux cheveux rouges/ oranges et qu'il est revêtu d'un corsage imitant les bandelettes blanches laissant apparaître, comme dans le film Le Cinquième élément, son ventre et ses bras dénudés* », *ibid.*

¹⁶⁸³ « *L'arrêt se situe dans la lignée d'une jurisprudence qui motive ses décisions au moyen de descriptions des caractéristiques essentielles des personnages, prouvant leur originalité : attributs physiques et tenue vestimentaire de Tarzan, accompagné de Jane et Chita, pour comparer à un groupe réuni sur une photo publicitaire [TGI Paris, 21 janvier 1977, Tarzan, RIDA 1978, no LXLV, p. 179 ; RTD com. 1977, p. 110, obs. Desbois.] , forme du crâne et position des cornes de Goldorak [« ses deux cornes superposées horizontales placées de chaque côté de la tête, une protubérance ronde de chaque côté du crâne, l'autre au milieu du front, les*

Et puisque les caractéristiques physiques du personnage d'une œuvre audiovisuelle sont souvent déterminantes afin de déterminer son originalité, il n'est « *pas étonnant que les personnages dont la protection est le plus souvent réclamée soient des personnages graphiques (de bande dessinées ou de dessins animés) ou plastiques (sculptures, moulages ou marionnettes)* »¹⁶⁸⁴, ce qui est notamment « *dû au fait que la variété des formes que peut revêtir un personnage graphique ne souffre d'aucune limite* »¹⁶⁸⁵. Une jurisprudence récente, s'intéressant à la protection par le droit d'auteur du personnage de *Tintin*, nous le confirme¹⁶⁸⁶. Cette protection n'est toutefois pas assurée et implique de s'intéresser à la créativité des choix réalisés par l'auteur du graphisme du personnage, voire par celui qui aura réalisé l'animation en tant que telle¹⁶⁸⁷. A ce propos, l'œuvre artistique est définie par Ivan Cherpillod comme étant « *tout résultat d'une activité humaine exprimé par l'emploi des lignes, des couleurs, des formes et du geste* »¹⁶⁸⁸. Il précise qu' « *une définition plus étroite est impraticable* »¹⁶⁸⁹. Selon Henri

yeux les sourcils, les pommettes, le nez, la bouche et le menton étant constitués de formes géométriques diverses, de tons contrastés, le contraste de tons, les formes géométriques, les formes en V et en croissant se trouvant également utilisées pour former et habiller son corps », CA Paris, 5 mars 1982, Goldorak, Ann. 1983, p. 240.] , morphologie d'ET [CA Rennes, 16 octobre 1984, ET, RTD com. 1985, p. 587, obs. A. Françon.], « *lèvres pulpeuses et poitrine provocante* » du « *sexy-robot* » d'Hajime Sorayama [CA Paris, 11 octobre 1995, Sorayama, RIDA 1996, no 168, p. 320.], etc. L'identification des personnages par ses traits facilite évidemment la comparaison, de sorte que, dans la mesure où le personnage prend forme (image, dessin), l'approche physique suffit pour convaincre ou non de la contrefaçon », P. Mozas, X. Daverat, LPA, 23 mai 2005, p. 3.

¹⁶⁸⁴ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*

¹⁶⁸⁶ Le juge admet notamment l'originalité du personnage de *Tintin* en ce que, grâce aux nombreux choix réalisés par son auteur Hergé, il se distingue suffisamment du graphisme du personnage de *Tintin-Lutin* duquel il est peut être inspiré, créé par l'illustrateur français Benjamin Rabier à la fin du XIXe siècle, *TJ Marseille, 1re civ., 17 juin 2021, n° 19/03947*, qui cite notamment les propos tenus par Hergé : « *Tintin est une partie de moi-même, qui aurait voulu être un héros, un reporter [...] Tintin est une projection de moi-même qui espérait ne pas vieillir [...] C'est malgré tout un travail personnel et comme on le disait en commençant, Tintin c'est moi, Haddock c'est moi etc... Un autre le ferait peut-être mieux, le ferait peut-être moins bien, le ferait de toutes façons d'une façon très différente de moi [...] je me suis contenté de faire un petit rond, un cercle, une petite mèche pour donner un accent, comme ça j'étais certain que ce personnage on le reconnaîtrait de dessin en dessin et de semaine en semaine* ». Ces propos permettent in fine de caractériser en partie les choix de l'auteur : « *Le personnage de Tintin se caractérise donc par des choix esthétiques non contraints tels sa figure ronde, des yeux ronds, un petit nez droit, une bouche fine ou ronde selon les expressions et surtout une houppette sans cesse relevée. L'ensemble de ces caractéristiques physiques symbolisant la jeunesse, l'innocence et le dynamisme du personnage associées au trait original d'Hergé le rendent particulièrement reconnaissable. Ils ne procèdent en particulier d'aucune nécessité et résultent, ainsi qu'il résulte des propos même d'HERGE, de choix purement arbitraires, destinés à exprimer sa personnalité et ses aspirations. En outre les propos mêmes d'HERGE sont de nature à exclure toute forme d'inspiration chez un auteur plus ancien. Par ailleurs la comparaison avec le personnage de Benjamin RABIER montre que le personnage de Tintin, créé par HERGE, ne s'en inspire en aucune façon, la seule ressemblance pouvant être relevée au vu des représentations produites aux débats étant que les deux personnages portent une culotte de golf de couleur beige, mais leur visage, qui est l'élément essentiel de reconnaissance, étant totalement différent. En outre aucune indication n'est donnée sur le caractère, le comportement et le contexte dans lequel Benjamin RABIER a fait évoluer son personnage, de sorte que la comparaison avec le personnage de Tintin créé par HERGE est totalement dénuée de pertinence* ». Il faut bien avouer que l'argument de la défense, qui contestait l'originalité du personnage de *Tintin* sur ce fondement, est bien audacieux, F. Donaud, « Les aventures de Tintin et les 55 œuvres de Peppone », *Dalloz*, 1 juillet 2021.

¹⁶⁸⁷ CA Paris, 18 avr. 1956 : D. 1957, jurispr. p. 108, H. Desbois ; JCP G 1956, II, 9597.

¹⁶⁸⁸ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, nous rajoutons qu'elle est inutile en pratique.

Desbois, « [l]’exécution personnelle est [...] nécessaire pour l’investiture des droits d’auteur en matière artistique »¹⁶⁹⁰. Nous savons désormais que c’est faux¹⁶⁹¹. En réalité, la créativité de la création artistique partant, son originalité, se retrouve donc précisément dans la combinaison de ces lignes, couleurs et autres formes, représentées sur nos écrans. En tout état de cause, si « [e]n pratique, l’originalité des dessins [...] se déduit généralement de la paternité et [...] n’est pas discutée dans les prétoires »¹⁶⁹², la prudence reste toujours de mise, notamment lorsque les caractéristiques graphiques d’un personnage dessiné sont banales. Il a ainsi été jugé que le seul fait de représenter un personnage dessiné avec « *des habits typiques de rappeur californien et des inscriptions relatives à la ville de Los Angeles ne saurait caractériser un effort créatif susceptible de protection* »¹⁶⁹³.

Alors que la protection sera généralement plus accessible aux personnages graphiques ou plastiques, elle sera *a contrario* plus difficile à caractériser s’agissant des personnages portés sur nos écrans par un acteur en chair et en os. Il n’est en effet pas certain que les caractéristiques strictement physiques suffisent à l’auteur d’un personnage comme *James Bond* de revendiquer sa protection par le droit d’auteur, ce dernier étant présenté par Vidal Serfaty comme « *[u]n homme à l’allure d’une gravure de mode, auquel le smoking va comme un gant et ayant toujours un pistolet à la main* »¹⁶⁹⁴. Si sa renommée et son efficacité sur le terrain ne sont plus à démontrer, la banalité de son physique et de ses tenues échouera à obtenir le bénéfice de la protection¹⁶⁹⁵.

En tout état de cause, la seule apparence d’un acteur, fût-elle remarquable, échappera toujours à la protection du droit d’auteur n’étant qu’une « *œuvre de la nature et non de l’esprit* »¹⁶⁹⁶. En

¹⁶⁹⁰ H. Desbois, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁹¹ *Cass. Civ. 1^{re}, 11 oct. 1993, Dunand, D. 1994, p. 138.*

¹⁶⁹² C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d’auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis.

¹⁶⁹³ *TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 9 juill. 2010, J. Smadja et JDS c/ Fee Red.*

¹⁶⁹⁴ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁹⁵ Vidal Serfaty expose pour les auteurs une solution afin que leurs personnages, joués par des acteurs, soient protégés par le droit d’auteur : « *il peut être tentant de donner aux comédiens une apparence graphique. Ils seront ainsi grimés, masqués et costumés au point d’en devenir méconnaissables (par ex. La Reine Amidala campée par Nathalie Portman dans la saga de la Guerre des étoiles). Ils pourront aussi être recouverts de symboles au graphisme fort (le S de Superman, la chauve-souris stylisée de Batman)* », *ibid.*, p. 37. Il est effectivement certain quand l’absence d’une telle apparence graphique, les personnages de la Reine Amidala, Bruce Wayne et autres Clark Kent auront du mal à obtenir la protection du droit d’auteur sur la base de leur seule apparence physique.

¹⁶⁹⁶ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 37.

conséquence, « [l]’acteur aura donc le plus grand mal à revendiquer des droits de propriété littéraire et artistique sur le personnage qu’il interprète »¹⁶⁹⁷.

Si l’apparence seule échoue quelques fois à obtenir la protection du droit d’auteur, il en ira différemment si les caractéristiques physiques banales sont complétées « *par un nom, afin de singulariser ce personnage face à ses semblables* »¹⁶⁹⁸. En d’autres termes, l’agent secret en smoking noir et à la gâchette facile échappera toujours à la protection du droit d’auteur, l’agent secret doté des mêmes caractéristiques mais se prénommant *James Bond* s’en rapprochera. Mais à l’instar des caractéristiques physiques envisagées seules, le nom d’un personnage n’est pas assuré d’obtenir la protection du droit d’auteur. Il en ira évidemment de la sorte lorsque le nom choisi sera jugé banal, par exemple lorsqu’il s’agit d’un simple prénom usuel. Comme nous l’avons vu à propos de la saga jurisprudentielle s’agissant de la protection du titre du roman nommé *Angélique* en référence au personnage principal de l’histoire, l’affaire est différemment appréciée par les juges.

Un nom de pure imagination aura dans tous les cas plus de facilité à obtenir la protection du droit d’auteur en justice¹⁶⁹⁹.

*

Outre ce « *duo apparence physique/nom* »¹⁷⁰⁰ qui constitue pour Vidal Serfaty « *la clé de voûte de la protection autonome du personnage de l’œuvre audiovisuelle* »¹⁷⁰¹, la recherche de l’originalité des personnages suppose également d’apprécier leurs « *éléments internes* »¹⁷⁰², soit ceux qui vont permettre de caractériser leur personnalité¹⁷⁰³.

Validée par le juge¹⁷⁰⁴, la possibilité d’une protection du caractère d’un personnage avait déjà été évoquée par Ivan Cherpillod, qui explique notamment que « *[le] caractère [du personnage]*

¹⁶⁹⁷ *Ibid.* Il pourra toutefois potentiellement revendiquer ses droits d’artiste interprète ainsi que son droit à l’image.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 38.

¹⁶⁹⁹ Il devrait en aller ainsi pour les nombreux noms des personnages issus de l’univers de la saga *Star Wars*, comme par exemple *Chewbacca* ou encore *Skywalker*.

¹⁷⁰⁰ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ « *il s’agit ici de compléter la protection autonome accordée au personnage de l’œuvre source sur la base de son aspect et de son nom, afin qu’il puisse conserver cette protection au sein de nouvelles œuvres* », *ibid.*

¹⁷⁰⁴ « *Le personnage ne se réduit pas au graphisme du sujet qui le campe, mais se caractérise par des traits physiques et psychologiques, par un comportement, par un environnement et par une façon de l’appréhender, tous éléments concourant précisément à la construction de l’identité ou du statut par lequel il se définit* », Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, cité par V. Serfaty, *ibid.*, p. 46.

peut faire l'objet d'une narration descriptive ou être suggéré à partir de quelques indices (propos tenus par le personnage, réactions vis-à-vis de certaines situations, notamment) »¹⁷⁰⁵. Vidal Serfaty abonde en ce sens, en précisant que « [l]e caractère du personnage se manifeste tout d'abord par sa façon d'être [...] [c]ela passera par sa gestuelle [...] son comportement et ses réactions [...] ses qualités et ses défauts, ses mœurs, ses idées, voire son manque d'idées »¹⁷⁰⁶. Celui-ci rajoute que les « modes d'expression du personnage »¹⁷⁰⁷ participent également à son originalité tout entière, par exemple lorsque le personnage adoptera « une voix singulière, des phrases, voire des onomatopées qui [rythmeront] ses aventures »¹⁷⁰⁸.

Evidemment, et puisque seule une création identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité peut être appréhendée par le droit d'auteur, le caractère du personnage devra être « suffisamment concrétisé »¹⁷⁰⁹. Ce sera le cas lorsque « ses manifestations extérieures [permettront] de tracer un profil psychologique avec une certaine sûreté »¹⁷¹⁰. L'affaire ne devrait pas poser grande difficulté devant le juge, comme nous avons déjà pu le démontrer, notamment au travers de l'affaire *Paradis*.

ii. Les éléments caractérisant l'environnement du personnage

Lorsque les éléments se rattachant à la personne même du personnage ne suffisent pas à caractériser son originalité, il reste encore la possibilité d'obtenir la protection au travers de l'environnement du personnage, lequel permettrait de « renforcer [son] identité »¹⁷¹¹. Il conviendrait là encore de distinguer l'« environnement personnel (la famille, les amis, les ennemis) »¹⁷¹² de l'« environnement matériel (ses biens, son domicile, son véhicule) »¹⁷¹³.

La prise en compte de ces différents éléments permettrait en effet à un personnage disposant d'un physique et d'un caractère banals de toutefois obtenir la protection du droit d'auteur. Il en ira par exemple ainsi pour le personnage de *Tarzan*, représenté avec une « culotte de

¹⁷⁰⁵ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 140.

¹⁷⁰⁶ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, l'auteur cite à ce propos l'arrêt de la cour d'appel de Versailles dans lequel le juge pris en compte le cri du personnage de *Tarzan* afin d'admettre sa protection, *Versailles, 6 nov. 1998*. Si Vidal Serfaty explique que « de simples onomatopées ou de cris » puissent être protégés par le droit d'auteur, il nous semble plus sage de conseiller à l'auteur souhaitant obtenir la protection de ce type de créations de se tourner vers la concurrence déloyale ou le droit des marques. Il en ira *a priori* différemment pour les lignes de dialogues de ces mêmes personnages.

¹⁷⁰⁹ Donc identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité... I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 140.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*

¹⁷¹¹ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ *Ibid.*

léopard »¹⁷¹⁴ et doté d'« *attributs permanents que sont la force, la bonté, le courage, la générosité...* »¹⁷¹⁵ mais aussi « *accompagné d'une jolie femme (Jane) et d'une guenon (Chita)* »¹⁷¹⁶. L'originalité du personnage de *Leelo* sera également renforcée suite à la prise en compte, par le juge, « *d'éléments scénographiques* »¹⁷¹⁷. Sa contrefaçon sera alors caractérisée par la présence des « *buildings modernes [dans la création contrefaisante] rappelant le décor du film dont la majeure partie de l'action se déroule dans les rues d'un Manhattan futuriste* »¹⁷¹⁸. C'est encore la combinaison de l'ensemble de ces éléments qui vont permettre au juge d'accorder la protection du droit d'auteur au personnage *la Comtesse Alexandra*, en caractérisant son originalité « *tout à la fois par son nom, son aspect physique, sa nationalité autrichienne, ses origines aristocratiques, la classe sociale des hobereaux d'Europe centrale à laquelle elle appartient, son mode de vie, ses mœurs libertines et enfin le fait qu'elle soit présentée comme la fiancée du 'Prince Malko Linge'* »¹⁷¹⁹.

Ainsi, le justicier *Batman*, représenté sur nos écrans par un personnage à forte musculature, n'obtiendra *a priori* la protection du droit d'auteur que grâce au choix de combiner le graphisme particulier de son costume, les différents gadgets qu'il utilise pour lutter contre le crime, son lien avec son environnement, ses motivations, *et cætera*¹⁷²⁰. Dès lors, un personnage qui reprendrait seulement les traits banals de *Batman* tout en se distinguant de lui sur tout le reste, ne devrait pas être jugé contrefaisant¹⁷²¹.

S'agissant enfin des éléments portés par les personnages, il ne fait aucun doute que les « *masques, maquillages, costumes, coiffures, accessoires [...] peuvent eux-mêmes faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur* »¹⁷²². Le créateur des costumes¹⁷²³ pourra ainsi bénéficier d'une protection du droit d'auteur sur sa contribution.

¹⁷¹⁴ TGI Paris, 21 janvier 1977, cité par V. Serfaty, *ibid.*, p. 44.

¹⁷¹⁵ B. Edelman, « Les droits d'un auteur sur son personnage », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 442.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*

¹⁷¹⁷ CA Paris, 8 septembre 2004 : *Sociétés SFR et Publicis Conseil c/ Luc Besson et société Gaumont*.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*

¹⁷¹⁹ *Cour d'appel de Paris, 1^{re} ch. A, 18-12-1990*.

¹⁷²⁰ Un auteur ne saurait « *protéger séparément tous les éléments qui se trouvent dans ses personnages mais seulement la combinaison de ces éléments qui, chacun, sont du domaine public* », TGI Paris, 31 janvier 1986, cité par V. Serfaty, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷²¹ Il devrait en aller ainsi pour le personnage de *Moon Knight* dont seuls le physique et les méthodes, tous deux banals, le rapprochent de *Batman* : « *[a]insi, un personnage ayant un caractère développé mais un physique banal ne saurait être la contrefaçon d'un personnage au physique similaire, mais au caractère différent* », V. Serfaty, *ibid.*, p. 41.

¹⁷²² V. Serfaty, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷²³ Défini par la Convention collective nationale des productions cinématographiques comme étant « *le collaborateur du réalisateur [qui] a la responsabilité artistique de la composition visuelle des personnages du*

Pour rester dans le thème, le célèbre *sabre laser* pourrait obtenir la protection du droit d'auteur¹⁷²⁴ de même que pour *Anduril*¹⁷²⁵, l'épée du personnage d'*Aragorn*, ou encore la *Batmobile* de... *Batman*¹⁷²⁶. Il est cependant à noter que l'auteur desdits costumes et accessoires n'est pas nécessairement l'auteur des personnages. Dans cette hypothèse, celui-ci ne disposera donc que de droits sur sa propre création et ne pourra pas être associé à l'auteur des personnages¹⁷²⁷. En tout état de cause, il ne pourra pas être considéré comme coauteur de l'œuvre audiovisuelle¹⁷²⁸.

*

En conclusion de l'analyse qui précède, Vidal Serfaty estime que la protection du personnage « *peut se définir comme un ensemble de caractéristiques, constantes ou stables, telles que l'apparence physique, le nom, le caractère, le mode d'expression et l'entourage personnel et matériel, permettant la pérennisation du personnage et de son environnement au-delà de l'œuvre source* »¹⁷²⁹. C'est ainsi dans la combinaison de ces différentes caractéristiques que la créativité des choix de l'auteur s'appréciera, avec elle l'originalité de sa création et sa protection par le droit d'auteur¹⁷³⁰.

film, en référence au scénario. Il assure, durant la préparation et le tournage, la coordination et le suivi de la conception et de la réalisation des costumes et des accessoires », cité par B. Montels, Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 85.

¹⁷²⁴ La protection d'objets n'étant en effet pas inconnue du droit d'auteur : « *pour des meubles destinés à un hôtel particulier (TGI Paris, 17 déc. 2002 : D. 2003, p. 2089, note B. Edelman ; RIDA 1/2004, p. 258) ; pour des tables (les célèbres tables d'Yves Klein, TGI Paris, 3^e ch., 9 nov. 2010 et CA Paris, 7 janv. 2011 : RLDI 2011/68, n° 2224. – Sur ce sujet, V. N. Walravens-Mardarescu, Les tables d'Yves Klein, peintre de l'immatériel, protégées par le droit d'auteur : RLDI 2011, n° 2293) », C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*.*

¹⁷²⁵ Qui se démarque notamment des autres armes de ce genre par les inscriptions présentes sur sa lame.

¹⁷²⁶ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 45.

¹⁷²⁷ *Cass. Ire civ., 3 nov. 1988*, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁷²⁸ A moins que sa contribution apparaisse comme étant essentielle à l'œuvre audiovisuelle dans son ensemble.

¹⁷²⁹ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷³⁰ Il a été jugé en ce sens que « *[l]appréciation qui doit être portée sur un personnage doit l'être de manière globale afin de dégager une impression d'ensemble et non pas faire l'objet d'un examen détaillé élément par élément. Il convient de combiner l'aspect physique du personnage, tel qu'il résulte de son habillement, avec ses attitudes comportementales. En conséquence, est original et donc protégeable au titre du droit d'auteur, le personnage équipé de coudières, genouillères, gants et casque dont la couleur dominante est le jaune ainsi que de grosses lunettes de protection noires, alors que d'une part, si chacun des éléments constituant son habillement sont connus et d'usage courant et que pris séparément ils appartiennent au fond commun de l'univers vestimentaire, en revanche, leur combinaison qui présente une pérennité certaine d'une représentation à l'autre, révèle un parti pris esthétique et une recherche qui traduit un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leur créateur en conférant à ce personnage une personnalité propre identifiable et que d'autre part, les attitudes comportementales de ce personnage présentent des caractéristiques propres qui concourent à créer son grotesque*

C'est précisément grâce à cette combinaison que la protection sera accordée aux « *Aliens* »¹⁷³¹ du film éponyme ainsi qu'à « *l'Alien Reine* »¹⁷³². Cette protection sera encore retenue pour le personnage principal de ce film, l'humaine *Ellen Ripley*. Le juge précisera à ce propos que ce personnage obtient la qualité d'œuvre de l'esprit notamment parce qu'elle est transformée en « *androïde, un robot, contrôlant les Aliens par un procédé technique* »¹⁷³³ et du fait de « *l'ambiguïté* »¹⁷³⁴ de ses relations avec « *les Aliens* »¹⁷³⁵. Or, ce personnage n'est transformé que dans le 4^e film et son ambiguïté n'apparaît véritablement qu'à partir du 3^e¹⁷³⁶. Auparavant, l'originalité du personnage d'*Ellen Ripley* ne pouvait donc être déduite que de l'association de son nom et de ses caractéristiques physiques et psychologiques.

Il apparaît toutefois que ces dernières, issues des 1^{er} et 2^e films, sont particulièrement banales : il s'agit, concrètement, d'un personnage qui est prêt à tout pour survivre à l'attaque de nombreux monstres. Son nom seul, relativement commun aux États-Unis, ne nous paraît pas non plus porteur d'originalité. De plus, il faudra attendre le dernier épisode de la saga *Alien* afin de le connaître en entier¹⁷³⁷.

Dès lors, il nous semble possible de retenir de cet arrêt que l'originalité d'un personnage peut parfaitement se révéler dans les œuvres qui vont succéder sa première apparition à l'écran. Partant, seule la reprise des différents éléments précités combinés avec « *l'ambiguïté* »¹⁷³⁸ de sa relation avec les *Aliens* découverte dans les 3^e et 4^e films nous semblera contrefaisante¹⁷³⁹. Au contraire, la reproduction des caractéristiques banales de ce personnage aperçues dans les 1^{er} et 2^e films resterait licite¹⁷⁴⁰.

et son ridicule », Paris, Chambre 4 section A, 9 Mai 2007, n° 06/05653 : JurisData n° 2007-340823 ; Comm. com. électr. 2007, comm. 147, obs. C. Caron.

¹⁷³¹ « *les Aliens, ces monstres sanguinaires et doués d'une force exceptionnelle* », CA Paris, 4e ch. A, 12 mai 2004, *Iaichouchene c/ Sté Twentieth Century Fox Film Corporation*. Il nous semblerait toutefois plus judicieux d'axer davantage l'analyse de la créativité de ces personnages sur leur graphisme particulier plutôt que sur ces éléments physiques et psychologiques finalement relativement banals.

¹⁷³² « *l'Alien Reine, caractérisée par son système de reproduction très particulier (la reine pond des neufs desquels jaillissent des Aliens pondueuses qui vont insérer un embryon d'Alien dans le corps d'hôtes humains au sein desquels ils vont se développer)* », *ibid.*

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ A partir du troisième film lorsque *Ellen Ripley* porte en elle un *Alien* qui se développe mais également dans le quatrième film lorsque l'ADN de *Ripley* est mélangé avec celui de *l'Alien Reine*.

¹⁷³⁷ On ne la connaît que sous le nom de *Ripley* dans les trois premiers films.

¹⁷³⁸ CA Paris, 4e ch. A, 12 mai 2004, *Iaichouchene c/ Sté Twentieth Century Fox Film Corporation*.

¹⁷³⁹ Ce qui a donc été jugé dans cet arrêt du 12 mai 2004.

¹⁷⁴⁰ Les éléments banals d'un personnage éventuellement protégé échappent toujours à la protection lorsqu'ils sont envisagés seuls. Il en ira notamment pour les éléments qui portent sur la nationalité du personnage, son passé

Il devrait en aller de même pour le personnage de *Bishop*, protégé par le droit d'auteur au titre d'œuvre de l'esprit, mais dont la véritable nature n'est toutefois révélée qu'à la fin du 3^e film¹⁷⁴¹. Il ne s'agissait avant cela que d'un banal androïde censé aider les humains à naviguer dans l'espace.

S'agissant du film *New-York 1997* et de son *remake* contrefaisant *Lock Out*, il n'est absolument pas certain que les personnages principaux des deux films accèdent à la protection du droit d'auteur. Si le juge s'était en effet servi des caractéristiques du personnage de *Snake* repris dans le film *Lock Out* afin de caractériser la contrefaçon, ces caractéristiques, extraites du film protégé par le droit d'auteur dont ils font partie, sont relativement banales, à l'instar de leur figure « *d'anti-héros* »¹⁷⁴². Leur seule reprise dans une autre création ne devrait ainsi pas être jugée contrefaisante. Et si le doute reste permis s'agissant de la protection du personnage principal des deux films, il l'est beaucoup moins pour le personnage secondaire de *Maggie* qui va notamment provoquer l'intrigue amoureuse de ces deux œuvres cinématographiques. En effet, son nom, son physique ainsi que son caractère sont éminemment banals. Le lien que le personnage entretient avec son environnement l'est tout autant. La combinaison des deux ne dérogeant pas à ce constat, elle ne devrait dès lors pas permettre à ce personnage d'obtenir la protection du droit d'auteur. Mais si ceux-ci échappent à toute protection par le droit d'auteur du fait de leur grande banalité, cela ne veut toutefois pas dire qu'ils ne peuvent pas participer à l'originalité de l'œuvre entière, comme le rappelle d'ailleurs parfaitement le juge dans l'arrêt *Lock Out c/ New-York 1997*¹⁷⁴³.

b. L'originalité des chorégraphies

Il n'est absolument pas rare de retrouver dans des œuvres audiovisuelles certaines chorégraphies. On retrouvera généralement ces dernières dans les comédies-musicales¹⁷⁴⁴ et dans les films dits « d'action »¹⁷⁴⁵, cette liste n'étant pas limitative¹⁷⁴⁶.

militaire, sa taille, voire le fait qu'il dispose d'un « hypersens », *CA Paris, pôle 2, ch. 1, 26 nov. 2014, n° 13/01472, G. V. c/ Me G. A. et a.*

¹⁷⁴¹ « *Bishop, qui, apprend-t-on à la fin du troisième épisode, est un scientifique qui avait créé un androïde à son image et à qui il avait donné pour mission de lui ramener un spécimen d'Alien sur Terre pour lui permettre de l'étudier, personnage non transformé par les appelants* », *ibid.*

¹⁷⁴² *Cour d'appel, Paris, 4e chambre, section B, 8 septembre 2006 – n° 04/12546.*

¹⁷⁴³ *CA Paris, 5-2, 10 juin 2016, no 15/10188, Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.*

¹⁷⁴⁴ La chorégraphie des pas de danse, par exemple.

¹⁷⁴⁵ Il s'agira à ce moment-là de la chorégraphie des combats.

¹⁷⁴⁶ Voir notamment l'arrêt suivant, accordant la protection du droit d'auteur à un défilé de mode : *Cass. crim., 5 févr. 2008, n° 07-81.387, FS-P+F, Roberts et al. c/ Chanel et al. : JurisData n° 2008-042724.*

Elles ont toutes la possibilité d'obtenir la protection du droit d'auteur, cela « *ne prête ici aucunement à discussion* »¹⁷⁴⁷. Mais pour ce faire, il faudra une nouvelle fois passer par l'étude des différents choix réalisés par le chorégraphe.

Ainsi, « *l'originalité de chorégraphies et mises en scène de ballets réside dans les choix opérés par le chorégraphe 'tant s'agissant des pas effectués par les danseuses que des mouvements de bras et de tête qui y sont associés, et l'association des danses de différentes provenances', 'le rythme donné à la gestuelle utilisée, évocatrice de danses rituelles', ou encore 'l'alternance des pas de danse retenus, l'association audacieuse revendiquée des pas de bourrée avec des mouvements d'enveloppement sur une musique d'origine sud-américaine'* »¹⁷⁴⁸.

Au contraire, le chorégraphe qui se limitera à « *la seule description d'un mode de danse classique contenant des postures de danses latines* »¹⁷⁴⁹ est de fait « *trop imprécise pour déterminer les contours de la création revendiquée, et insusceptible de révéler l'empreinte de la personnalité de son auteur* »¹⁷⁵⁰. La banalité reste toujours exclusive de toute appropriation.

En tout état de cause, l'auteur de la chorégraphie ne saura être assimilé aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle que dans l'hypothèse où il aura réalisé ladite chorégraphie pour l'œuvre audiovisuelle et que celle-ci s'avèrera essentielle à cette dernière¹⁷⁵¹, à l'instar de l'auteur de la composition musicale¹⁷⁵². Dans le cas contraire, la chorégraphie pourra obtenir la protection du droit d'auteur mais son auteur ne disposera d'aucun droit sur l'œuvre audiovisuelle finalement réalisée¹⁷⁵³.

¹⁷⁴⁷ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, qui cite à ce propos un certain nombre de jurisprudences accordant la protection du droit d'auteur à des chorégraphies en dehors de la matière audiovisuelle : « *T. corr. Seine, 10e ch., 9 févr. 1957 : JCP G 1957, II, 10031, pour un numéro dit de « transformisme à vue » ; CA Versailles, 1re ch., 9 juill. 1991 : RIDA 4/1993, p. 208, pour le personnage original créé par un mime ; TGI Paris, 3e ch., 20 déc. 1996 : RIDA 3/1997, p. 351 ; JCP E 1998, p. 1251, obs. D. Bougerol, pour la protection du numéro d'un illusionniste (homme volant) et de sa mise en scène ; CA Bruxelles, 9e ch., 18 sept. 1998 : RIDA 1/1999, p. 372, concernant une scène de ballet interprétant le mythe d'Icare ; et pour une chorégraphie « tecktonik » : CA Paris, pôle 5, 1re ch., 30 oct. 2013, n° 11/21339 : RLDI déc. 2013, n° 3279, obs. L. Costes. ».*

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, citant CA Paris, pôle 5, 1re ch., 13 mars 2018, n° 17/10025 : LEPI juill. 2018, p. 2, obs. A. Lucas ; *Prop. intell.* 2018, n° 68, p. 50, obs. C. Bernault.

¹⁷⁴⁹ CA Paris, pôle 5, 1re ch., 13 mars 2018, n° 17/10025 : LEPI juill. 2018, p. 2, obs. A. Lucas ; *Prop. intell.* 2018, n° 68, p. 50, obs. C. Bernault, cité par C. Bernault, *ibid.*

¹⁷⁵⁰ *Ibid.* Nous ne voyons toutefois pas en quoi « *la description d'un mode de danse classique contenant des postures de danses latines* » ne permettrait pas de « *déterminer les contours de la création revendiquée* ». En revanche, et du fait de sa banalité, celle-ci doit effectivement échapper à toute revendication.

¹⁷⁵¹ B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 84.

¹⁷⁵² TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 3 déc. 2010, M. Abramovic c/ Sté Regards Productions et al. : inédit.

¹⁷⁵³ Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1, 28 mai 2014 – n° 12/21371.

c. L'originalité des décors

Les décors et autres œuvres architecturales représentés à l'écran peuvent également accéder à la protection du droit d'auteur, offrant alors la possibilité à leur auteur¹⁷⁵⁴ d'être assimilé aux autres coauteurs de l'œuvre audiovisuelle¹⁷⁵⁵ si leur contribution « *affecte l'œuvre dans son ensemble* »¹⁷⁵⁶. Dans le cas contraire, les auteurs n'auront de droits que sur leur contribution particulière et ne bénéficieront pas de la qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle.

De manière classique, la protection des décors reste subordonnée au respect des exigences de la condition d'originalité¹⁷⁵⁷ et celles-ci seront forcément davantage accessibles pour les créations de pure imagination.

Les fabuleuses cités présentées dans la trilogie du *Seigneur des Anneaux* devraient par exemple bénéficier de la protection du droit d'auteur : il ne s'agit en effet pas simplement de structures reprenant les codes médiévaux et de ce fait banals des châteaux du Moyen-Age et de la Renaissance, mais bien au contraire d'environnements pensés pour présenter des sociétés glorieuses ou déchues. Les choix prédominent donc à leur réalisation, laquelle évite *in fine* toute banalité¹⁷⁵⁸. Il devrait en aller de même pour la célèbre *Etoile de la mort* présente dans *Star Wars* ou encore les nombreux vaisseaux spatiaux¹⁷⁵⁹ de cet univers. Récemment, le juge a encore accordé dans un autre mais finalement assez proche registre, la protection à la célèbre fusée de l'album de bande dessinée *Objectif Lune* d'Hergé, notamment en ce qu'elle « [*se distingue des fusées V2 allemandes dont elle s'inspire*] par le nombre d'ailerons, la forme, l'antenne présente sur la pointe, les amortisseurs semi-sphériques, la porte et le treuil de

¹⁷⁵⁴ Le chef décorateur, défini par la Convention collective nationale de la production cinématographique comme étant « *le collaborateur du réalisateur [qui] a la responsabilité artistique et technique des décors du film. Il est chargé par le producteur, en accord avec le réalisateur, de la conception, de l'aménagement, et de la construction des décors conformément au scénario et au plan de travail dans le cadre du budget* », cité par B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 85.

¹⁷⁵⁵ A la condition *sine qua non* que ledit décor ait été spécialement réalisé pour l'œuvre audiovisuelle.

¹⁷⁵⁶ Voir par exemple l'arrêt suivant, qui admet la qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle à celui qui aura notamment réalisé les décors du film *Arthur et les Minimoys*. Le juge en conclut alors qu'une « *telle contribution [...] ne peut en tout état de cause être qualifiée de non essentielle à la création intellectuelle de l'œuvre alors qu'elle consiste à poser les bases et à créer l'univers graphique de celle-ci* », TGI Paris, 8 janvier 2016 cité par B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 84-85.

¹⁷⁵⁷ CA Douai, 1^{re} ch., 2^e sect., 27 oct. 2009, n° 08/00477, cité par C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*.

¹⁷⁵⁸ Il est toutefois à noter que dans ce cas d'espèce précis, les décors réalisés par les films du *Seigneur des Anneaux* sont des reproductions des décors décrits par J. R. R. Tolkien dans ses romans. Ceux-ci étant résolument créatifs, donc protégés par le droit d'auteur, l'accord des ayants droits de J. R. R. Tolkien s'impose avant de les reproduire, ce afin d'éviter toute action en contrefaçon.

¹⁷⁵⁹ Les X-Wings et autres Y-Wings...

chargement. L'ensemble de ces éléments confère à cette fusée une physionomie spécifique tout en rondeur (fuselage évasé, tripodes arrondis) et dynamique. Le choix du damier rouge et blanc est lui aussi une création propre à Hergé »¹⁷⁶⁰.

A l'inverse, le « décor composé d'un canapé avec en arrière-plan la cuisine ouverte et deux portes dont l'une donne sur l'extérieur alors que la caméra est censée être fixée dans la télévision »¹⁷⁶¹ échappera à la protection du droit d'auteur, pour la simple et bonne raison « qu'il reprend l'agencement classique des appartements citadins »¹⁷⁶². Il fait donc preuve de banalité, à l'instar du choix de représenter « une ville futuriste dans laquelle se meuvent des objets et vaisseaux volants »¹⁷⁶³, qui est un « thème fréquent dans la littérature et le cinéma de science-fiction »¹⁷⁶⁴. Il en ira de même du choix de présenter des vaisseaux au « relatif luxe intérieur »¹⁷⁶⁵ et dotés de « lits tiroirs »¹⁷⁶⁶, dont la seule reprise dans une autre création ne suffit pas à caractériser un acte contrefaisant.

*

Compte tenu de la lettre de l'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle qui n'envisage qu'une présomption simple, donc réfragable, des différents auteurs de l'œuvre audiovisuelle et de la nature même de cette dernière qui, nous l'avons vu, engage souvent de nombreux intervenants pour sa réalisation, cette analyse ne peut évidemment pas se révéler exhaustive.

L'affaire est en réalité parfaitement simple : toutes les personnes contribuant à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle peuvent revendiquer leur qualité d'auteur, *in fine* la protection de leur contribution¹⁷⁶⁷. Mais, en tout état de cause, le juge se montrera peu accueillant pour bon

¹⁷⁶⁰ *TJ Marseille, 1re civ., 17 juin 2021, n° 19/03947.*

¹⁷⁶¹ *TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 9 juin 2016, n° 14/07855, S. W. et R. N. c/ SARL Caillasse Production et a., inédit, confirmé par CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1er déc. 2017, n° 16/17842, S. W. et R. N. c/ SASU KM et a., inédit.*

¹⁷⁶² *Ibid.*

¹⁷⁶³ *Cour d'appel, Paris, 4e chambre, section B, 8 septembre 2006 – n° 04/12546.*

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ « les éléments des œuvres audiovisuelles sont divers et le cercle des coauteurs ouvert à tous ceux qui ont produit un travail créateur. Or, qu'un réalisateur abdique ses responsabilités et qu'il laisse à ses collaborateurs l'initiative de faire à sa place œuvre créatrice, ceux-ci, qui seront le cameraman, le directeur de la photographie, le monteur et d'autres encore, pourront avec succès revendiquer la qualité de coauteur de l'œuvre d'ensemble. [...] Dans tous les cas, il n'est guère possible de prévoir une solution d'ensemble car les situations varient considérablement d'une réalisation à l'autre », D. Gaudel, *Les vidéogrammes à la recherche de leur identité : RIDA févr. 1973, p. 3, spéc. p. 45*, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

nombre de créations que nous envisagerons plus tard. En attendant, nous avons ainsi souhaité nous limiter à l'étude strictement jurisprudentielle des revendications, lors d'actions en contrefaçon, de ces principaux intervenants, en plus de celles des différents coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, présumés par l'article L.113-7.

Afin de garantir aux acteurs du cinéma une certaine sécurité juridique, une analyse juridique du processus créatif semble absolument indispensable à la matière qui nous intéresse, où de nombreux auteurs vont collaborer à la réalisation d'une œuvre cinématographique.

Autant d'auteurs potentiels donc, qui pourront ainsi revendiquer en justice la protection de leurs créations devant l'indélicat qui les aura reprises, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Autant d'auteurs potentiels qu'il conviendra alors d'identifier.

Sous-paragraphe 3 : L'identification des multiples auteurs de l'œuvre audiovisuelle

La liste des quelques présumés co-auteurs d'une œuvre audiovisuelle, alourdie par les nombreux potentiels autres co-auteurs d'une œuvre audiovisuelle, apporte avec elle son lot de difficultés.

Nous l'avons vu, les différents intervenants de l'article L.113-7 ne sont tout d'abord que présumés co-auteurs de l'œuvre audiovisuelle. Une simple « *preuve contraire* »¹⁷⁶⁸ suffit donc à renverser la présomption dont ils bénéficient *de facto*. A l'inverse, nombreux sont ceux qui revendiqueront la qualité d'auteur en tentant d'apporter la preuve que leur création résultera effectivement d'un certain nombre de choix libres et créatifs qu'ils auront pu effectuer.

S'il appartient nécessairement à ces différents intervenants de prouver que leur création est bien originale afin d'obtenir la protection du droit d'auteur, le juge présumera quelquefois la qualité d'auteur de l'œuvre audiovisuelle à celui au nom duquel l'œuvre aura été divulguée¹⁷⁶⁹. Cette possibilité ne sera toutefois pas toujours jugée suffisante à la caractérisation de la qualité d'auteur. Il semble ainsi indispensable d'en revenir systématiquement à la condition d'originalité, fondamentale en droit d'auteur.

¹⁷⁶⁸ Article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁶⁹ Article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».

1. L'identification des auteurs présumés de l'œuvre audiovisuelle

La qualité d'auteur est présumée pour celui qui aura divulgué l'œuvre sous son nom. Certains éléments factuels permettront donc parfois au juge d'attribuer cette qualité à la personne qui aura *a priori* contribué à la réalisation de l'œuvre audiovisuelle, et ce en dehors de toute recherche de l'originalité de ladite contribution.

A titre d'exemple, la présence d'une personne au générique d'un film sera parfois suffisante afin de lui permettre de bénéficier de la présomption de qualité d'auteur prévue à l'article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷⁷⁰. Cette présomption pourra également naître « *d'une simple déclaration dans une lettre de société d'auteurs et d'une citation dans un ouvrage consacré au cinéma* »¹⁷⁷¹, y compris en l'absence d'une telle mention au générique du film.

L'analyse des nombreuses jurisprudences s'intéressant à l'identification des véritables auteurs d'une œuvre audiovisuelle invite toutefois à la prudence. La plupart du temps, il s'avèrera en effet que la seule présence du nom de l'auteur dans ce type de document sera jugée artificielle par le juge, insuffisante *in fine* à la caractérisation de l'originalité de sa contribution.

Il arrivera ainsi qu'un juge refuse la qualification de coauteur à une personne pourtant identifiée dans un générique comme étant coréalisatrice et coscénariste de l'œuvre audiovisuelle¹⁷⁷², notamment en ce que le contrat de production ne lui attribue pas de telles qualités¹⁷⁷³. Une analyse *in concreto* du juge révélera d'ailleurs que la personne identifiée dans ledit générique

¹⁷⁷⁰ « Pour pouvoir bénéficier de la présomption de qualité d'auteur prévue à l'article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle, il faut démontrer que l'on a exercé l'une des cinq fonctions visées par ce texte, parmi lesquelles celle de réalisateur. Dans la plupart des cas, le générique suffira à apporter cette preuve », B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2007.

¹⁷⁷¹ CA Paris, 14e ch., sect. B, 6 févr. 2009, SAS Lobster Films et al. c/ Les éditions René Château : inédit ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 décembre 2012, 11-26.151, Inédit.

¹⁷⁷² « il ressort du visionnage du court-métrage 'Murmures' auquel la cour a procédé, que M. Bouba Landrille TCHOUDA y est omniprésent et que son nom figure au crédit de l'œuvre, présentée au début du générique comme 'Un film de Marine BILLET et de Bouba Landrille TCHOUDA' ainsi qu'au générique de fin par la mention 'scénario Marine BILLET avec Bouba Landrille TCHOUDA' », Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 1, 28 mai 2014 – n° 12/21371 ; CA Paris, 26 févr. 2016, n° 15/04724

¹⁷⁷³ « il résulte du contrat signé le 10 septembre 2007 par M. Bouba Landrille TCHOUDA et la SARL SENSITO Films que celui-ci a été engagé en qualité d'interprète du film 'Murmures', le dit film devant par ailleurs être réalisé par Marine BILLET d'après un scénario original de Marine BILLET », *ibid.* Il est d'ailleurs à noter que lorsque le contrat fait mention du réalisateur, sa qualité d'auteur peut également être rejetée par le juge, en atteste cette décision, à juste titre très fortement critiquée par la doctrine, Cass. 1re civ., 30 sept. 2003, Chaye et al. c/ Charnelu vidéo.

aura en réalité été totalement exclue du processus créatif¹⁷⁷⁴. Le juge en conclura en conséquence que sa présence au générique « *ne peut être interprétée que comme une formule rendant hommage au travail de l'artiste interprète et en aucun cas comme une preuve de cotitularité des droits d'auteur sur cette œuvre* »¹⁷⁷⁵.

Dans une autre décision, le juge refusera également de « *tenir compte d'une mention ambiguë sur la version étrangère d'un générique de film et d'une référence dans un livre spécialisé* »¹⁷⁷⁶ car « *il n'appartient pas aux auteurs de livre sur le cinéma de décider de la paternité des œuvres* »¹⁷⁷⁷. Pareille solution sera rendue à propos des seules « *déclarations à une société d'auteurs* »¹⁷⁷⁸. Celles-ci ne permettent donc pas d'attribuer automatiquement à leur bénéficiaire la qualité d'auteur, de la même manière que l'auteur d'une œuvre audiovisuelle ne peut pas accorder de lui-même à un intervenant la qualité de coauteur. En effet, ni « *une société collective, [ni] les auteurs présumés d'une œuvre audiovisuelle n'ont le droit de dire qui est auteur et qui ne l'est pas* »¹⁷⁷⁹ et, « *en cas de blocage, il conviendra de saisir la juridiction compétente* »¹⁷⁸⁰.

Finalement, il reviendra ainsi à la personne revendiquant la qualité d'auteur de prouver, indépendamment de l'existence de tels documents, que sa contribution résulte bien de choix libres et créatifs, révélateurs du reflet de sa personnalité.

¹⁷⁷⁴ « *Considérant en outre qu'il ressort sans ambiguïté du visionnage du 'making of' du court-métrage 'Murmures' [...] que Mme Marine BILLET donne en permanence des directives à M. Boubou Landrille TCHOUDA dans l'exécution de la chorégraphie, effectuant ainsi un véritable travail de direction d'artiste ; Considérant enfin que les attestations des personnes ayant participé au film (M. Nicolas BROSETTE, Mme Leslie COUTTERAND, M. Jérémie AMBERT) témoignent des heures passées par Mme Marine BILLET seule à l'écriture du scénario entre janvier 2005 et octobre 2007 ; que les attestations des collaborateurs de Mme Marine BILLET sur le film 'Murmures' [...] confirment toutes la qualité de Mme Marine BILLET en tant qu'unique réalisatrice du court-métrage* », *ibid.*

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2009 ; voir également l'arrêt suivant, écartant la qualité de coauteur à une personne mentionnée avec une même ambiguïté au générique d'un film, *Cass. civ. 1re, 20 octobre 2003 : Kazi c/ A. Desjardins et Société Alizé Diffusion.*

¹⁷⁷⁷ *TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 9 sept. 2008, C. D. c/ Sté TVOR et al., aff. Don Camillo : Légipresse 2008, n° 255, I, p. 131 et 136*, cité par B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2009.

¹⁷⁷⁸ *TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 19 nov. 2008, A. Algoud c/ SNC StudioCanal Vidéo et al., aff. Nulle Part Ailleurs : Légipresse 2009, n° 258, I, p. 14*, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁷⁷⁹ *TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 13 oct. 2016, n° 16/10820, A. C. et a. c/ SCAM : JurisData n° 2016-024030*, confirmé par *CA Paris, pôle 5, ch. 2, 16 févr. 2018, n° 16/25612, A. C. et a. c/ SCAM*, inédit.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*

2. L'indispensable recherche de l'originalité des contributions

Pour assurer à la personne identifiée sur un quelconque document la qualité de coauteur de l'œuvre audiovisuelle ou pour au contraire renverser à son avantage la présomption légale posée par l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, il convient nécessairement de revenir à l'essentiel, c'est-à-dire à l'identification et à l'analyse de la création revendiquée sous l'angle de la condition d'originalité¹⁷⁸¹.

On se rend compte ce faisant que la plupart des intervenants à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, qu'elle soit cinématographique ou non, se limitent en réalité à une simple mise en application d'un savoir-faire ne leur permettant pas de bénéficier de la qualité de coauteur¹⁷⁸².

Il en ira par exemple ainsi pour la personne chargée de la seule colorisation¹⁷⁸³ d'un film ou encore de sa restauration¹⁷⁸⁴. Et si celui qui aura réalisé le montage¹⁷⁸⁵ de la création audiovisuelle a pu parfois se voir reconnaître la qualité d'auteur¹⁷⁸⁶, cette qualification devrait rester en pratique exceptionnelle du fait de l'assujettissement évident des choix du monteur à ceux du réalisateur¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸¹ J.-A. Bénazéraf, V. Barthez, *Rapport de mission : La preuve de l'originalité*, Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique, pp. 53-54.

¹⁷⁸² Selon Benjamin Montels, telle qualité est par ailleurs rarement revendiquée en justice pour deux raisons principales : d'une part parce qu'elle implique « un contentieux avec le producteur et le réalisateur qui ont pour fonction de choisir l'équipe technique de chaque film », d'autre part parce qu'elle fait craindre « une diminution de [la] part salariale [des techniciens] au profit d'une part en droits d'auteur, entraînant alors une baisse de leurs prestations sociales », B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 82.

¹⁷⁸³ A propos du film *The Asphalt Jungle*, CA Versailles, 19 déc. 1994 : « Mais considérant que la colorisation est une technique fondée sur l'utilisation de l'ordinateur et du laser ; qu'elle permet, après le transfert de la bande originale en noir et blanc sur un support vidéographique, de donner des couleurs à un film qui n'en avait pas à l'origine ; que la mise en œuvre d'un tel procédé n'est en aucun cas assimilable à une adaptation laquelle se définit "comme une œuvre originale à la fois par l'expression et la composition" même si elle emprunte des éléments formels à l'œuvre préexistante ; que loin de répondre à ces critères "la colorisation" ne consiste en effet qu'à modifier l'œuvre par adjonction d'un élément jusqu'alors étranger à la conception esthétique du créateur. »

¹⁷⁸⁴ A propos du film *Les Vampires*, CA Paris, 4^e ch., 5 oct. 1994. Cette restauration n'avait en effet comme but que « de faire revivre l'œuvre telle qu'elle était à l'origine ».

¹⁷⁸⁵ Soit le chef monteur, défini par la Convention collective nationale de la production cinématographique (CCNPC) comme étant celui « qui donne au film sa construction et son rythme par l'assemblage artistique et technique des images et des sons, dans l'esprit du scénario », cité par B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 81.

¹⁷⁸⁶ Admettant l'originalité d'un montage : CA Paris, 4^e ch., 12 déc. 1995 : D. 1997, p. 237, note B. Edelman. Voir a contrario, CA Paris, pôle 5-2, 3 oct. 2014, n° 13/21736.

¹⁷⁸⁷ « Le chef monteur se contentera donc – dans les cas les plus courants – d'appliquer les directives de ce dernier, ce qui requiert surtout un savoir-faire technique », B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

Il en ira généralement de même pour le directeur de la photographie¹⁷⁸⁸, dont l'activité créatrice répond également aux exigences du réalisateur¹⁷⁸⁹ : les choix créatifs qu'il va réaliser n'auront donc pas été pris librement, ce qui le privera la plupart du temps de la qualité de coauteur¹⁷⁹⁰. Pareille solution sera presque toujours retenue pour la totalité des techniciens participant à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle¹⁷⁹¹, exception mise à part¹⁷⁹².

En tout état de cause, les compétences et les qualités de l'intervenant ne devraient jamais influencer sur le juge lorsqu'il lui revient d'analyser l'originalité de la contribution. Ainsi, « *le seul fait de recourir aux services d'un photographe professionnel 'n'induit pas [...] que ce professionnel ait ipso facto 'un rôle 'créateur' »*¹⁷⁹³. Pour résumer, le fait que les tableaux cauchemardesques présentés dans le film *La maison du docteur Edwardes* ait été réalisés par Salvador Dali ne permet d'en tirer une quelconque conclusion sur la qualité desdits tableaux au sens du droit d'auteur. Cette même analyse doit d'ailleurs être tenue pour le film en lui-même : si la reconnaissance de son originalité ne posera *a priori* aucune difficulté devant le juge, celle-ci

¹⁷⁸⁸ Défini par la Convention collective nationale de la production cinématographique (CCNPC) comme étant celui qui « *a la responsabilité de la qualité technique et artistique de la photographie et des prises de vues du film* », cité par B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3^e édition, LexisNexis, 2017, p. 81.

¹⁷⁸⁹ Dans un arrêt, le juge qualifiera d'ailleurs le directeur de la photographie comme étant l' « *auxiliaire technique du réalisateur* » : CA Paris, Pôle 6, ch. 5, 9 mars 2017, n° 13/08651, J.-P. Z. c/ SAS Tout sur l'écran, inédit. A ce propos, « *la Convention collective nationale de la production cinématographique (CCNPC) [affirme que] le directeur photo agit « en fonction des demandes artistiques du réalisateur », ce dernier supervisant toutes les étapes de la création et établissant, avec le producteur, la « version définitive » de l'œuvre selon l'article L. 121-5, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle* », B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2017.

¹⁷⁹⁰ TGI Paris, 10 nov. 1979 : D. 1981, p. 81, Cl. Colombet ; CA Paris, 2 nov. 1981 : D. 1983, p. 91, Cl. Colombet ; TGI Paris, 30 nov. 2012, *Le Rat des Villes* : *Comm. com. électr.* 2013, *chron.* 6, B. Montels ; TGI Paris, 22 sept. 2009, *La Marche de l'Empereur* : *Comm. com. électr.* 2010, *chron.* 6, B. Montels ; TGI Paris, 6 févr. 2008, *Shoah* : RIDA 4/2008, p. 511 ; JCP E 2009, 1918, D. Bougerol ; CA Paris, 4 juill. 2012, n° 10/20139, *Bienvenue chez les Ch'tis* : *Comm. com. électr.* 2013, *chron.* 6, B. Montels, cités par Benjamin Montels, lequel précise toutefois que « *[d]es multiples techniciens, le directeur photo est sans doute celui qui a les responsabilités esthétiques les plus marquées et le réalisateur lui laisse parfois une grande autonomie dans leur exécution (il n'y a qu'à penser aux directeurs photo les plus célèbres, tels que N. Almendros ou plus récemment D. Khondji, qui ont considérablement fait évoluer le style cinématographique). Son rôle peut donc apparaître créatif, dès lors qu'il imprime, de par ses choix, l'essentiel de la forme visuelle de l'œuvre* », B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019

¹⁷⁹¹ Soit les différents cadres ou encore le chef opérateur des prises de son, lire sur ce point B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁷⁹² Admettant par exemple l'originalité – sans doute très faible – de la contribution du « *cameraman de plateau [qui aura conservé] le choix des éclairages et des prises de vues* », CA Paris, 17 juin 1988 : D. 1988, *inf. rap.* p. 306, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁷⁹³ C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, citant CA Bordeaux, 1^{re} ch., 29 avr. 1997 : RIDA 3/1998, p. 260, mais également TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 27 sept. 2004 : *Comm. com. électr.* 2004, *comm.* 153, *obs.* C. Caron ; TJ Paris, 3^e ch., 9 oct. 2020, BUG c/ IXOW France et a. : LEPI déc. 2020, p. 2, *obs.* S. Chatry et CA Paris, pôle 5-1, 22 sept. 2020, n° 18/19018 : *JurisData* n° 2020-016123 ; LEPI nov. 2020, p. 3, *obs.* A. Zollinger ; *Propri. intell.* 2021, n° 78, p. 41, *obs.* J.-M. Brugnière.

devra nécessairement reposer sur d'autres fondements que les compétences artistiques d'Alfred Hitchcock.

*

Une fois les différents auteurs de l'œuvre audiovisuelle identifiés, il appartiendra alors à celui qui souhaite exploiter ladite œuvre de s'assurer que tous les droits de l'œuvre lui ont bien été cédés. Car, finalement, « [s]eule une rédaction détaillée des contrats permettra d'éviter le désordre »¹⁷⁹⁴, avec lui les actions en contrefaçon.

Cette recherche ne doit ainsi jamais être négligée, y compris pour les créations audiovisuelles dites de « petite monnaie ».

Section 2 : L'originalité de la « petite monnaie » des œuvres audiovisuelles

Si l'originalité de l'œuvre audiovisuelle traditionnelle prise tout entière n'est jamais remise en cause devant le juge, l'affaire pourrait être différente pour de nombreuses autres créations, qu'elles soient prises en entier ou en partie.

Il nous reste ainsi à appliquer ici la condition d'originalité, telle qu'elle a été envisagée par le juge de la CJUE, à la « petite monnaie » des créations audiovisuelles.

Car si cette catégorie nouvelle de créations n'avait sans doute pas été prise en compte par le législateur lorsqu'il admit légalement la protection par le droit d'auteur des œuvres audiovisuelles¹⁷⁹⁵, il ressort que celle-ci est désormais devenue majoritaire, et de loin, dans le paysage audiovisuel français et européen. Elle ne peut donc bien évidemment pas être ignorée.

Si les créations traditionnelles de « petite monnaie » peuvent évidemment concourir à la protection du droit d'auteur, la condition d'originalité fera défaut à certaines d'entre elles (Paragraphe 1).

Cette protection sera toutefois difficilement accessible pour toutes les nouvelles créations audiovisuelles qui fleurissent aujourd'hui sur internet. Elle le sera encore davantage pour toutes les créations de l'intelligence artificielle (Paragraphe 2).

¹⁷⁹⁴ V. Serfaty, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁹⁵ A l'instar des recettes de cuisine, quelques fois protégées au titre d'œuvre littéraire.

Paragraphe 1 : La « petite monnaie » télévisuelle des créations audiovisuelles

A l'évidence, l'exigence européenne relative à l'expression de la création audiovisuelle ne posera, hors exception, aucune difficulté à ces créations télévisuelles de « petite monnaie ». La délimitation des contours de la protection du droit d'auteur sera ainsi encore à rechercher du côté de la condition d'originalité, clef de voûte de la protection française et européenne du droit d'auteur.

C'est de nouveau cette dernière qui permettra à certaines créations d'être protégées par le droit d'auteur (Sous-paragraphe 1) et qui rendra parfois toute protection impossible pour d'autres (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : Les créations télévisuelles à l'originalité rarement discutée

Toutes les créations audiovisuelles résultant de choix libres et créatifs sont susceptibles d'obtenir le bénéfice de la protection du droit d'auteur.

Mais puisqu'une approche exhaustive des créations audiovisuelles pouvant être protégées est impossible compte tenu de la quantité faramineuse de ces créations, nous faisons ici le choix de limiter notre analyse aux principales créations de « petite monnaie » ayant été considérées par le juge. En outre, nous ne nous intéresserons dans cette partie qu'aux créations télévisuelles qui, y compris sous une autre forme, n'ont pas pu être anticipées par les premiers législateurs du droit d'auteur.

1. L'originalité des émissions télévisées

Bien qu'il ne s'agisse assurément pas des créations audiovisuelles les plus artistiques, les émissions télévisées ne semblent pas trop souffrir en justice de leur appartenance à la « petite monnaie » du droit d'auteur.

Le juge se montre en effet conciliant avec cette catégorie de création, en admettant même parfois généreusement la créativité des choix réalisés par les auteurs. Le juge accordera ainsi la protection au reportage portant sur « *un homme public* »¹⁷⁹⁶, lequel aura nécessité « *un travail de préparation de plusieurs jours, [aura] été enregistré au domicile de la personne interviewée*

¹⁷⁹⁶ TGI, Paris, Chambre 1 section 1, 2 avril 1997.

*et [mêlera] à un document d'essence politique des éléments touchant à la vie privée »*¹⁷⁹⁷, ces derniers ayant été « *préalablement et librement choisis* »¹⁷⁹⁸ par l'auteur. En l'espèce, la faible créativité de la création se révèle sans doute dans l'articulation générale de tous ces éléments¹⁷⁹⁹.

Il en ira pareillement pour des chroniques audiovisuelles qui traitent « *de sujets sur le quotidien des filles d'aujourd'hui [et sont] originales aussi bien dans leur expression que dans leur composition* »¹⁸⁰⁰, notamment en ce qu'elles se distinguent des « *simples textes de liaison ou de présentation* »¹⁸⁰¹ des présentateurs d'émissions télévisées. Ces derniers ne disposent *a contrario* pas d' « *un caractère d'originalité suffisante pour reconnaître à leur rédacteur la qualité d'auteur* »¹⁸⁰², du fait de la grande banalité de leurs interventions.

En tout état de cause, et « *dès lors qu'une émission télévisée, quel que soit son genre, ne se borne pas à présenter un inventaire chronologique des événements de façon purement descriptive* »¹⁸⁰³, celle-ci devrait pouvoir accéder à la protection du droit d'auteur, à l'instar du journal télévisé qui nécessite « *une sélection des sujets et des plans, un assemblage, un commentaire* »¹⁸⁰⁴, soit « *autant de choix qui sont des manifestations de la personnalité, notamment du réalisateur* »¹⁸⁰⁵.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹⁹ Voir également la décision du juge admettant l'originalité d'une œuvre audiovisuelle « *constituée d'archives, dont l'apport créatif réside dans le fait de choisir dans un fonds des documents pour obtenir un ensemble cohérent* », B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019, citant *CA Paris*, 12 déc. 1995.

¹⁸⁰⁰ *CA Paris*, pôle 6, 5^e ch., 12 mai 2011, n° 09/07028, L. R. c/ SARL Du jamais vu : *JurisData* n° 2011-009107, pourtant infirmé sur ce point par *Cass. 1^{re} civ.*, 24 avr. 2013, n° 11-20900, *S^{té} Du jamais Vu c/ M^{me} X*.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*

¹⁸⁰² B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2012.

¹⁸⁰³ B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, citant *TGI Paris*, 5 juill. 2013 : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, B. Montels ; Légipresse 2014, n° 311, I, p. 652*.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

Dès lors, des images de procès¹⁸⁰⁶, de spectacles vivants¹⁸⁰⁷ voire de cérémonies religieuses¹⁸⁰⁸ peuvent tout à fait revêtir la qualité d'œuvre de l'esprit. Les programmes de télé réalité devraient également pouvoir connaître le même sort¹⁸⁰⁹, de même que les génériques de ces créations audiovisuelles¹⁸¹⁰.

Il arrivera toutefois et de manière fort exceptionnelle que le juge fasse preuve d'une très grande fermeté à l'égard de certaines créations audiovisuelles, comme par exemple les émissions de téléachat. Ces dernières ne pourraient en effet « *pas entrer dans la catégorie des œuvres originales de l'esprit* »¹⁸¹¹ puisque « *leur fonction est de mettre en avant des produits au travers de jeux afin de provoquer sous couvert d'informations un désir de consommation* »¹⁸¹² et que,

¹⁸⁰⁶ Admettant la protection d'images de procès en ce qu'elles sont marquées par le « *parti pris esthétique* » des auteurs, et que les différents choix qu'ils auront effectués ne résultent pas uniquement « *d'une simple prestation technique de captation* », TGI Paris, 3e ch., 3e sect., J. et M. L. c/ JEM Productions et a. [aff. L'appel aux assises] cité par B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2013.

¹⁸⁰⁷ CA Paris, 19 juin 1998, n° 95/11674 : *JurisData* n° 1998-021978, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Juriclasser Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁸⁰⁸ CA Paris, 12 janv. 2001, cité par B. Montels, *ibid.*

¹⁸⁰⁹ « *En effet, ces programmes – dans leur version remontée résumant la vie des protagonistes – ne se contentent pas de « capter » la réalité, mais ils requièrent une sélection des événements afin d'obtenir un résultat dramatique, comique, etc., qui prendra souvent une grande liberté avec les faits. En ce sens, le CSA a constaté, dans son Rapport d'activité 2001, que « la "télé-réalité" mise à l'antenne en 2001 consiste non pas, comme son nom pourrait le laisser croire, à refléter la réalité, mais à créer de toutes pièces par des auteurs de programmes des situations spécifiques dans lesquelles ils placent des personnes sélectionnées par eux, qui vont donner en spectacle leur quotidien* », B. Montels, « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *Juriclasser Propriété littéraire et artistique*, 31 juillet 2016.

¹⁸¹⁰ Le juge admettra en effet sans difficulté l'originalité d'un générique audiovisuel « *construit sur un plan séquence constitué d'un travelling latéral où défile, de droite à gauche, à vitesse constante, une série de huit tableaux encadrés [...] sous les tableaux, on peut lire le nom des pays et des villes [...] un avion se déplace de tableau en tableau traçant, tout au long de son parcours une ligne blanche [...] se trouvent ainsi superposés : le plan mural sur lequel sont accrochés les tableaux et qui supporte également l'indication des lieux ; le plan de défilement de l'avion lorsqu'il traverse les tableaux qui deviennent ainsi des sortes de fenêtres, [...] la vitesse du travelling latéral, de gauche à droite, est constante pendant toute la durée du film, l'espacement entre les tableaux est le même [...] ces constantes créent l'effet d'une promenade calme et génèrent un sentiment souhaité par l'auteur afin d'exprimer à la fois la stabilité tout en conservant un dynamisme par le passage d'une œuvre à une autre [...] le choix des tableaux est propre à évoquer les villes escales de la compagnie aérienne fictive [...] chaque tableau est associé à son contexte, son peintre et le lieu représenté. Chaque tableau est encadré différemment pour éviter un effet « carte postale » et restituer le caractère muséal d'un accrochage. Les cadres sont éclairés pour renforcer un sentiment d'accrochage [...] les tableaux sont présentés sur un fond sombre à dominante violet, [...] lorsqu'il passe entre les tableaux, le trajet de l'avion, de la gauche vers la droite, est rendu perceptible par son panache rectiligne blanc qui progresse à vitesse constante : il s'agit d'une vitesse très légèrement supérieure à celle du travelling [...] l'avion est visible avec son panache à l'intérieur des tableaux qu'il traverse au niveau du quart supérieur ; selon les tableaux, il paraît passer derrière ou au travers de certains éléments (par exemple l'avion disparaît comme s'il passait derrière la tête de la Joconde ou au travers des nuages du tableau de Géricault), créant ainsi une interaction avec l'œuvre [...] sous les tableaux, comme s'il s'agissait d'un cartel, on peut lire en lettres claires d'une police de caractères à empattements, le GRANJON, le nom du pays écrit dans un corps moyen et en lettres minuscules, puis en dessous le nom de la ville écrit dans un corps plus important avec toutes les lettres en majuscule, et en dessous dans un corps petit, l'adresse internet de la compagnie aérienne. » Et puisque cette combinaison originale sera réutilisée dans une autre création audiovisuelle, celle-ci sera logiquement jugée contrefaisante, *Cour d'appel, Paris, Pôle 5, chambre 2, 19 juin 2020 – n°19/04123.**

¹⁸¹¹ *Trib. com. Pointe-à-Pitre, 21 mars 1997.*

¹⁸¹² *Ibid.*

finalement, « *[r]ien dans cette démarche ne constitue une œuvre de l'esprit* »¹⁸¹³. Si la finalité de cette décision – soit l'absence de protection de l'émission de téléachat – ne doit peut-être pas pouvoir être remise en cause, l'argumentation du juge étonne en ce qu'elle repose avant tout sur l'analyse du mérite et de la destination de ladite création¹⁸¹⁴, deux éléments pourtant totalement indifférents en droit d'auteur. Il nous semble ainsi qu'une analyse reposant strictement sur les choix réalisés par les auteurs de telles créations audiovisuelles de « très petite monnaie » devrait suffire à caractériser leur banalité et, le cas échéant, à leur refuser toute protection¹⁸¹⁵.

Il faut ainsi saluer le juge lorsqu'il rejette la protection du droit d'auteur au reportage portant sur un concert, qui n'était certes « *plus la simple captation d'images brutes puisqu'elles avaient fait l'objet [...] d'un montage* »¹⁸¹⁶, mais dont « *rien dans le montage portant sur une succession de plans qui rendent compte de l'évènement [...] ne permet de manifester une personnalité singulière à ce reportage* »¹⁸¹⁷, notamment en ce que « *le placement de plusieurs caméras dans la salle pour filmer la scène sous plusieurs angles avec des focus différents [ne constitue] que des pratiques usuelles pour ce genre d'évènement* »¹⁸¹⁸. Usuelles, donc banales.

2. L'originalité des interviews audiovisuelles

A l'instar des émissions télévisées, les interviews audiovisuelles peuvent également obtenir la protection du droit d'auteur.

La qualité d'auteur reviendra alors à la personne qui maîtrisera véritablement le processus créatif de l'interview portée sur nos écrans, c'est-à-dire son réalisateur. Il en ira notamment ainsi pour le réalisateur qui aura « *dirigé l'équipe des techniciens qui avaient procédé à l'enregistrement des entretiens, leur donnant des instructions précises et opérant des choix techniques dont la mise en œuvre, en créant l'ambiance particulière de ces entretiens, caractérisait un apport créatif, qu'il avait ainsi décidé de la mise en place des intervenants, et*

¹⁸¹³ *Ibid.*

¹⁸¹⁴ « *Accorder à ces techniques de vente le qualificatif d'œuvre de l'esprit serait à l'évidence galvauder les mots œuvre et esprit* », *ibid.*

¹⁸¹⁵ Voir par exemple l'arrêt suivant, rejetant pour défaut d'originalité la protection d'un spot publicitaire, *CA Douai, 17 mars 2016, n° 14/07277*, cité par A. Lebois, « *Défaut d'originalité d'un spot publicitaire* », *L'ESSENTIEL Droit de la propriété intellectuelle*, juin 2016.

¹⁸¹⁶ *CA Paris, 3 oct. 2014, n° 13/21736, 50 minutes inside : Comm. com. électr. 2015, chron. 6, n° 4, obs. B. Montels*, cité par B. Montels, « *Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2)* », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 31 juillet 2016.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ *Ibid.*

donné des instructions aux cadreurs-plateaux, tant en ce qui concerne la calcimétrie, nécessaire aux raccords images, qu'en ce qui concerne l'affinement du cadrage, qu'il avait décidé, avec l'un des conseillers du président, du nombre des caméras et de leur emplacement, et donné des ordres relatifs aux enregistrements sonores »¹⁸¹⁹, tous ces choix « techniques et artistiques »¹⁸²⁰ constituant une « activité créatrice portant l'empreinte de [la] personnalité »¹⁸²¹ du réalisateur¹⁸²² de l'interview. Nous noterons à ce titre la référence judicieuse du juge aux choix certes « techniques »¹⁸²³, mais surtout « artistiques »¹⁸²⁴ de l'auteur. Car si la créativité implique nécessairement une part de savoir-faire, seule la créativité des choix peut donner prise au droit d'auteur.

En tout état de cause, les personnes participant à l'interview peuvent évidemment revendiquer la protection de leur contribution. Le cas échéant, et sauf exception, la qualité d'auteur appartiendra toutefois davantage à l'interviewer qu'à la personne interviewée, pour les raisons que nous avons déjà évoquées.

Sous-paragraphe 2 : Une protection de certaines créations télévisuelles parfois remise en cause

Certaines de ces créations de la « petite monnaie » audiovisuelle échappent toutefois à la protection par le droit d'auteur.

Non pas en raison de l'absence de choix du créateur dans le processus créatif, mais bien pour l'insuffisance de liberté et/ou de créativité de ces derniers.

1. L'originalité discutée des captations sportives

A l'instar des autres productions audiovisuelles réalisées pour la télévision, le juge se montre généralement très clément au moment de caractériser l'originalité des captations de compétitions sportives¹⁸²⁵.

¹⁸¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 06-22.139.

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ *Ibid.*

¹⁸²² Nous voyons à ce propos qu'il n'est pas absolument nécessaire que l'intervenant collabore également au montage de la création audiovisuelle pour que celui-ci soit qualifié, par le juge, de réalisateur de ladite œuvre.

¹⁸²³ Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 06-22.139.

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ « on constate que sous l'empire de l'article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle, les juges font preuve d'une grande bienveillance à l'égard des réalisateurs. L'une des raisons est sans doute d'éviter toute appréciation

Ainsi, la protection par le droit d'auteur sera accordée à la captation d'un réalisateur qui ne se sera pas contenté « *de filmer l'événement de façon 'passive', mais choisit les paramètres techniques des prises de vues, imprime un rythme, crée le suspens, i.e. procède à une véritable mise en scène de cet événement* »¹⁸²⁶.

Elle sera toutefois refusée pour le photographe, dont l'activité créative pourra aisément être rattachée à celle du réalisateur audiovisuel, qui « *n'a le choix ni de l'éclairage, ni du moment, ni de la singularité des positions puisque ces éléments lui échappent et résultent des conditions et circonstances du match dont il doit rendre compte fidèlement* »¹⁸²⁷. En somme, la protection ne pourra être accordée à la création de l'auteur qui subit les événements qu'il va enregistrer.

Il nous semble dès lors pouvoir affirmer que si le réalisateur d'une rencontre sportive en direct peut effectivement imprimer le reflet de sa personnalité dans la création audiovisuelle en entier, notamment grâce aux différents choix qu'il va réaliser lors du montage, de la composition des images, voire du rythme qu'il va créer dans l'enchaînement des images, cette protection ainsi accordée au titre du droit d'auteur ne devrait pas pouvoir s'étendre aux séquences extraites de la création, la captation de ces dernières étant *a priori* exclusive de toute liberté et, dans l'hypothèse du cas contraire, assurément banale.

Mais, évidemment, la protection de la captation en entier n'est pas non plus assurée d'obtenir la protection du droit d'auteur. Il appartiendra donc au réalisateur de la captation d'une rencontre sportive d'identifier précisément les choix qu'il aura pu librement réaliser et de justifier de leur caractère créatif dans l'hypothèse où la question de l'originalité de sa réalisation devait se poser en justice. Forcément, cette créativité aura souvent du mal à se révéler lors de la réalisation de compétitions sportives en direct, le rythme de ces dernières s'imposant en effet bien souvent aux réalisateurs.

subjective du mérite du travail de ces derniers, ce qui est interdit par le droit de la propriété littéraire et artistique », B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019. A noter que les sportifs ne peuvent pas revêtir la qualité d'auteur puisque les différents choix qu'ils auront pu réaliser lors de la compétition sportive auront notamment été dictés par des règles du jeu, voir notamment ce que nous avons pu dire à propos de l'arrêt de la CJUE *Football Association Premier League*.

¹⁸²⁶ Voir notamment l'arrêt suivant, à propos de l'accession à la protection du droit d'auteur de la captation d'une course hippique, *CA Paris, 15 juin 1989 : JurisData n° 1989-022830 ; RIDA janv. 1990, p. 321, P.-Y. Gautier*, cité par B. Montels, « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 30 mai 2019.

¹⁸²⁷ *TGI Paris, 15 avr. 2010, n° 09/01853*.

La « bienveillance » des juges à l'égard de certaines créations audiovisuelles n'est ainsi clairement pas absolue et doit être nuancée. La banalité des séquences filmées ou l'absence de liberté lors du processus créatif resteront toujours exclusives de toute originalité¹⁸²⁸.

La protection sera par exemple refusée sur ce point à la captation d' « *exercices de gymnastique de la méthode Pilates* »¹⁸²⁹ puisqu'il « *n'est pas démontré que les enchaînements, les commentaires (de nature 'technique') ou encore l'introduction révèlent 'une originalité suffisante'* »¹⁸³⁰.

Elle le sera encore pour la séquence filmée présentant un sportif jouant en famille en raison du fait que « *rien ne permet de dire que ce match fait l'objet d'une mise en scène particulière et que le film en lui-même présente une composition et un enchaînement de scènes particulier. Au contraire, le visionnage du film permet de voir que les enfants improvisent en fonction du match et des circonstances* »¹⁸³¹. Le tribunal juge en conséquence que « *l'auteur du film s'est contenté de filmer cette action, limitant son rôle à une intervention technique* »¹⁸³². Partant, la reprise de ce film sera jugée licite au sens du droit d'auteur, y compris en l'absence d'autorisation de la part de l'auteur des images.

La seule captation des images d'un spectacle, par exemple d'une chorégraphie¹⁸³³, devrait échapper pour les mêmes raisons à la protection du droit d'auteur. Il en ira donc différemment si l'auteur avait toutefois pu réaliser des choix libres et créatifs¹⁸³⁴.

¹⁸²⁸ Il faut toutefois rappeler que droit français offre une protection particulière à la captation de ces compétitions sportives. Cette protection ne répond pas aux exigences du droit d'auteur, la banalité desdites captations lui est donc indifférente. Voir notamment l'article L. 333-1 du Code du sport : « *Les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent.* »

¹⁸²⁹ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 10 juin 2011, I. K. et al. c/ SARL Screen Services et al., cité par B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2012.

¹⁸³⁰ *Ibid.*

¹⁸³¹ TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 4 juin 2010, C. D. c/ T. Parker et al. : *Légipresse* 2010, n° 274, I, p. 129

¹⁸³² *Ibid.*

¹⁸³³ Qui pourrait pour sa part éventuellement obtenir la protection du droit d'auteur.

¹⁸³⁴ Voir par exemple l'arrêt suivant, qui admet la protection de photographies de spectacles vivants pourtant prises sur le vif, CA Paris, 5-1, 23 févr. 2021, n° 19/20285, cité par A. Lebois, « Originalité de photographies de spectacles vivants », *L'ESSENTIEL Droit de la propriété intellectuelle*, mai 2021.

2. L'absence d'originalité des captations de manifestations

Cette catégorie de création n'a, à notre connaissance, jamais été envisagée devant les tribunaux pour une affaire relative à des questions de droit d'auteur. Il est toutefois intéressant de s'y pencher puisqu'elles ont tendance à se multiplier sur internet et à la télévision depuis le début du XXI^e siècle. La personne, bien souvent journaliste, qui réalisera un tel enregistrement audiovisuel dispose-t-elle d'un droit d'auteur sur ces images ?

La réponse doit à notre avis être négative. Bien souvent, ces enregistrements seront en effet marqués par une absence flagrante de liberté dans les choix réalisés. Par exemple, la personne n'aura parfois pas la possibilité de choisir son emplacement, le cadrage ou la composition de l'image. Elle jouera ainsi la plupart du temps un rôle passif lors de la captation des images, exclusif de toute originalité.

Si l'on devait toutefois retenir la présence d'une certaine liberté dans les choix réalisés, ces derniers seraient à l'évidence marqués d'une très grande banalité. En effet, la personne qui va capter les images se contentera généralement de retracer fidèlement le déroulement des événements, à l'instar des captations de rencontres sportives.

En tout état de cause, le fait que les images captées soit au final d'une qualité exceptionnelle est évidemment et absolument indifférent en droit d'auteur et ne permettra donc pas de démontrer leur originalité.

Cela étant dit, il est tout à fait possible de réaliser une œuvre originale à partir de telles captations, par exemple en les intégrant au sein d'une émission télévisée. Mais, dans cette situation, le choix, potentiellement révélateur de la personnalité de l'auteur, n'apparaîtra que dans un second temps, lorsqu'un monteur ou un réalisateur se chargera *in fine* de créer une création audiovisuelle à partir des images captées. Ainsi, et si protection il devait effectivement y avoir, elle ne porterait que sur l'ensemble ainsi constitué, c'est-à-dire l'association des images, du son, voire des commentaires du journaliste, grâce au montage particulier et subséquentement créatif du réalisateur.

En conséquence, la reprise d'une partie non montée desdites images ne devrait pas pouvoir être jugée contrefaisante puisqu'elle ne résultera *a priori* d'aucun choix libre et créatif et ne reflètera finalement l'empreinte d'aucune personnalité¹⁸³⁵.

Paragraphe 2 : La condition d'originalité face aux nouvelles créations audiovisuelles

Il a fallu attendre près de deux siècles avant de voir le législateur français inscrire dans le Code de la propriété intellectuelle la matière audiovisuelle. Il a fallu dix fois moins de temps pour que cette dernière soit totalement bouleversée par la modernisation de la pratique audiovisuelle.

Il n'est désormais pas rare de faire face à une création audiovisuelle écrite et finalement montée par une intelligence artificielle. La condition d'originalité, renouvelée par le juge de la CJUE, permet-elle à ces nouvelles créations d'obtenir la protection du droit d'auteur ? (Sous-paragraphe 1)

Cette modernisation de la pratique couplée à la démocratisation des appareils audiovisuels à l'ensemble de la population, qui dispose à présent d'un accès relativement aisé aux canaux de diffusion en ligne, entraîne en conséquence une démultiplication des créations audiovisuelles, laquelle favorise leur banalisation.

En tout état de cause, s'il est ainsi toujours possible de revendiquer la protection du droit d'auteur pour certaines d'entre elles, il s'avère que la plupart des créations audiovisuelles qui sont aujourd'hui largement diffusées en ligne échappent à toute protection, du fait de leur grande banalité, *in fine* de leur absence d'originalité (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 : La potentielle originalité des créations de l'intelligence artificielle

A l'heure où de plus en plus de créations de l'intelligence artificielle sont réalisées¹⁸³⁶, y compris en matière audiovisuelle¹⁸³⁷, la doctrine s'est interrogée à de nombreuses reprises sur

¹⁸³⁵ Voir par exemple cet arrêt, qui rejette la protection de photographies en raison de leur nature « *purement documentaire, avec une simple reproduction de la réalité* ». CA Aix-en-Provence, 27 juin 2019, n° 17/02028, cité par S. Carre, « Originalité de photographies : examen global d'une caractéristique commune », *L'ESSENTIEL Droit de la propriété intellectuelle*, décembre 2019.

¹⁸³⁶ Plusieurs toiles ont par exemple été réalisées par le collectif français *Obvious* à l'aide d'un simple algorithme. Un tableau en 3D, *The Next Rembrandt*, a également été créé par un algorithme de reconnaissance faciale. Une composition musicale, la « 10^e symphonie » inachevée de Beethoven a encore été composée par des musicologues et des experts en IA. La pochette du célèbre album du groupe de musique Nirvana a aussi été réinterprétée par la machine *Deep Dream* de Google.

¹⁸³⁷ M. Tual, « Une intelligence artificielle écrit le scénario d'un court-métrage », *Le Monde*, 10 juin 2016.

la potentialité de créations, non issues de la main¹⁸³⁸ d'une personne physique, à obtenir la protection du droit d'auteur¹⁸³⁹.

La condition d'originalité semble toujours parfaitement adaptée aux différentes créations de la machine, notamment lorsque le processus créatif de cette dernière aura été contrôlé par l'homme. Les choix de ce dernier seront en effet parfaitement identifiables et celui-ci aura en conséquence la possibilité de revendiquer la protection du droit d'auteur à la création qui en résultera.

Il en ira toutefois différemment s'agissant de la création autonome de l'intelligence artificielle. Car s'il est à peu près certain que les choix de l'IA pourront toujours être observés lorsqu'elle aura créé en toute indépendance, l'absence d'intervention humaine dans le processus créatif exclura toute protection du droit d'auteur.

1. L'originalité des créations de l'esprit assistées par ordinateur

L'œuvre protégée, c'est-à-dire la création exprimée et originale, doit être une création intellectuelle, ce qui implique pour l'auteur de prouver qu'il « *a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre* »¹⁸⁴⁰. En conséquence, toute création intellectuelle est ainsi « *nécessairement le résultat de l'intervention humaine* »¹⁸⁴¹. Elle doit enfin, et afin d'être protégée, refléter l'empreinte de la personnalité de son auteur *via* les choix libres et créatifs de ce dernier.

Cela étant dit, on devine facilement les difficultés à venir pour toutes les créations de l'intelligence artificielle pour lesquelles on revendiquerait à la protection du droit d'auteur. En effet, « *[l]e fait même d'une personnalité qui sert d'élément constitutif de l'originalité conduit à la conséquence automatique que, dans l'hypothèse de l'absence d'un auteur déterminé, il ne pourrait y avoir d'empreinte d'une personnalité, donc d'originalité* »¹⁸⁴². En l'absence d'une personne physique impliquée lors du processus créatif, la création de l'intelligence artificielle

¹⁸³⁸ Au sens très large du terme.

¹⁸³⁹ A l'instar des revendications qui sont nées suite à la photographie prise par le singe *Naruto*, voir notamment A. Fitzjean Ó Cobhthaigh, « *Naruto vs Slater : un singe dispose-t-il de droits sur son selfie ?* », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juin 2018.

¹⁸⁴⁰ Point 87 de l'arrêt *Painer*.

¹⁸⁴¹ *Ibid.* ; « *Seul un être humain peut exprimer sa personnalité dans une œuvre* », A. Lebois, « *Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ?* », *Communication commerce électronique*, LexisNexis, janvier 2015.

¹⁸⁴² Y. Gaubiac, « *Fasc. 1164 : Objet du droit d'auteur. – Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2)* », *Jurisclasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 1^{er} septembre 2021.

ne pourra pas postuler à la protection du droit d'auteur, l'identification en son sein de l'empreinte de la personnalité d'un auteur étant exclue dans cette hypothèse¹⁸⁴³.

A contrario, la présence d'une telle personne, c'est-à-dire d'un auteur, permettra à ces créations de revendiquer la qualité d'œuvre de l'esprit. Il arrivera à des tribunaux de reconnaître la qualité d'œuvre de l'esprit à des créations pour lesquelles l'ordinateur aura pourtant joué un « rôle important [...] dans la genèse de l'œuvre »¹⁸⁴⁴.

Il en ira de la sorte pour toutes les créations « [créées] à partir d'un système informatique [qui laisseront] apparaître [...] de façon minime l'originalité qu'a voulu apporter [leur] concepteur »¹⁸⁴⁵. Seule cette « présence humaine » permettra en conséquence aux créations assistées par l'intelligence artificielle de bénéficier de la qualité d'œuvre de l'esprit, sous réserve du respect des conditions classiques de la protection.

En l'espèce, il faut encore bien l'admettre, la condition européenne relative à l'expression de la création la rendant identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité ne posera aucune difficulté aux créations d'un auteur assisté par l'intelligence artificielle¹⁸⁴⁶. Reste encore à envisager les choix libres et créatifs réalisés par les auteurs desdites créations¹⁸⁴⁷. La méthode pour identifier et caractériser les choix réalisés par l'auteur ne diffère alors pas de celle employée pour les autres créations.

Ainsi, la protection sera accordée à une image satellite qui résulte certes « d'une mise en œuvre personnalisée d'une technologie complexe »¹⁸⁴⁸, mais qui aura été transformée et améliorée par

¹⁸⁴³ « Un cercle vicieux apparaîtrait à la suite de cette analyse d'une logique imperturbable : pas d'auteur, par conséquent pas d'originalité et donc l'œuvre – à supposer que l'on retienne le vocable d'œuvre – ne peut être protégée par le droit d'auteur », *ibid.*

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ CA Bordeaux, 2e ch., 31 janv. 2005, n° 03/05512, cité par Y. Gaubiac, *ibid.*

¹⁸⁴⁶ « Avec l'IA, les œuvres relèvent pour la plupart du système traditionnel des beaux-arts. Une œuvre créée dans le cadre de l'IA est toujours perçue par les sens ; elle existe parce qu'elle est perceptible par l'œil ou l'ouïe. Elle prend corps dans une matière, même si celle-ci est souvent virtuelle. Sa virtualité réside dans sa dimension incorporelle, mais elle sera toujours perceptible par les sens, quels que soient les matériaux utilisés ou les moyens employés, informatiques notamment », *ibid.*

¹⁸⁴⁷ « 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 », TGI Paris, 1e ch., 1re sect., 5 juill. 2000, *Matt Cooper et al. c/ Sté Ogilvy et al.* : *Juris-Data* n° 130310.

¹⁸⁴⁸ CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, *SAS Rubie's France c/ SARL Msat Éditions et al.* *Juris-Data* n° 2003-221740.

les choix de l'auteur, « *notamment de couleurs, de contrastes et de luminosité, d'harmonisation et de mise en valeur par estompage du pourtour, etc.* »¹⁸⁴⁹.

Mais forcément, l'affaire se complique bien davantage pour toutes les créations de l'intelligence artificielle qui n'auront pas nécessité d'intervention humaine lors du processus créatif.

2. L'incompatibilité de la création autonome de l'intelligence artificielle au droit d'auteur

Les créations autonomes de l'intelligence artificielle, qui n'ont donc nécessité aucune intervention humaine lors du processus créatif, entreront en conséquence « *difficilement dans le champ du droit d'auteur* »¹⁸⁵⁰.

Dans cette hypothèse en effet, « *[s]eule la machine effectue l'activité de création* »¹⁸⁵¹. Et si l'activité humaine ne disparaît jamais réellement du processus créatif, puisqu'il appartiendra toujours à une personne d'intervenir en amont de la création, par exemple dans le choix des images qui pourront être traitées par l'intelligence artificielle ou dans le choix du résultat envisagé, ces différents choix ne pourront être identifiés dans la création finalement réalisée, laquelle sera exclusive de tout reflet de la personnalité d'un auteur¹⁸⁵².

Ainsi, et quand bien même « *les réalisations du robot peuvent satisfaire l'exigence d'une concrétisation*¹⁸⁵³ *de l'œuvre (tableau, sculpture, poème, musique, écriture logicielle...)* »¹⁸⁵⁴, elles ne peuvent revêtir la qualité de création intellectuelle, ce faisant celle d'œuvre de l'esprit¹⁸⁵⁵. Pareille solution doit être retenue, y compris pour le « *robot qui agirait de manière*

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

¹⁸⁵⁰ A. Lebois, « Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ? », *Communication commerce électronique*, LexisNexis, janvier 2015.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

¹⁸⁵² « *Dans ce cas [lorsque la création a été principalement ou exclusivement créée par l'intelligence artificielle], les œuvres ainsi produites pourraient ne pas bénéficier de la protection du droit d'auteur, du fait de l'impossibilité de satisfaire la condition « d'originalité », inhérente à la personnalité de l'auteur, personne physique humaine* », C. Castets-Renard, « Retour sur les notions à contenu variable en droit d'auteur à l'heure de l'intelligence artificielle », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

¹⁸⁵³ On préférera toutefois au terme de « *concrétisation* » celui de « *d'expression* », qui est le critère choisi par le juge de la CJUE et qui nous semble, pour toutes les raisons déjà évoquées, bien plus adéquat à la réalité judiciaire des conditions d'accès à la protection du droit d'auteur.

¹⁸⁵⁴ J. Larrieu, « Le robot et le droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 467.

¹⁸⁵⁵ « *même en déformant l'originalité pour admettre qu'une création générée par une intelligence artificielle puisse être originale, sa protection par le droit d'auteur reste exclue, tout simplement parce que la condition d'une conscience humaine n'est pas remplie : la création générée par une intelligence artificielle n'est pas même protégeable, car la conscience humaine lui fait défaut. Elle aurait beau être originale (au prix d'une*

totalelement indépendante »¹⁸⁵⁶, c'est-à-dire pour l'essentiel du robot de pure science-fiction qui procéderait d'une intelligence artificielle dite « forte »¹⁸⁵⁷.

Partant, ces créations ne pourront pas obtenir la protection du droit d'auteur et tout le monde pourra se les approprier, à l'instar du scénario du court-métrage de fiction *Sunspring*, intégralement écrit par un programme informatique. Il est toutefois à noter que, dans cette situation, la création audiovisuelle en tant que telle, c'est-à-dire celle qui sera composée certes du scénario mais également d'une composition musicale, d'images tournées et montées d'après les consignes d'un réalisateur en chair et en os, bénéficiera certainement pour sa part de la qualification d'œuvre de l'esprit.

*

S'il est désormais certain que les productions autonomes de l'intelligence artificielle ne peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur en l'état actuel du droit positif, elles le pourraient finalement au prix d'une nouvelle « réinterprétation des critères d'accès à la protection »¹⁸⁵⁸. L'abandon définitif de la référence au reflet de la personnalité de l'auteur comme certaines législations le prévoient déjà¹⁸⁵⁹ pourrait se révéler pertinente dans cette tâche¹⁸⁶⁰. A défaut du droit d'auteur, d'autres alternatives semblent enfin envisageables afin d'accorder aux créations de l'intelligence artificielle la protection du droit¹⁸⁶¹.

Sous-paragraphe 2 : L'originalité des créations audiovisuelles sur internet

Rares sont les jurisprudences s'intéressant véritablement aux contours de la protection du droit d'auteur pour les créations audiovisuelles de cette nouvelle « petite monnaie ».

transformation de la notion), elle ne pourrait être protégée tout simplement parce qu'elle n'est pas protégeable », Noémie Enser, *op. cit.*, p. 264.

¹⁸⁵⁶ J. Larrieu, *op. cit.*, p. 470.

¹⁸⁵⁷ Cette IA, dotée d'une conscience, éprouvant des sentiments, et comprenant ce qui la pousse à faire telle ou telle action, n'existe pour le moment que dans l'imaginaire des auteurs de science-fiction. Citons pour l'occasion les films *Aliens* et le personnage de *Bishop* déjà évoqué, la quadrilogie *Matrix* ou encore dans la série *Westworld*.

¹⁸⁵⁸ CSPLA, Rapport « *Mission intelligence artificielle et culture* », 27 janv. 2020, p. 35.

¹⁸⁵⁹ Par exemple le *Copyright, Designs and Patents Act* britannique qui prévoit depuis 1988 les « *computer-generated works* », soit les œuvres créées par l'ordinateur « *dans des conditions excluant toute intervention humaine* », J. Larrieu, « Le robot et le droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 474.

¹⁸⁶⁰ Elle n'est à notre sens pas souhaitable puisque nous considérons que toute œuvre de l'esprit est composée et doit nécessairement être composée d'un élément objectif et d'un élément subjectif. La suppression de l'un des deux plongerait la matière, à n'en pas douter, dans une nouvelle crise majeure.

¹⁸⁶¹ Noémie Enser, *op. cit.*, p. 268 et suivantes.

Les différentes conditions à la protection du droit d'auteur sont toutefois bien évidemment les mêmes s'agissant des nouvelles créations audiovisuelles que l'on peut voir fleurir sur les plateformes en ligne, telles *YouTube* ou encore *TikTok* pour ne citer que deux des plus importantes du moment, en tout cas sur notre continent.

Et si le juge n'a, à notre connaissance, jamais eu à se pencher sur l'originalité de ces créations, les nombreux enseignements tirés de nos précédentes analyses nous permettent d'anticiper quelque peu les probables décisions qu'il pourrait être amené à prendre, si celui-ci était un jour invité à le faire.

1. Les créations assurément originales

Parmi les créations dont l'originalité ne devrait *a priori* pas être remise en cause devant le juge se trouve toutes celles qui reprennent en réalité les codes de la création audiovisuelle traditionnelle, notamment de fiction.

Ainsi, il ne fait absolument aucun doute que la grande majorité des créations fictionnelles fleurissant sur les plateformes comme *YouTube*, lesquelles sont notamment précédées d'un scénario¹⁸⁶² (on parlera même bien souvent d'une continuité dialoguée), mises en musique par un compositeur et en images par le réalisateur grâce aux séquences qu'il aura tournées et montées, jouissent de la protection du droit d'auteur.

Il en ira également de la sorte pour les créations documentaires, mais également pour celles d'animation, voire pour le simple sketch dont la créativité résultera bien souvent de la synergie particulière née de la combinaison d'un texte et d'un montage généralement très rythmé.

Il devrait en aller de même pour la plupart des clips musicaux, lesquels continuent encore aujourd'hui de voir le jour sur internet, et dont la créativité se révèle dans l'association opérée par le réalisateur entre, d'une part, les paroles et la composition musicale, protégés tous deux *a priori* et indépendamment de la création audiovisuelle et, d'autre part, les séquences visuelles qu'il aura choisies afin de les accompagner.

¹⁸⁶² Lui-même éventuellement précédé d'une bible, d'un synopsis, d'un concept...

Cela étant dit, il apparaît très nettement que la plupart des plateformes sur internet sont aujourd'hui dominées par des créations de « très petite monnaie » qui répondent davantage à une logique pécuniaire et commerciale qu'à un véritable projet créatif.

2. Les créations faiblement originales

Si l'on considère, à juste titre, que les créations audiovisuelles sur internet qui nécessitent la création de documents préparatoires et/ou qui résultent de véritables partis pris créatifs devraient largement bénéficier de la protection du droit d'auteur, il en va forcément différemment pour, finalement, toutes les autres.

Il en ira notamment ainsi pour les enregistrements amateurs pris sur le vif qui devraient fort logiquement échapper à toute protection du droit d'auteur puisque leur auteur n'aura généralement eu que très peu de liberté lors de la captation des images¹⁸⁶³.

Le juge en a déjà décidé de la sorte lors de l'affaire du cheval au galop déjà évoquée, dans laquelle il va considérer que malgré un montage ayant nécessité un « *gros travail technique* »¹⁸⁶⁴ et une réalisation pleine de « *prouesse* »¹⁸⁶⁵, les images captées par le caméraman se sont tout simplement imposées à lui puisqu'il s'est « *contenté de se mettre dans le sillage d'un véhicule d'intervention [...] en filmant le cheval en cavale, puis de filmer celui-ci une fois qu'il a été rattrapé* »¹⁸⁶⁶. Le juge en conclut en conséquence que le caméraman ne disposait que d'une « *marge de manœuvre [...] extrêmement étroite* »¹⁸⁶⁷ et que les différents choix finalement réalisés par ses soins étaient en réalité « *dictés par les circonstances* »¹⁸⁶⁸, ne lui permettant pas de révéler sa personnalité.

Mais l'exigence de choix pris librement n'est évidemment pas la seule à venir écarter de la protection du droit d'auteur certaines créations audiovisuelles, telles les créations pornographiques. Pour ces dernières, la créativité veille toujours.

¹⁸⁶³ TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 11 oct. 2012, SARL Capucine Films et Ch. C. c/ SA France Télévisions [aff. Le Grand Saut], inédit ; TGI Paris, 8 oct. 2010 : Comm. com. électr. 2011, chron. 6, n° 1, obs. B. Montels ; Légipresse 2010, n° 274, I, p. 161.

¹⁸⁶⁴ CA Paris, pôle 5, 1re ch., 6 juin 2012, n° 10/21371, J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France : JurisData n° 2012-016964 ; RLDI juill. 2012, n° 2817.

¹⁸⁶⁵ Ibid.

¹⁸⁶⁶ Ibid.

¹⁸⁶⁷ Ibid.

¹⁸⁶⁸ Ibid.

Compte tenu de la prohibition de la prise en compte judiciaire du mérite au moment de déterminer les contours de la protection du droit d'auteur, il faut bien noter que les films pornographiques peuvent, sur le papier, tout à fait revendiquer cette protection. En effet, « *la protection légale ne peut être refusée sur la base de considérations d'ordre moral, naturellement étrangères au droit d'auteur, lequel doit subsister même en cas de censure* »¹⁸⁶⁹. Le juge a ainsi eu l'occasion d'admettre plusieurs fois la qualité d'œuvre de l'esprit à des créations audiovisuelles pornographiques¹⁸⁷⁰, et le justifie de manière classique, en démontrant que le réalisateur aura d'une part « *choisi la manière de tourner [le film], les moments opportuns, leurs configurations particulières, les dialogues* »¹⁸⁷¹ et « *écrit les scénarios* »¹⁸⁷², d'autre part que la « *patte de ses œuvres [...] témoigne de son sens de l'auto-dérision et de la parodie, de son humour* »¹⁸⁷³.

Mais *quid* alors des créations pornographiques qui ne témoignent d'aucune mise-en-scène particulière, qui ne résultent d'aucun scénario voire, quelques fois, d'aucun montage ? Pour toutes ces dernières qui s'apparentent en réalité à de simples « *enregistrements bruts de scènes de sexes se succédant les unes aux autres* »¹⁸⁷⁴, la protection devrait rester inaccessible. Il n'est en conséquence absolument pas nécessaire de s'aventurer sur le terrain du mérite pour dénier à ces créations la qualité d'œuvre de l'esprit.

Pour finir sur une note plus grand public mais toujours moins réjouissante pour une partie des créateurs de l'audiovisuel sur internet, l'exigence de créativité empêchera, sans doute, à de nombreuses créations audiovisuelles présentes sur *YouTube*¹⁸⁷⁵, *Twitch*¹⁸⁷⁶ ou encore *TikTok*¹⁸⁷⁷

¹⁸⁶⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5e éd., 2017, n° 87.

¹⁸⁷⁰ *Cass. crimi.*, 28 sept. 1999, *G. Menoud c/ Ministère public* : *Juris-Data* n° 003739 ; *TGI Paris*, 19 juin 2015, n° 13/14021 : *Propr. intell.* 2015, n° 57, p. 409, obs. J.-M. Bruguière.

¹⁸⁷¹ *TGI Lyon*, ch. 10, 7 févr. 2017.

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ *CA Paris, pôle 5, 1re ch.*, 9 mai 2017, n° 16/01418 : *Propr. intell.* 2017, n° 65, p. 51, obs. A. Lucas.

¹⁸⁷⁵ Les nombreuses vidéos de « dégustation », de foire aux questions (FAQ) ou encore celles dans lesquelles le créateur va se contenter de lire un texte trouvé sur internet.

¹⁸⁷⁶ Les « vidéos réactions » dans lesquelles le créateur du contenu audiovisuel se mettra en scène, généralement dans un décor quasiment inexistant, en train de réagir à d'autres contenus, mais encore aux vidéos dans lesquelles le créateur va diffuser en direct sa partie de jeux-vidéo à ses spectateurs.

¹⁸⁷⁷ Les vidéos très courtes, sans véritable de montage, dans lesquelles une personne va réaliser sur fond musical une chorégraphie en « tendance » (c'est-à-dire reprise par la majorité des utilisateurs de la plateforme).

d'obtenir la protection du droit d'auteur, et ce quand bien même elles bénéficieraient d'un montage de qualité professionnelle¹⁸⁷⁸.

Ainsi, si les conditions à la protection du droit d'auteur ont été renouvelées par le juge de la CJUE et, délaissées des concepts d'idée et de forme litigieux, sont désormais particulièrement adaptées à la matière audiovisuelle dans sa globalité, elles restent peu accueillantes pour toutes les créations de « très petite monnaie », notamment caractérisées par leur importante banalité¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁸ CA Paris, pôle 5-1, 22 sept. 2020, n° 18/19018 : *JurisData* n° 2020-016123 ; *LEPI* nov. 2020, p. 3, obs. A. Zollinger ; *Propriété intellectuelle* 2021, n° 78, p. 41, obs. J.-M. Bruguière.

¹⁸⁷⁹ « la preuve de l'originalité de la plupart des vidéos postées sur les réseaux sociaux sera donc difficile à rapporter, car elles se prévalent le plus souvent de représenter 'une simple séquence de [la] vie quotidienne' » B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2022.

Conclusion de la partie : Une condition d'originalité renouvelée par le juge européen et adaptée aux créations audiovisuelles

Si la dichotomie litigieuse opposant l'idée à la forme continue toujours d'être employée par la doctrine et de nombreuses jurisprudences, celle-ci se révèle être inefficace pour caractériser les limites de la protection du droit d'auteur s'agissant des créations audiovisuelles. Il faut donc leur préférer les critères posés par le juge de la Cour de justice de l'Union européenne, soit les conditions d'expression et d'originalité.

A l'instar de la grande majorité des créations d'autres genres, la condition d'expression, qui impose à la création d'être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, ne posera généralement aucune difficulté aux créations audiovisuelles. Le juge se montre d'ailleurs particulièrement conciliant dans l'appréciation de cette condition.

La condition d'originalité s'avère ainsi absolument déterminante afin de caractériser les contours de la protection du droit d'auteur qui ne peut porter que sur un objet qui résultera des choix libres et créatifs de l'auteur, reflétant *in fine* sa personnalité.

Ce critère des choix, envisagé depuis quelques temps maintenant par le juge français et récemment adoubé par le juge européen, se révèle d'ailleurs être particulièrement adapté à la création audiovisuelle envisagée dans sa globalité, c'est-à-dire pour la création audiovisuelle en tant que telle, mais aussi pour ses nombreux documents préparatoires.

Pour chacune de ces créations, il conviendra ainsi d'identifier les choix réalisés par l'auteur afin de vérifier qu'ils respectent bien les critères de liberté et de créativité. L'analyse de ces critères doit évidemment être réalisée pour chaque création, mais également pour toutes les parties des œuvres éventuellement déjà protégées. Elle révélera enfin l'originalité de ces créations qui s'écarteront en conséquence « *de ce qui est connu et de ce qui en découle directement* »¹⁸⁸⁰, sans avoir donc à s'intéresser à la recherche *stricto sensu* d'une personnalité toujours insaisissable.

¹⁸⁸⁰ I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 133. Une autrice abonde en ce sens : « *l'originalité doit être appréciée au regard d'œuvres déjà connues afin de déterminer si la création revendiquée s'en dégage d'une manière suffisamment nette et significative, et si ces différences résultent d'un effort de création, marquant l'œuvre revendiquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur* », C. Bernault, « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *Jurisqueur Propriété littéraire et artistique*

En tout état de cause, il semble désormais opportun d'inscrire ces différents critères dans un texte législatif afin d'apporter enfin harmonie et stabilité à une matière qui, confrontée aux nombreuses créations qui fleurissent sur internet, en aurait bien besoin.

Conclusion

Bien qu'envisagés par la doctrine et certains auteurs de la littérature depuis les origines de la matière, les concepts d'idée, de forme et d'originalité n'ont jamais été précisément appréhendés par le législateur français. Ils sont restés, jusqu'à très récemment encore, source d'importants conflits doctrinaux et judiciaires. Ces derniers nourrissent encore et toujours la crise de la matière.

Il nous semble pourtant qu'une nouvelle approche des conditions à la protection du droit d'auteur est souhaitable, à l'heure où l'immense majorité de la doctrine s'accorde aujourd'hui pour évincer de la protection toutes les idées, quand bien même celles-ci seraient exprimées et originales. Selon cette doctrine, la protection ne devrait donc pouvoir être accordée qu'aux créations dotées d'une forme originale.

1. L'idée et la forme ou la dichotomie fantôme du droit d'auteur français

Si cette dichotomie idée-forme, qui a notamment pour objectif de défendre l'intérêt général et la liberté de créer, semble être parfaitement justifiée sur le principe, son application concrète se révèle particulièrement délicate.

Comment en effet distinguer l'idée exprimée, de la création de forme, seule à pouvoir *a priori* donner prise au droit d'auteur ? Il nous semble en réalité que cette dichotomie se révèle être particulièrement inadaptée, voire incompatible à bon nombre de créations contemporaines. En tout état de cause, elle est la source d'immenses difficultés pour tout juriste chargé de distinguer l'idée de la forme dans une création exprimée. Cette incompatibilité se retrouve par ailleurs exacerbée lorsque les concepts d'idée et de forme se confrontent aux créations audiovisuelles, notamment à leurs documents préparatoires. Le concept d'une création audiovisuelle, certes peu développé et sans doute absolument banal, doit-il pour autant être assimilé à la catégorie des idées, insusceptibles de toute protection ?

Afin de dépasser les errements jurisprudentiels et doctrinaux provoqués par la dichotomie idée-forme, certains auteurs du XXe siècle comme Ivan Cherpillod ont notamment proposé de dépasser les concepts d'idée et de forme pour leur préférer la seule condition d'originalité. Plutôt que de refuser la protection à une création du fait de son hypothétique appartenance à la catégorie des idées, il conviendrait ainsi de l'exclure par sa banalité, c'est-à-dire son absence

d'originalité. L'idée, intéressante et à notre sens plus adaptée aux créations contemporaines, s'est toutefois heurtée frontalement à la crise frappant cette même condition d'originalité, tantôt envisagée de manière subjective, tantôt de manière objective. Certains auteurs ont même envisagé de la remplacer par d'autres conditions à la protection ! Fatalement, la seule condition d'originalité échouera à supplanter les concepts français d'idée et de forme de la fin du XXe siècle. La dichotomie litigieuse perdurera ainsi en droit français jusqu'au XXIe siècle, et inspirera notamment de nombreux textes européens et internationaux.

*

Depuis les dernières jurisprudences du juge de la CJUE, l'affaire semble être radicalement différente. Le juge de la CJUE ne fait en effet pas mention d'une quelconque exigence de forme dans ses récentes décisions. Lorsqu'il est toutefois contraint de s'appuyer sur le concept d'idée, celui-ci semble souvent l'amalgamer avec la condition d'originalité. C'est, à notre sens, le principal apport de l'arrêt *Brompton* rendu par la Cour de justice de l'Union en 2020, dans lequel le juge européen semble opposer non pas l'idée à la forme mais l'idée à la condition d'originalité.

Il apparaît en outre que le juge de la CJUE préfère aujourd'hui se tourner vers deux autres conditions à la protection du droit d'auteur : l'exigence d'expression, qui impose à la création d'être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, l'exigence classique mais non moins renouvelée d'originalité, qui impose à la création de refléter l'empreinte de la personnalité de son auteur, ce qui sera le cas lorsque celui-ci aura réalisé des choix libres et créatifs. Dès lors, le recours aux concepts d'idée et de forme devient très anecdotique si on doit leur préférer, en pratique, les conditions d'expression et d'originalité.

Présente dans de nombreux textes internationaux et européens mais peu adaptée aux créations contemporaines et écartée par le juge européen dans ses dernières jurisprudences, la dichotomie idée-forme litigieuse s'apparente désormais à un concept fantôme, dont l'incantation artificielle doit rester en retrait face aux nouvelles exigences d'expression et d'originalité.

2. La condition d'originalité, véritable clef de voûte de la protection du droit d'auteur

La condition d'originalité telle qu'elle est envisagée par le juge de la CJUE semble enfin se démêler du méandre doctrinal et jurisprudentiel des XIXe et XXe siècles qui imposait à la création pour laquelle on revendique la protection du droit d'auteur de refléter la personnalité

de son auteur. Cette approche strictement subjective du concept a des avantages – elle justifie notamment le lien qui existe entre un auteur et son œuvre, *in fine* le droit moral qui en découle – mais également de profonds inconvénients. Comment en effet, et à titre d'exemple, caractériser le reflet de la personnalité d'un auteur dans une création d'art contemporain ? A l'instar de la détermination des contours de l'idée et de la forme, cette tâche apparaît ardue sinon impossible pour bon nombre de créations.

Si certains auteurs ont ainsi souhaité se tourner vers une approche strictement objective de la condition d'originalité, qui se rapprocherait alors de la notion industrielle de nouveauté, il nous semble que le juge de la CJUE a décidé de retenir une approche intermédiaire, envisageant une condition d'originalité à la fois subjective et objective.

La condition d'originalité est ainsi subjective en ce qu'elle implique toujours de retrouver, au sein de la création pour laquelle on revendique la protection du droit d'auteur, le reflet de la personnalité de son auteur. Elle est également objective puisque cette recherche de la personnalité de l'auteur suppose de vérifier l'existence de choix créatifs réalisés librement par leur auteur. En définitive, les acceptions subjective et objective, autrefois opposées par la doctrine, constituent désormais les deux faces indissociables de la condition d'originalité.

En outre, si l'exigence d'identification suffisamment précise et objective est une condition *sine qua non* à l'accession à la protection du droit d'auteur, son intérêt pratique est finalement relativement limité, et ce s'agissant de la plupart des créations exprimées, soit finalement toutes celles qui ne végètent plus uniquement dans l'esprit de leur auteur.

Partant, seul le recours à la condition d'originalité s'avère ainsi être véritablement indispensable à la détermination des contours de la protection du droit d'auteur. Cette condition d'originalité renouvelée par le juge de la CJUE s'avère en sus être particulièrement adaptée à la matière audiovisuelle.

3. Des conditions à la protection du droit d'auteur renouvelées et adaptées aux créations de l'audiovisuel

Si l'exigence d'expression semble être respectée sans difficulté par les créations sorties de l'esprit de leur auteur, elle est tout autant accueillante pour les créations audiovisuelles et leurs documents préparatoires. Ces derniers ne devraient ainsi généralement pas pouvoir être assimilés à la catégorie « fantôme » des idées, étant bien souvent identifiables avec

suffisamment de précision et d'objectivité. Etant exprimés, ils devraient ainsi pouvoir postuler à la protection du droit d'auteur, sans toutefois l'atteindre forcément : la banalité est toujours exclusive de toute originalité.

Partant, il nous semble que notre hypothèse énoncée dans notre développement, qui veut que l'étude de la condition d'originalité soit suffisante afin de déterminer les contours de la protection du droit d'auteur, doive être encore validée s'agissant des créations audiovisuelles. La vérification judiciaire de l'originalité d'une création audiovisuelle ou de l'un de ses documents préparatoires implique ainsi de se pencher impérativement sur la condition d'originalité telle qu'elle est envisagée par les dernières jurisprudences du juge de la CJUE.

Cette nouvelle approche européenne, qui passe nécessairement par une caractérisation des choix réalisés par les auteurs d'une création intellectuelle, est en outre parfaitement adaptée à la matière audiovisuelle, laquelle est souvent le théâtre de la collaboration de nombreux auteurs.

En définitive, et plutôt que de vérifier l'existence du reflet de la personnalité de tous les auteurs d'une création audiovisuelle, il convient désormais d'examiner uniquement les choix créatifs réalisés par ces derniers, révélateurs, le cas échéant, de leur personnalité.

4. Des conditions à la protection du droit d'auteur encore trop méconnues

Malgré tout ce qui vient d'être dit, la matière reste aujourd'hui encore marquée par un certain nombre de difficultés. Les concepts d'idée et de forme continuent en effet d'être toujours exploités par une majorité de la doctrine et la condition d'originalité reste encore bien trop inconnue du grand public, y compris par certains professionnels du droit. En conséquence, il arrivera qu'en présence d'actions en contrefaçon portées devant un juge, les différents concepts d'idée, de forme et d'originalité soient absolument incompris, voire ignorés, des juristes et autres avocats non spécialisés dans la matière.

Outre l'impérieuse nécessité pour l'auteur de s'entourer de professionnels avertis, il lui faudra encore instaurer un dialogue avec le juriste spécialisé. La protection par le droit d'auteur ne s'entend en effet que pour une création originale de manière subjective (c'est-à-dire reflétant la personnalité de son auteur) et objective (ce reflet étant uniquement révélé par les choix libres et créatifs de l'auteur). Dans l'anticipation d'éventuels débats, il appartiendra donc à l'auteur et à son représentant en justice d'identifier précisément les choix réalisés librement par l'auteur,

de démontrer leur existence et de les expliciter¹⁸⁸¹. Vérifier la présence de ces choix dans une création implique donc de se tourner vers l’auteur lui-même, lequel doit nécessairement être guidé dans sa tâche par un spécialiste de la matière.

L’originalité de la création qui en résultera, *in fine* la validation judiciaire de sa protection par le droit d’auteur, dépend absolument de ce dialogue.

*

Cela étant dit, et les débats doctrinaux et judiciaires n’en finissant plus, il serait peut-être enfin temps pour le législateur – qu’il soit français ou européen – d’agir.

Pour expliciter davantage les attendus de la condition d’originalité, Madame Josée-Anne Bénazéraf a par exemple récemment proposé au législateur français de réformer la législation sur le droit d’auteur, « *en ajoutant, tout d’abord, au premier alinéa [de l’article L. 112-1 du CPI], la mention expresse de la condition d’originalité dans le but de clarifier simplement l’état du droit* »¹⁸⁸². Nous sommes bien évidemment favorables à cette réforme, à l’heure où les auteurs ignorent parfois tout de cette condition majeure du droit d’auteur, sans parler des concepts d’idée et de forme. Mais évidemment, il faudrait alors être certain des contours de la condition d’originalité posée par la CJUE !

¹⁸⁸¹ Partant, nous rejoignons ici l’avis de l’avocat Camille Domange qui présente lui aussi l’opportunité d’expliquer précisément les choix réalisés par l’auteur, et ce en dehors même de tout procès. Son commentaire, qui s’intéresse avant tout à la protection du seul format audiovisuel, peut s’appliquer selon nous à tous les documents préparatoires de l’œuvre audiovisuelle, mais aussi à cette dernière : « *Si la description du format et des éléments de mécanique doit permettre à une personne du métier de mettre en pratique ou de réaliser le format sans expérimentation inutile d’après cette description, il est essentiel que les éléments de mécanique contenus dans le format soient rédigés de manière suffisamment précise pour présenter une structure constante permettant la répétition et anticipant tout paramètre pouvant affecter le développement ou la réalisation de l’œuvre audiovisuelle issue du format. J’effectue à ce titre souvent un parallèle entre cet exercice de rédaction peu connu et pourtant au cœur du secteur audiovisuel et le travail de l’ingénieur en brevet qui a la charge de rédiger la description et les revendications d’une invention. L’expertise de ce dernier est primordiale car lui seul, aux côtés des inventeurs, est à même de déterminer l’étendue de la protection juridique du brevet et donc de la valeur qui lui sera conférée. Je pense ainsi que l’éclosion de véritables rédacteurs juridiques de formats audiovisuels qui auront la dextérité suffisante pour rédiger et anticiper la portée de leur protection de telle manière à prendre en considération toutes les caractéristiques d’un format mais aussi tous ses équivalents ou futures versions possibles, est une évolution à venir dans les fonctions juridiques du secteur des médias et du digital.* », « De la protection des contenus audiovisuels dans l’univers digital 3 questions à Camille Domange, directeur juridique et communication corporate du Groupe d’Endemol France, ancien chef du département des politiques numériques du ministère de la Culture et de la Communication, membre du conseil d’administration de l’AFDIT », *Communication Commerce électronique* n°4, avril 2017.

¹⁸⁸² « Preuve de l’originalité : vers une réforme ? 3 questions à Josée-Anne Bénazéraf, avocate associée au sein d’Artlaw et membre d’honneur du Conseil Supérieur de la Propriété intellectuelle (CSPLA) – Entretien », *Communication Commerce électronique* n°6, juin 2021.

Alors plutôt que de laisser la doctrine s'écharper sur la lettre, parfois alambiquée, des différentes jurisprudences de la CJUE, le législateur européen pourrait lui aussi proposer une définition de la condition d'originalité explicite et dépourvue d'équivoque, en reprenant et en expliquant précisément les contours de la condition litigieuse imposée par le juge de l'Union. Il pourrait également en profiter pour mettre en place un droit d'auteur unitaire de l'Union européenne¹⁸⁸³.

Quoiqu'il en soit, et comme a ainsi pu le dire Valérie-Laure Benabou, « *il convient que le législateur retrouve son rôle de chef d'orchestre pour introduire davantage d'harmonie et qu'il « ressoude » les failles de l'acquis. La Cour, pour audacieuse qu'elle soit, ne peut ni ne doit, pour des raisons démocratiques évidentes, suppléer ses manques* »¹⁸⁸⁴. Il semble désormais évident que l'harmonie européenne mais également internationale des conditions à la protection du droit d'auteur passera nécessairement par une prise de responsabilité de la part de nos législateurs. Cette dernière permettra notamment de redonner toute sa vigueur à la notion d'originalité, symbole du lien qui unit l'œuvre et son auteur et principale condition à la protection du droit. Les créateurs du monde entier, qui fourmillent maintenant en majorité sur internet, seraient alors à même de comprendre plus précisément les contours de la protection du droit d'auteur, *in fine* les valeurs d'une matière devant sans doute être brandie avec plus de parcimonie.

Poussé par la démultiplication des échanges internationaux et pour « *les besoins d'une industrie du droit d'auteur de plus en plus online et, partant, mondiale* »¹⁸⁸⁵, le législateur pourrait enfin décider de rompre son silence. Celui-ci ayant malgré tout perduré pendant plus de deux siècles, cette vision semble malheureusement bien optimiste.

¹⁸⁸³ A. Strowel, « Plaidoyer pour un droit d'auteur unitaire de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

¹⁸⁸⁴ V.-L. Benabou, « De l'eupéanisation du droit d'auteur », *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2020.

¹⁸⁸⁵ D. Gervais, « Originalité(s) », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 390.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux

Bernault (C.), Lucas (A.), Lucas-Schloetter (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5ème édition, LexisNexis, 2017.

Bertrand (A. R.), *Droit d'auteur*, Dalloz action, 2010.

Bruguière (J.-M.), Vivant (M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, Paris, 2019.

Caron (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 6e éd., Paris, LexisNexis, 2020.

Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, 3ème éd., Dalloz, 1978.

Edelman (B.), *Droits d'auteur et droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993.

Edelman (B.), *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 3e éd. 1999.

Folleville (D.), *De la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1877.

Françon (A.), *Cours de propriété littéraire et artistique et industrielle*, Litec, 1999.

Gautier (P.-Y.), Blanc (N.), *Droit de la propriété littéraire et artistique*, L.G.D.J., 2021.

Le Tarnec (A.), *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2e éd, 1966.

Lucas (A.), *Droit de l'informatique*, PUF, Paris, 1987.

Lucas (A.), Lucas (H.-J.), *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec 3e éd., 2006.

Plaisant (R.), *Propriété littéraire et artistique*, Delams, 1985.

Pollaud-Dulian (F.), *Le Droit d'auteur*, 2^e édition, Economica, 2014.

Pouillet (E.), Claro (Ch.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, 3e éd., 1908.

Renouard (A.-Ch.), *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1838-1839.

Sirinelli (P.), *Propriété littéraire et artistique*, Les mémentos Dalloz, 2016.

2. Ouvrages spéciaux et thèses

Bensamoun (A.), *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PAUM, 2008.

Bernault (C.), *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, L.G.D.J., 2003.

Bougerol (D.), *La notion d'oeuvre audiovisuelle*, th. Poitiers, 2006.

Bruguière (J.-M.), *Droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, 2017.

Castets-Renard (C.), *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.

Cherpillod (I.), *L'objet du droit d'auteur : étude critique de la distinction entre forme et idée*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985.

Dunant (P.), *Du droit des compositeurs de musique*, th. Genève, 1892.

Edelman (B.), *Le sacre de l'auteur*, Le Seuil, 2004.

Enser (N.), *Conscience de la création et droit d'auteur*, LexisNexis, 2022.

Kamina (P.), *Droit du cinéma*, LexisNexis, 2014.

Laligant (O.), *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

Léger (P.), *La recherche d'un statut de l'oeuvre transformatrice, Contribution à l'étude de l'oeuvre composite en droit d'auteur*, L.G.D.J, th. Bibliothèque de droit privé, 2018.

Maffre-Baugé (A.), *L'oeuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, th. Montpellier I, 1997.

Montels (B.), *Contrats de l'audiovisuel – Cinéma, télévision et numérique*, 3e édition, LexisNexis, 2017.

Neirac-Delebecque (C.), *Le lien entre l'auteur et son oeuvre*, th. Atelier national de reproduction des thèses, 1999.

Nodier (C.), *Questions de littérature légale, Du plagiat, de la supposition d'auteurs, des supercheries qui ont rapport aux livres*, Seconde édition, Paris, 1828.

Paris (T.), *Le droit d'auteur ; l'idéologie et le système*, PUF, 2002.

Perret (F.), *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles : Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, th. Genève, 1974.

Portron (A.), *Le fait de la création en droit d'auteur français, Etude de l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, Bibliothèque de droit privé, Tome 606, 2021.

Proudhon (P.-J.), *Les majorats littéraires, Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*, Bruxelles, 1862.

Rideau (F.), *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne: Une convergence oubliée*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

Ruszkowski (A.), *L'œuvre cinématographique et les droits d'auteur (étude de droit français, de droit comparé et des conventions internationales)*, th. Université de Lille, Faculté de droit, 1935.

Seiler (Z.), *Cinéma : droit d'auteur et droit du travail*, Editions Slatkine, 2012.

Serfaty (V.), *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, LexisNexis, 2015.

Walravens-Mardarescu (N.), *L'œuvre d'art en droit d'auteur, Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, 2005.

3. Articles de doctrine

Ader (B.), « L'évolution de la notion d'originalité dans la jurisprudence », *Legicom*, 2005.

Benabou (V.-L.), « L'originalité, un Janus juridique », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

Benabou (V.-L.), « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Legicom*, Victoires éditions, 2014.

Bénazéraf (J.-A.), « Preuve de l'originalité : vers une réforme ? 3 Questions à Josée-Anne BÉNAZÉRAF, avocate associée au sein d'Artlaw et membre d'honneur du Conseil Supérieur de la Propriété Intellectuelle (CSPLA) », *Communication Commerce électronique n° 6*, Juin 2021.

Bernault (C.), « Remake, sequel, prequel, spin-off : regard sur le droit d'auteur et les exploitations 'secondaires' des œuvres audiovisuelles », *Communication commerce électronique n°11*, LexisNexis, novembre 2014.

Bernault (C.), « L'originalité dans les œuvres des arts appliqués », *Communication commerce électronique n°9*, septembre 2010.

Brüning (A.), Caron (C.), Decocq (G.), De Mattos (O.), Lepage (A.), « De quelques points de rencontre entre le droit et l'émission Loft Story », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, 2001.

Cabay (J.), « « Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux » La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur », *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, 2013.

Caron (C.), « L'IA aux enchères », *Communication commerce électronique n°12*, LexisNexis, décembre 2018.

Caron (C.), « La forme n'est rien, l'idée est tout ! », *Communication commerce électronique n°9*, LexisNexis, septembre 2017.

Caron (C.), Castelain (J.), « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? » *Revue Lamy Droit de l'immatériel n°40*, juillet 2008.

Caron (C.), « 'Bahia de tous les saints' : un monde sans droit d'auteur », *Communication commerce électronique n°10*, LexisNexis, octobre 2007.

Caron (C.), « Le droit d'auteur libanais : entre 'copyright' et conception personnaliste », *Communication commerce électronique n°7-8*, LexisNexis, juillet 2003.

Castets-Renard (C.), « Retour sur les notions à contenu variable en droit d'auteur à l'heure de l'intelligence artificielle », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Castets-Renard (C.), « Processus d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins en droit de l'Union », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, septembre 2014.

Cauvin (M.), « Les concepts du droit d'auteur dans l'enfer de l'art conceptuel... », *Communication commerce électronique n°9*, LexisNexis, septembre 2009.

Daverat (X.), « Un 'désœuvrement' audiovisuel », *Communication commerce électronique n°3*, LexisNexis, mars 2005.

Daverat (X.), Roca (C.), « Spéculations sur l'œuvre audiovisuelle sans auteur », *LPA*, mars 2002.

Domange (C.), « De la protection des contenus audiovisuels dans l'univers digital 3 questions à Camille Domange, directeur juridique et communication corporate du Groupe d'Endemol France, ancien chef du département des politiques numériques du ministère de la Culture et de la Communication, membre du conseil d'administration de l'AFDIT », *Communication Commerce électronique n°4*, avril 2017.

Fitzjean Ó Cobhthaigh (A.), « Naruto vs Slater : un singe dispose-t-il de droits sur son selfie ? », *Communication Commerce électronique*, LexisNexis, juin 2018.

Furlon (A.), « Le dilemme de la protection juridique des formats d'émissions télévisuelles », *Légipresse*, 2013.

Gaudrat (P.), « Formes et propriété intellectuelles », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Gautier (P.-Y.), « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1994.

Geiger (C.), « 1710-2010 : Quel bilan pour le droit d'auteur ? L'influence de la loi britannique de la Reine Anne en France », *Revue internationale de droit comparé*, 2011.

Gervais (D.), « Originalité(s) », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

Gervais (D.), « La notion d'œuvre dans la convention de Berne et en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1998.

Ginsburg (J.), Janklow (M.), « Qu'est-ce qu'un auteur... face à l'ordinateur : réflexions sur l'auteur en droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Ginsburg (J.), Sirinelli (P.), « Regards croisés (Etats-Unis – France) sur le statut d'auteur d'un acteur d'une œuvre audiovisuelle », *Dalloz IP/IT*, 2016.

Girardet (A.), « Le rôle de la Cour de cassation dans les évolutions du droit d'auteur et des droits voisins – 3 questions à Alain Girardet, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, professeur associé à la faculté de droit de l'université de Paris XII », *Communication commerce électronique n°1*, LexisNexis, janvier 2017.

Gisclard (T.), « L'identification des fragrances et des saveurs en droit de la propriété intellectuelle », *Propriété industrielle n° 2*, LexisNexis, février 2019.

Henaff (P.), « Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante ? », *Communication commerce électronique n°4*, LexisNexis, avril 2016.

Henaff (P.), « Carambolage parmi les critères de la contrefaçon », *Communication commerce électronique*, mars 2007.

Jouven (C.), Mamou (K.), « Comment protéger un concept ? », *Dalloz IP/IT*, 2016.

Kamina (P.), « Principes relatifs à la dichotomie idée/expression et à l'appréciation de la contrefaçon », *Propriété industrielle n°5*, mai 2003.

Kamina (P.), « Copyright – Originalité – Compilations d'informations », *Communication commerce électronique* n°7-8, LexisNexis, juillet 2001.

Laberge (Y.), « La notion d'auteur et le droit d'auteur au cinéma : aperçu historique, juridique et sociologique », *Les Cahiers de droit*, 1997.

Lambert (T.), « S'il vous plaît... dessine-moi une odeur... ou la fragrance insaisissable par la propriété intellectuelle », *LexisNexis*, CCE n°11, 2017.

Larrieu (J.), « Le robot et le droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

Lebois (A.), « Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ? », *Communication commerce électronique*, LexisNexis, janvier 2015.

Le Tourneau (P.), « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *Communication commerce électronique* n°10, LexisNexis, octobre 2017.

Le Tourneau (P.), « Folles idées sur les idées », *Communication Commerce électronique* n°2, février 2001.

Lewinski (S.), « L'intelligence artificielle et le droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Lucas (A.), Sirinelli (P.), « L'originalité en droit d'auteur », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 23, 9 Juin 1993.

Lucas (H.-J.), « La CJUE et les conventions internationales », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

Lucas-Schloetter (A.), « L'œuvre d'art en droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Marinone (I.), Moine-Dupuis (I.), « Les juristes des années 30 et la question des droits du réalisateur d'œuvres cinématographiques : une approche juridico-historique, à travers

l'exemple de l'« affaire » de La croisière jaune (1931-1934) » *Les Cahiers de droit*, Volume 58, mars–juin 2017.

Meuris-Guerrero (F.), « Le processus créatif, le message et la destinée d'une œuvre audiovisuelle inspirée par les réseaux sociaux », *Communication commerce électronique n°3*, LexisNexis, mars 2018.

More (K.), « Contre la protection des idées originales par le droit d'auteur », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2009.

Pasquier (D.), « Les barèmes de l'originalité », *Réseaux*, 2008.

Pollaud-Dulian (C.), Pollaud-Dulian (F.), « La Cour de justice en roue libre ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Pollaud-Dulian (F.), « Note bibliographique sous O. Laligant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2000.

Siiriainen (F.), « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Propriété industrielle*, LexisNexis, octobre 2010

Strowel (A.), « Plaidoyer pour un droit d'auteur unitaire de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Strowel (A.), « Droit d'auteur et copyright », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

Strowel (A.), Triaille (J.-P.), « De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, A propos de la proposition de loi Godfrain sur les « créations réservées » », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1993.

Thomas-Raquin (C.), Le Guerier (M.), « Le contrôle de l'originalité d'une œuvre par la Cour de cassation », *Communication commerce électronique n°1*, LexisNexis, janvier 2017.

Treppoz (E.), « L'œuvre en droit et en littérature », *Le démon de la catégorie*, Mare et Martin, 2017.

Van Bunnem (L.), « Formules heureuses et droit d'auteur », *Communication commerce électronique n°12*, LexisNexis, décembre 2011.

Varnerot (V.), « Le faux authentique en matière artistique », *Communication commerce électronique n°9*, LexisNexis, septembre 2019.

Vercken (G.), « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité ? », *Petites affiches*, Lextenso, décembre 2007.

Vivant (M.), « Une relecture hétérodoxe du droit d'auteur. Petite monnaie et gros sous ou l'histoire d'une expansion marchande », *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022.

Walter (M.), « Du développement du droit d'auteur européen », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

4. JurisClasseurs

Bensamoun (A.), Groffe (J.), « Fasc. 1134 : Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2021.

Bergé (J.-S.), « Droit européen et droit international de la propriété littéraire et artistique », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 22 mars 2021.

Bernaut (C.), Lebois (A.), « Fasc. 1267 : Droit des auteurs – Contrefaçon et étendue du droit d'auteur (CPI, art. L. 122-4) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 1^{er} juin 2022.

Bernaut (C.), « Fasc. 1135 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 30 Mars 2017.

Castets-Renard (C.), « Fasc. 1840, Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur », *JurisClasseur*, LexisNexis, 2021.

Chatry (S.), « Fasc. 1150 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Protection des photographies (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 1^{er} septembre 2021.

Gaubiac (Y.), « Fasc. 1164 : Objet du droit d'auteur. – Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis, septembre 2021.

Gaudrat (P.), « Propriété littéraire et artistique, Droit des auteurs. Droits moraux. Théorie générale du droit moral », *JurisClasseur*, LexisNexis, 2001.

Kahn (A.-E.), « Fasc. 1138 : Objet du droit d'auteur – Notion d'œuvre musicale (CPI, art. L.112-2) », *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis, septembre 2013.

Lucas (A.), « Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2021.

Lucas (A.), « Fasc. 1159 : Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Œuvres publicitaires (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 2020.

Lucas (A.), « Fasc. 1160 : objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur*, LexisNexis, septembre 2017.

Lucas (H.-J.), Bouche (N.), « Fasc. 1930 : Droit international – Convention de Berne. Conditions de la protection », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 1^{er} mai 2019.

Marino (L.), « Fasc. 1158 : Titres des œuvres (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur*, LexisNexis, 1^{er} juin 2021.

Montels (B.), « Fasc. 1190 : Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, Œuvre audiovisuelle et œuvre radiophonique (CPI, art. L.113-7 et L.113-8) », *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis, mai 2019.

Montels (B.), « Fasc. 1140 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvre audiovisuelle (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 2016.

Pfister (L.), « Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2010.

Varet (V.), « Fasc. 1165 : Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées. Œuvres multimédias (CPI, art. L. 112-2) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 15 avril 2019.

5. Rapports et débats parlementaires

Barthez (V.), Bénazéraf (J.-A.), *Rapport de mission : La preuve de l'originalité*, Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique, 2020.

Rapport « Mission intelligence artificielle et culture », *CSPLA*, 27 janvier 2020.

Le Chapelier (I.), « Rapport par M. Le Chapelier du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, lors de la séance du 13 janvier 1791 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 1885.

Jonquères (J.), « Rapport sous Ass. plén., 7 mars 1986 », *Rev. dr. propr. intell.*, 1986.

6. Jurisprudences

a. Arrêts de la Cour de cassation

Cass. com., 29 novembre 1960 : *Bull. civ. IV, n° 389 ; RTD com. 1961, p. 607, obs. H. Desbois.*

Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1962 ; *RIDA avr. 1963, p. 132.*

Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : *RIDA 1986, n° 3, p. 136, note A. Lucas ; RTD com. 1986, p. 399, obs. A. Françon ; JCP G 1986, II, 20631, note J. M. Mousseron, B. Teyssier et M. Vivant ; D. 1986, p. 405, note B. Edelman.*

Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1988, n° 87-13.042, *Vérame c/ SARL 3 Plus production et a : Juris-Data n° 1988-002641, Bull. civ., 1988, I, n° 303.*

Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1989, n° 87-17.657 : *JurisData n° 1989-001308 ; JCP 1990, II, 21932, note A. Lucas.*

Cass. 1^{er} civ., 16 avril 1991, n°89-21.071 : *JurisData n° 1991-001229 ; Bull. civ. I, n° 139 ; JCP G 1991, II, 21770, note H. Croze ; D. 1992, somm., p. 13, obs. C. Colombet.*

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992 : *D. 1993, jurispr. p. 193, note X. Daverat.*

Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993 : *Bull. civ I, n° 285, p. 197 ; D., 1994, p. 138, obs. B. Edelman ; RIDA, 3/1994, p. 267.*

Cass. 1^{re} civ., 5 octobre 1994, *Bonnet c/ Joyeux : RIDA janv. 1995, p. 205.*

Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1988, n° 87-13.042, *Vérame c/ SARL 3 Plus production et a. : Juris-Data n° 1988-002641 ; Bull. civ. 1988, I, n° 303.*

Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999, n° 97-10.179 : *JurisData n° 1999-001006 ; RIDA 3/1999, p. 309.*

Cass. crim., 28 septembre 1999, *G. Menoud c/ Ministère public : Juris-Data n° 1999-003739 ; Comm. com. électr. 2000, comm. 4.*

Cass. 1^{re} civ., 22 février 2000, *Hemsi c/ Laurin et al. : Juris-Data n° 000581, Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2000, comm. 62, note C. Caron.*

Cass. 1^{re} civ., 5 février 2002, *Société Les Muses Productions c/ M. Duribreux et a.* : *JurisData* n° 2002-013157 ; *D.* 2002, p. 2253, note B. Edelman ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 35, obs. C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2003, *Mmes Bounaix et M. Chevrier c/ Sté Alain Afflelou et a.* : *JurisData* n° 2003-019454 ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. 80, note C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2003, *Chaye et al. c/ Charnelu vidéo* : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 116, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2004, III, p. 35, note A. Singh.

Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, *Kazi c/ A. Desjardins et Société Alizé Diffusion* : *Juris-Data* n° 2003-020636 ; *Propr. intell.* 2004, n° 11, p. 638, note P. Sirinelli)

Cass. 1^{re} civ., 17 février 2004, n° 01-16.415 : *Juris-Data* n° 2004-022483 ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 99, obs. C. Caron ; *D.* 2004, p. 1708, obs. J.-C. Galloux ; *Gaz. Pal.* 2004, 2, somm. p. 4014, obs. P. Greffe ; *PIBD* 2004, III, p. 273.

Cass. 2^e civ., 14 décembre 2004, n°03-30387 : *JurisData* n° 2004-026319 ; *TPS* 2005, comm. 89.

Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, n° 04-12.721, F-P+B : *Juris-Data* n° 2005-031021.

Cass. 1^{re} civ., 4 avril 2006, n°01-03.328, F-P+B, *Sté Colmax c/ Sté Archange international* : *Juris-Data* n° 2006-033037 ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 192 ; *JCP G* 2006, IV, 2033 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 88, obs. C. Caron ; *RTD com.* 2006, p. 588, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RJDA* 2006, n° 1084 ; *D.* 2006, p. 2319, obs. S. Durrande, p. 2929, obs. Y.A. et p. 2995, obs. P. Sirinelli ; *Rev. Lamy dr. immat.* 2006, n° 17, p. 20, obs. L. Costes.

Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 05-11.780, *Sociedad général de Autores de Espana c/ Sace* : *JurisData* n° 2006-033509 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 104, C. Caron ; *D.* 2006, p. 2999, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2006, p. 596, obs. F. Pollaud-Dulian.

Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2006, n° 04-16.687, F-D, *Zidi c/ Lambert* : *JurisData* n° 2006-034647 ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 19, note C. Caron ; *RIDA* 4/2006, p. 353.

Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, n° 05-16.843, F-P+B, Sté Diffusion Corse du livre, SA c/ Antoine Perigot et a. : *Juris-Data* n° 2006-035762, *Bull. civ. I*, n° 464 ; *Comm. com. électr.* 2007, *comm.* 4, *note C. Caron* ; *Propr. intell.* 2007, n° 22, p. 77, *obs. J.-M. Bruguière*.

Cass, 1^{re} civ., 30 janvier 2007, n°03-12354 : *JurisData* n° 2007-037152 ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 769, *note T. Azzi* ; *JDI* 2008, p. 163, *note M.-E. Ancel*.

Cass, 1^{re} civ., 14 juin 2007, n°06-10.775 : *JurisData* n° 2007-039516 ; *RIDA oct.* 2007, p. 197 et 309, *obs. P. Sirinelli*.

Cass. crim., 5 février 2008, n°07-81.387, FS-P+F, *Roberts et al. c/ Chanel et al* : *JurisData* n° 2008-042724 ; *Comm. com. électr.* 2008, *comm.* 33 ; *Propr. intell.* 2008, n° 27, p. 221, *note J.-M. Bruguière*.

Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n°06-19.021 : *JurisData* n° 2008-045778 ; *Comm. com. électr.* 2009, *comm.* 1, *note C. Caron* ; *RIDA 1/2009*, p. 193, *obs. P. Sirinelli* ; *D.* 2008. *Actu.* 2933, *obs. Daleau* ; *ibid.* 2009. 263, *note Edelman*, *note Treppoz* ; *JCP* 2008, II, 10204, *note Loiseau* ; *JCP* 2009, n° 25, 30, § 4, *obs. Caron* ; *RIDA* 2009. 219, p. 353, *obs. Sirinelli* ; *Propr. intell.* 2009, n° 31, p. 157, *obs. Bruguière* ; *RLDI déc.* 2008, n° 1443, *obs. Costes* ; *CCE* 2009, n° 1, *note Caron* ; *RTD com.* 2009. 121, *obs. Pollaud-Dulian*.

Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n°06-16.278, FS-P+B, *G. Lopez c/ N. Philibert*, *Ph. Hersant*, *SARL MAIA Films et a.* : *JurisData* n° 2008-045785 ; *Comm. com. électr.* 2009, *comm.* 1, *C. Caron* ; *JCP G* 2009, II, 10204, *G. Loiseau* ; *D.* 2009, p. 263, *note B. Edelman* ; *D.* 2009, p. 266, *note E. Treppoz*.

Cass. 1^{re} civ., 18 février 2009, n°06-22.139, *M. P. et al. c/ C. S. et al.*, inédit : *RIDA avr.* 2009, p. 487 ; *Comm. com. électr.* 2009, *chron.* 6, *B. Montels*.

Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n°08-15.749, *Yang c/ Sté Automobiles Peugeot et a.* : *Propr. intell.* 2009, n° 33, p. 376, *obs. A. Lucas* ; *Comm. com. électr.* 2010, *chron.* 4, *obs. X. Daverat*.

Cass. crim., 16 juin 2009, n°08-87.193 : *JurisData* n° 2009-049123 ; *JCP G* 2010, *doctr.* 775, n° 2, *chron. Ch. Caron*.

Cass. com., 9 mars 2010, n°08-19.877 : *JurisData* n° 2010-001547 ; *LEPI* juill. 2010, p. 2, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2010, p. 301, obs. F. Pollaud-Dulian. – C. Bernault, *La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle* : *D.* 2003, p. 959

Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n°10-17.852, F-D, *SAS Vente privée.com c/ SAS Club privé* : *JurisData* n° 2011-008697 ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 84, obs. C. Caron ; *RLDI* août-sept. 2011, n° 2448, obs. L. Costes.

Cass. crim., 18 octobre 2011, n° 11-81.404, F-D : *JurisData* n° 2011-025892, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 28, obs. Ch. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 2012, n°11-26.151, *M. L. c/ Sté Lobster films* : *Propr. intell.* 2013, n° 47, p. 185, A. Lucas.

Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 2013, n°12-13.027, *Cne d'Avignon c/ M.* : *JurisData* n° 2013-000437, *Comm. com. électr.* 2013, comm. 40, C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 10 avril 2013, n°12-14.525 : *JurisData* n° 2013-006815 ; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 73, Ch. Caron ; *D.* 2013, p. 992 ; *RTD com.* 2013, p. 285, obs. F. Pollaud-Dulian.

Cass. soc., 24 avril 2013, n° 10-16.063 et n° 10-30.676 : *Propr. intell.* 2013, p. 286, obs. A. Lucas.

Cass, com., 8 octobre 2013, 11-27.516, inédit, : *RLDI* 2013, n° 98, n° 3240. – P.-D. Cervetti, *Le droit d'auteur est-il le grand vainqueur de « La Route du Rhum » ?* : *RLDI* 2014, n° 1, *chron.* 3305.

Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12-27.087, *Endemol Productions c/ ALJ Productions* : *JurisData* n° 2013-027299 ; *Comm. com. électr.* 2014, *chron.* 6, n° 2, obs. B. Montels ; *Légipresse* 2014, n° 314, I, p. 142.

Cass. com., 10 décembre 2013, 11-19.872, inédit : *JurisData* n° 2013-028892 ; *PIBD* 2014, III, p. 113 ; *D.* 2014, p. 2074, P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique* ; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 13, C. Caron ; *Comm. com. électr.* 2014, *chron.* 8, A.-E Kahn, *Un an de droit de la mode* ; *RTD com.* 2014, p. 103, F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2014, n° 50, p. 51, J.-M.

Bruguière ; RLDI 2014, n° 100, p. 30, L. Costes ; Gaz. Pal. 18-19 déc. 2013, p. 5, B. Pagès ; Gaz. Pal. 5 mars 2014, p. 64, L. Marino ; RIDA 2014, n° 239, p. 414, P. Sirinelli.

Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2014, n° 11-24.273 : *JurisData n° 2014-001202, RIDA 2/2015, p. 321 et 207, obs. P. Sirinelli ; LEPI 2014, p. 38, obs. S. Chatry ; Propr. intell. 2014, p. 151, obs. J.-M. Bruguière.*

Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 2014, n°10-12.065, *M. X. c/ Sté Sunset Presse*, inédit : *LEPI 2014, p. 168, obs. A. Lebois ; RTD com. 2014, p. 804, obs. F. Pollaud-Dulian ; Propr. intell. 2015, p. 42, obs. C. Bernault ; JCP E 2015, 1389, n° 2, obs. D. Bougerol.*

Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2015, n° 14-11.944, FS-P+B+I, *Jeff L. c/ SAS BMG VM Music France et a. ; JurisData n° 2015-021647, Comm. com. électr. 2015, comm. 88, note C. Caron ; LEPI déc. 2015, n° 170, obs. A. Lebois.*

Cass. com., 18 octobre 2016, n°14-23.584 : *JurisData n°2016-022172 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 5, obs. M. Malaurie-Vignal.*

Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2017, n° 15-29.374, *Colinet c/ Sté Hugo et Sté La Provence ; JurisData n° 2017-009097 ; RIDA 1/2018, p. 205, et p. 167, obs. P. Sirinelli et A. Bensamoun ; Comm. com. électr. 2017, comm. 59, note C. Caron ; LEPI juill. 2017, p. 2, obs. S. Chatry ; Propr. intell. 2017, n° 64, p. 55, obs. J.-M. Bruguière et C. Bernault ; RTD com. 2017, p. 883, obs. F. Pollaud-Dulian.*

Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2018, n°17-28.924, *Sté Tout sur l'écran production c/ Sté Ardis ; JurisData n° 2018-011378 ; Comm. com. électr. 2018, comm. 61, C. Caron.*

Cass. 2^e civ., 20 décembre 2018, n°17-24.618 : *RLDI 2019, n° 5313, Comm. com. électr. 2019, chron. 6, B. Montels.*

b. Arrêts d'appel

CA Paris, 10 avril 1862, *aff. Mayer et Pierson : Pataille*, 62.113.

CA Paris, 12 mai 1909 : *DP 1910*, 2, p. 81, *note C. Claro*.

CA Paris, 16 février 1936 : *Gaz. Pal. 1936*, 1, 691.

CA Paris, 14 juin 1950 : *D. 1951, jurispr. p. 9, H. Desbois ; JCP G 1950, II, 5927*.

CA Paris, 18 avril 1956 : *D. 1957, jurispr. p. 108, H. Desbois ; JCP G 1956, II, 9597*.

CA Paris, 4^e ch., 9 janvier 1960 : *RTD com. 1960*, p. 844, *obs. H. Desbois ; Ann. propr. ind. 1961*, p. 319.

CA Paris, 17 novembre 1967 : *JCP G 1970, I, 2295*.

CA Paris, 14 octobre 1975, *Dame Gautier : RIDA 3/1976*, p. 136.

CA Paris, 14^e ch. B, 13 mars 1986, *Sté Sygma, sté Gamma et Katherine Adamov c/ Javacheff Christo : JurisData 1986-600287 ; D. 1987, somm. p. 150, obs. C. Colombet*.

CA Paris, 4 mars 1987 : *D. 1988, somm. p. 204, obs. C. Colombet*.

CA Paris, 25 septembre 1987 : *RIDA 3/1988*, p. 107.

CA Paris, 4^e ch., 22 mars 1988 : *Cah. dr. auteur mai 1988*, p. 24.

CA Paris, 31 mai 1988 : *RIDA janv. 1989*, p. 183 ; *D. 1990, jurispr. p. 235, B. Edelman*.

CA Paris, 15 juin 1989 : *JurisData n° 1989-022830 ; RIDA janv. 1990*, p. 321, *P.-Y. Gautier*.

CA Paris, 26 mars 1991 : *Dalloz, 1992*, p. 466, *note A. Tricoire*.

CA Versailles, 19 décembre 1994 : *RIDA 2/1995*, p. 389.

CA Paris, 4^e ch. A., 23 janvier 1995 : *JurisData n° 1995-020042*.

CA Paris, 4^e ch., 20 octobre 1995 : *D. 1996, somm. p. 285*.

CA Paris, 4^e ch., 12 décembre 1995 : *D. 1997*, p. 237, note B. Edelman.

CA Paris, 21 février 1996 : *RIDA 3/1996*, p. 231, obs. Kéréver.

CA Dijon, 7 mai 1996 : *D. 1998*, somm. p. 189, obs. C. Colombet ; *Gaz. Pal. 1998*, somm. p. 514.

CA Douai, ch. réunies, 20 mai 1996 : *LPA 1997*, n° 90, p. 15, note C. Caron.

CA Paris, 2 octobre 1996 : *JurisData* n° 1996-024123.

CA Bordeaux, 1^{re} ch., 29 avril 1997 : *RIDA 3/1998*, p. 260.

CA Paris, 1^{re} ch., 2 octobre 1997 : *RIDA 2/1998*, p. 422 ; *D. 1998*, p. 312.

CA Paris, 4^e ch., sect. B, 13 février 1998, n° 95/19454 : *JurisData* n° 1998-021984.

CA Paris, 19 juin 1998, n° 95/11674 : *JurisData* n° 1998-021978.

CA Paris, 4^e ch., 23 octobre 1998 : *Expertises 1999*, p. 31.

CA Poitiers, 7 décembre 1999, *SARL Charnelu vidéo c/ Chaye et al.* : *Comm. com. élec.*, juillet 2001, comm. 72, note C. Caron.

CA Paris, 4^e ch. B, 30 juin 2000, *SA Emi music publishing France c/ SARL Archange international et ai* : *JurisData* n° 2000-128116 ; *Comm. com. électr. 2001*, comm. 97, obs. C. Caron.

CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 11 janvier 2001, *SARL Colmax c/ SARL Archange international* : *Juris-Data* n° 143817.

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 18 mars 2003, *SA Le Figaro c/ SA Éd. Raoul Breton et M. Gauthier* : *Juris-Data* n° 2003-209198.

CA Lyon, 1^{re} ch., 20 mars 2003, *Daniel Buren et al. c/ SARL éd. Cellard et al.* : *Comm. com. élec.* n° 9, septembre 2003, comm. 81, note C. Caron.

CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, *SAS Rubie's France c/ SARL Msat Éditions et al.* : *JurisData* : 2003-221740, *Comm. com. élec.* n° 12, décembre 2003, comm. 117, note C. Caron.

CA Paris, 4^e ch., 18 juin 2003, *Sté In Extensio Production c/ Carrega* : LPA 2004, n° 163, p. 8, obs. X. Daverat..

CA Versailles, 14^e ch., 14 janvier 2004 : *Juris-Data* n° 2004-231369 ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 27, note C. Caron ; *Gaz. Pal. Rec.* 2004, 2, som., p. 4015.

CA Paris, 4^e ch., 4 février 2004, n° 2002/15294 : *JurisData* n° 2004-235864 ; *Expertises* 2004, p. 156.

CA Paris, 4^e ch. A, 12 mai 2004, *Iaichouchene c/ Sté Twentieth Century Fox Film Corporation* : *Comm. com. élec.* n° 1, 2005, comm. 1, note C. Caron ; *RIDA oct.* 2004, p. 314 ; *Propr. intell. oct.* 2004, n° 13, p. 913, obs. A. Lucas.

CA Paris, 8 septembre 2004, *Sociétés SFR et Publicis Conseil c/ Luc Besson et société Gaumont* : *Juris-Data* n° 2004-249105 ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 136, obs. C. Caron ; *Gaz. Pal.* 2004, somm. p. 4011, obs. P. Greffe ; *RTD com.* 2004, p. 732, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2005, n° 14, p. 70, obs. P. Sirinelli et n° 15, p. 217, obs. J. Passa ; *D.* 2004, p. 2574, obs. J. Daleau ; *LPA* 23 mai 2005, n° 101, p. 3, obs. X. Daverat ; *LPA* 12 sept. 2005, n° 181, p. 6, obs. M. Poumarede ; *RJDA* 2005, n° 475 ; *D.* 2005, p. 2462, obs. Y.A. ; *Gaz. Pal.* 2006, somm. p. 583, obs. L. Tellier-Loniewski et P. Mauriello.

CA Bordeaux, 2^e ch., 31 janvier 2005, n° 03/05512 : *JurisData* n° 2005-262987 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 84, obs. Ch. Caron.

CA Paris, 4^e ch., sect. B , 9 septembre 2005, *G. du Jonchay c/ sté AMIP* : *Juris-Data* n° 2005-297513 ; *RTD com.* 2005, p. 723, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 76, note Ch. Caron ; *Comm. com. électr.* 2006, chron. 5, n° 10, obs. B. Montels.

CA Paris, 28 septembre 2005, *Sarl Ganavision c/ France 3* : *JurisData* n° 2005-286242 ; *JCP G* 2005, I, 103, n° 3, obs. Ch. Caron ; *Comm. com. électr.* 2006, chron. 5, n° 1, obs. B. Montels.

CA Paris, 4^e ch. B, 27 janvier 2006, n°04/02645 : *JurisData* n° 2006-292630 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 60, obs. C. Caron ; *RIDA oct.* 2006, n° 210, p. 191, obs. P. Sirinelli.

CA Paris, 29 mars 2006, *Etre et Avoir* : *Comm. com. électr.* 2006, comm. n° 77, note C. Caron ; *RLDI* 2006, 435.

CA Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avril 2006, n°03/00826 : *JurisData* n° 2006-300719 ; *Comm. com. électr.* 2006, *comm.* 122, *obs. Ch. Caron* ; *D.* 2006, p. 2994, *obs. P. Sirinelli*.

CA Paris, 4^e ch., sect. B, 29 septembre 2006, *M. P. et a. c/ C. S* : *RIDA* 1/2007, p. 396 ; *Propr. intell.* 2007, p. 83, *obs. A. Lucas*.

CA Paris, 4^e ch., A, 25 avril 2007, *A. L. et G. S. c/ SA France 3 et Sté Expand Drama*, inédit : *Comm. com. électr.* 2008, *chron.* 6, *B. Montels*.

CA Paris, 4^e ch., A, 9 mai 2007, n° 06/05653 : *JurisData* n° 2007-340823 ; *Comm. com. électr.* 2007, *comm.* 147, *obs. C. Caron*.

CA Paris, 4^e ch., B, 12 octobre 2007, *SARL Éditions Fabbri c/ Ph. D et al.*, n° 04/23174, inédit : *Éd. Fabbri* : *Comm. com. électr.* 2008, *chron.* 6, *B. Montels*.

CA Paris, 4^e ch., A, 5 décembre 2007, *SA Sipa Press c/ SARL Eliot press et sté Prisma Press* : *Juris-Data* n° 2007-350003 ; *RIDA* avr. 2008, p. 499 et 320, *obs. P. Sirinelli* ; *Comm. com. électr.* 2008, *comm.* 17, *note C. Caron* ; *D.* 2008, p. 461, *note. J.-M. Bruguière* ; *Propr. intell.* 2008, n° 27, p. 206, *obs. J.-M. Bruguière* ; *RTD com.* 2008, p. 300, *obs. F. Pollaud-Dulian* ; *Légipresse* 2008, n° 251, p. 83, *obs. A. Maffre-Baugé* ; *Propr. industr.* 2008, n° 2, p. 34, *obs. P. Greffe* ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 139 à 141, p. 29.

CA Paris, 4^e ch., A, 20 février 2008, *SARL BLF Les archives du 7e Art c/ S. M.*, n° 06/22330, inédit : *Comm. com. électr.* 2008, *chron.* 6, *B. Montels*.

CA Paris, 14^e ch., sect. A, 14 octobre 2008, *Sté de productions et éditions Paul Lederman c/ SAS Cipango et a.* : *D.* 2009, p. 852, *note D. Lefranc* ; *Légipresse* 2008, n° 257, III, p. 226, *note A. Furlon*.

CA Paris, 4^e ch., sect. B, 19 décembre 2008, *SGDL et P. Hugo c/ SA Plon et F. Cérésa* : *JurisData* n° 2008-006046 ; *Comm. com. électr.* 2009, *comm.* 22, *note Ch. Caron*.

CA Paris, 4^e ch. B, 6 février 2009, n°07/11873 : *JurisData* n° 2009-002287.

CA Paris, 14^e ch., sect. B, 6 février 2009, *SAS Lobster Films et al. c/ Les éditions René Château*, inédit : *Comm. com. électr.* 2009, *chron.* 6, *B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 19 juin 2009, *SA Actes Sud et al. c/ SA Diaphana et al.* : *JurisData* n° 2009-009443 ; *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 365, obs. J.-M. Bruguière.

CA Douai, 1^{re} ch., 2^e sect., 27 octobre 2009, n° 08/00477 : *RTD com.* 2009, p. 105, obs. F. Pollaud-Dulian.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 28 mai 2010, n°08/23146, *M.-H. B. c/ V. Despentès et al.* : *JurisData* n° 2010-016277 ; *Comm. com. électr.* 2011, *chron.* 6, B. Montels.

CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 1^{er} décembre 2010, *Ph. D. c/ SA Les Mutuelles du Mans*, inédit : *Comm. com. électr.* 2011, *chron.* 6, B. Montels.

CA Paris, 7 janvier 2011, n°09/16251 : *RLDI* 2011, n° 2224, obs. L. Costes ; *RIDA* 2011, n° 228, p. 434, obs. P. Sirinelli.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 16 mars 2011, n°09/19513, *G. O. c/ Sté France Télévisions* : *JurisData* n° 2011-004055 ; *Comm. com. électr.* 2011, *chron.* 6, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 mars 2011, *Sté JB Prod c/ Sté Canal J International*, inédit : *Comm. com. électr.* 2011, *chron.* 6, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 29 avril 2011, n°09/24698, *Gagnez au jackpot TV* : *JurisData* n° 2011-008024 ; *Comm. com. électr.* 2012, *chron.* 6, obs. B. Montels.

CA Paris, pôle 6, 5^e ch., 12 mai 2011, n°09/07028, *L. R. c/ SARL Du jamais vu* : *JurisData* n° 2011-009107 ; *Comm. com. électr.* 2012, *chron.* 6, obs. B. Montels.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 juin 2011, *G. K. c/ SARL Same Player et al.* : *Comm. com. électr.* 2012, *chron.* 6, n° 1, obs. B. Montels.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 juin 2011, *I. K. et al. c/ SARL Screen Services et al.*, inédit : *Comm. com. électr.* 2012, *chron.* 6, obs. B. Montels.

CA Paris, pôle 5, 11^e ch., 1^{er} juin 2012, n°10/19530 : *JurisData* n° 2012-014283 ; *RLDI* 2012/84, p. 2816, obs. L. C.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 6 juin 2012, n°10/21371, *J.-C. X. c/ Sté Mondadori Magazines France* : *JurisData* n° 2012-016964 ; *Propr. intell.* 2012, p. 392, obs. A. Lucas.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 4 juillet 2012, *G. M. c/ SAS Pathé Films*, inédit : *Comm. com. électr. 2013, chron. 6, obs. B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 28 septembre 2012, n°11/16075, *Les Grands Examens : Propr. intell. 2013, n° 46, p. 75, 1^{re} esp., obs. A. Lucas*.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 17 octobre 2012, n°10/23778, *H. B. c/ SA France Télévisions et SAS Sony Pictures Télévision Production [aff. Karbone 14] : Propr. intell. 2013, n° 46, p. 45, obs. J.-M. Bruguière*.

CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 4 avril 2013, n°11/03051, *J. O. c/ GMT Productions et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, obs. B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 6 septembre 2013, n°11/02303, *M.-C. D. et a. c/ Ina et a. [aff. Discorama] : JurisData n° 2013-019321 ; Comm. com. électr. 2014, chron. 6, B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 16 octobre 2013, n° 12/08871 : *JurisData n° 2013-023724 ; RLDI nov. 2013, n° 3242, obs. L.C. ; Propr. intell. 2014, p. 54, obs. A. Lucas*.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 15 novembre 2013, n°13/06792, *R. C. c/ SAS Universal Music France*, inédit : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 29 novembre 2013, n°12/07381, *M. B. c/ SAS 2P2L et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, n° 2, obs. B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 7 mars 2014, n°13/07550, *H.-G. c/ F. et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, n° 1, obs. B. Montels*.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 2 avril 2014, n°13/08803, *Sté Éditions Jean-Claude Lattès c/ A. X : JurisData n° 2014-006784 ; Propr. intell. 2014, p. 258, note J.-M. Bruguière ; RLDI 2014/104, n° 3458, obs. L. Costes*.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 11 avril 2014, n°13/23575 : *JurisData n° 2014-009144 ; RIDA 2/2015, p. 384 et 163, obs. P. Sirinelli ; Propr. intell. 2014, p. 252, obs. A. Lucas ; RLDI 2014/104, n° 3457, obs. L. C.*

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 28 mai 2014, n°12/21371 : *JurisData n° 2014-012529*.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 octobre 2014, n°13/21736, *SARL Chicken's Chicots Production c/ Sté TF1 et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels.*

CA Paris, pôle 2, ch. 1, 26 novembre 2014, n°13/01472, *G. V. c/ Me G. A. et a.*, *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, obs. B. Montels.*

CA Paris, 29 mai 2015, n°13/18038 : *RLDI juill. 2015, 3786 ; Propr. intell. 2015, n° 56, p. 272, obs. C. Bernault.*

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 5 juin 2015, n°14/04378, *E. K. c/ A. Niccol et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2016, chron. 8, B. Montels.*

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 novembre 2015, n°14/12474, *SA France Télévisions c/ F. Bazin et a. [aff. Devenir Président et le rester]* : *Légipresse 2015, n° 333, I, p. 637 ; Comm. com. électr. 2016, chron. 8, B. Montels.*

CA Paris, 26 février 2016, n°15/04724 : *LEPI juill. 2016, p. 3, obs. A. Lebois.*

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 mars 2016, n°14/17749 : *JurisData n° 2016-029915 ; Propr. intell. 2016, p. 320, obs. J.-M. Bruguière ; Comm. com. électr. 2017, chron. 6, n° 1, X. Daverat.*

CA Douai, 17 mars 2016, n°14/07277 : *JurisData n° 2016-005144 ; LEPI juin 2016, p. 2, obs. A. Lebois.*

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 25 mars 2016, n°15/05052 : *Propr. intell. 2016, n° 60, p. 319, obs. J.-M. Bruguière.*

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 10 mai 2016, n° 14/08976 : *Propr. intell. 2016, p. 429, obs. A. Lucas.*

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 7 juin 2016, n°15/03475, *D. P. et J. L. c/ F. O. et a.*, inédit : *Propr. intell. 2016, p. 428, 2e esp., obs. J.-M. Bruguière.*

CA Paris, 5-2, 10 juin 2016, n°5/10188, *Luc Besson et a. c/ John Carpenter et a.* : *Propr. intell. 2016, p. 460, obs. C. Bernault.*

CA Paris, pôle 6, ch. 5, 9 mars 2017, n°13/08651, *J.-P. Z. c/ SAS Tout sur l'écran*, inédit : *JurisData n° 2017-015813 ; Comm. com. électr. 2017, chron. 8, B. Montels.*

CA Douai, 2^e ch., 2^e sect. 16 mars 2017, n° 15/03286 : *JurisData* n° 2017-010333.

CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 9 mai 2017, n°16/01418 : *Propr. intell.* 2017, n° 65, p. 51, obs. A. Lucas.

CA Paris, 13 juin 2017, n°15/10847 : *JurisData* n° 2017-011283 ; *LEPI oct.* 2017, p. 2, obs. A. Lebois ; *RIDA avr.* 2018, p. 146, note P. Sirinelli et A. Bensamoun ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 537, obs. J. Groffe.

CA Paris, pôle 6, ch. 12, 6 juillet 2017, n°S14/04482, *URSSAF Ile-de-France c/ SAS Kissman Productions et a.* : *RTD com.* 2017, p. 833, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 12 septembre 2017, n°16/04469, *C. Lelouch et SASU Les Films 13 c/ SAS Le Rendez-Vous à Paris et Sté Automobiles Citroën* : *Légipresse* 2018, n° 356, I, p. 10 ; *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 3 octobre 2017, n°16/05217, *L. C. c/ S. S. et Sté TéléParis*, inédit : *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 6, ch. 12, 19 octobre 2017, n°S14/04033, *N. Z. c/ CPAM 91 et a.* : *JurisData* n° 2017-021636 ; *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 24 octobre 2017, n°16/07087, *C. V. c/ M. Hazanavicius et a.* : *Légipresse* 2017, n° 355, I, p. 588 ; *Comm. com. électr.* 2016, *chron.* 6, n° 1 ; *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1^{er} décembre 2017, n°16/17842, *S. W. et R. N. c/ SASU KM et a.*, inédit : *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 décembre 2017, n°13/14419, *SA Les éditions de Minuit et a. c/ T. B. et a.* : *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels ; *Légipresse* 2018, n° 356, I, p. 10.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 16 février 2018, n°16/25612, *A. C. et a. c/ SCAM*, inédit : *Comm. com. électr.* 2018, *chron.* 8, B. Montels.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1^{er} juin 2018, n°17/00610, *Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ SAS Enibas Productions et SA France Télévisions* : *RTD com. 2018*, p. 673, obs. F. Pollaud-Dulian.

CA Paris, pôle 5-2, 15 juin 2018, n°17/02257 : *JurisData n° 2018-010995* ; *LEPI nov. 2018*, p. 2, obs. S. Carre.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 septembre 2018, n°17/11020, *Z. c/Y., Sté Futurikon et SACD*, inédit : *Comm. com. électr. 2018*, *chron. 8*, B. Montels ; *Propr. intell. 2019*, n° 70, p. 23, obs. C. Bernault ; *JCP E 2019*, 1418, n° 4, obs. D. Bougerol.

CA Rennes, 3^e ch., 10 septembre 2019, n°16/08183, *M. G. c/ Sté AJIRE et a.* : *LEPI nov. 2020*, p. 2, obs. S. Carre.

CA Paris, 5-1, 10 mars 2020, n°18/08248 : *JurisData n° 2020-009613* ; *LEPI juin 2020*, p. 2, obs. S. Carre.

CA Colmar, 1^{re} ch., 11 mai 2020, n°18/00366 : *JurisData n° 2020-008112* ; *LEPI juill. 2020*, p. 2, obs. A. Lebois.

CA Paris, pôle 5-1, 22 septembre 2020, n°18/19018 : *JurisData n° 2020-016123* ; *LEPI nov. 2020*, p. 3, obs. A. Zollinger ; *Propr. intell. 2021*, n° 78, p. 41, obs. J.-M. Bruguière.

CA Lyon, 1^{re} ch., 16 décembre 2021, n°16/05564 : *JurisData n° 2021-021611* ; *LEPI mars 2022*, p. 2, obs. S. Chatry.

c. Arrêts des Tribunaux de grande instance et des Tribunaux judiciaires

TGI Seine, 3^e ch., 11 juin 1959 : *RTD com.* 1960, p. 844, obs. H. Desbois ; *RIDA janv.* 1960, p. 107.

TGI Paris, 3^e ch., 14 décembre 1970 : *RTD com.* 1972, p. 379 , obs. H. Desbois ; *RIDA oct.* 1971, p. 93 ; *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 238 , note R. Sarraute.

TGI Paris, 3^e ch., 21 janvier 1977 : *RIDA* 1978, no LXLV, p. 179 ; *RTD com.* 1977, p. 110, obs. Desbois.

TGI Paris, 1^{re} ch., 24 mars 1982 : *JCP G* 1982, II, 19901, G. Bonet.

TGI Nanterre, 1^{er} mars 1995, *Les Visiteurs* : *RIDA* 1/1996, p. 181, obs. A. Kéréver.

TGI Paris, 11 décembre 1996 : *JurisData* n° 1996-046941.

TGI Paris, 1^e ch., 1^{re} sect., 5 juillet 2000, *Matt Cooper et al. c/ Sté Ogilvy et al.* : *Juris-Data* n° 130310 ; *Comm. com. électr.* 2001, comm. 23, note C. Caron.

TGI Paris, 15 janvier 2003, *J. Devaivre c/B. Tavernier et J. Cosmos* : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 22, C. Caron.

TGI Paris, 14 septembre 2004 : *RTD com.* 2004, p. 721, obs. F. Pollaud-Dulian.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 27 septembre 2004 : *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 153, note C. Caron.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 11 février 2005, *Nuzzo c/ SA UGC Images et al.* : *Comm. com. électr.* 2005, comm. 66, C. Caron.

TGI Paris, 3 janvier 2006, *Code de la route : le grand examen* : *Comm. com. électr.* 2006, chron. 5, n° 1, obs. B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 29 juin 2006, *C. V. et a. c/ SA Téléma* : *Légipresse* 2006, I, p. 137 ; *Comm. com. électr.* 2007, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 17^e ch., 22 novembre 2006, *P. et a. c/ Sarl Maïa Films et a.* : Juris-Data n° 2006-320292 ; *Comm. com. électr. 2007, comm. 6, obs. Ch. Caron* ; *Comm. com. électr. 2007, étude 9, P. Tafforeau.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 9 septembre 2008, *C. D. c/ Sté TVOR et al., aff. Don Camillo* : *Légipresse 2008, n° 255, I, p. 131 et 136.*

TGI Paris, réf., 14 octobre 2008, *Sté de production et Éd. Paul Lederman c/ SAS Cipango et a.* : *Légipresse 256-11.*

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 19 novembre 2008, *A. Algoud c/ SNC StudioCanal Vidéo et al., aff. Nulle Part Ailleurs* : *Légipresse 2009, n° 258, I, p. 14.*

TGI Laval, 16 février 2009, n° 007/00247, *Leray c/ SARL Réauté* : *JurisData n° 2009-003926* ; *Propri. intell. 2009, n° 32, p. 260, obs. Bruguière* ; *RLDI mars-avr. 2009, n° 1539* ; *Comm. com. électr. 2010, étude 4* ; *F. Fontaine RLDI juin 2009, n° 1630, p. 8.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 19 mai 2009, *Sophie Davant et al. c/ SARL Les baladeurs d'images et al.* : *Légipresse 2009, n° 264, I, p. 122* ; *Comm. com. électr. 2010, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 26 août 2009, *Pierre Geller c/ Sté Kasso Inc. Productions et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2010, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 septembre 2009, *L. C. c/ SARL Bonne pioche et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2010, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 6 octobre 2009, *Casalis c/ Ville de Paris* : *JurisData n° 2009-020440* ; *Comm. com. électr. 2010, comm. 45, note C. Caron* ; *RIDA 4/2010, p. 506 et p. 465, obs. P. Sirinelli.*

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 12 novembre 2009, *N. D. c/ SA Métropole Télévision et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2010, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 15 avril 2010, n°09/01853 : *Comm. com. électr. 2020, chron. 11, G. Rabu.*

TGI Paris, réf., 21 mai 2010, *Sté Talpa Content BV et al. c/ SAS Endemol France et al.* : *Légipresse 2010, n° 273, I, p. 65* ; *Comm. com. électr. 2011, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 4 juin 2010, *C. D. c/ T. Parker et al.* : *Légipresse 2010*, n° 274, I, p. 129 ; *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 10 juin 2010, *J. W. et al. c/ Sté Nike SAS*, inédit : *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 9 juillet 2010, *J. Smadja et JDS c/ Fee Red* : *PIBD 2010*, n° 929, III, p. 798 ; *Comm. com. électr. 2011*, chron. 8, A.-E. Kahn.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 14 septembre 2010, *R. L. c/ SA Canal+ et al.*, *aff. Le vrai journal*, inédit : *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 8 octobre 2010, *J.-C. E. c/ Sté Mondadori Magazines France* : *Légipresse 2010*, n° 274, I, p. 161 ; *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 16 novembre 2010, *F. A. et al. c/ R. Bouchared et al.* : *Légipresse 2011*, n° 280, III, p. 109, note *Ch.-E. Renault* ; *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 26 novembre 2010, *F. D. et al. c/ Sté Jeunesse TV et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 26 novembre 2010, *Sté Éditions Albin Michel et al. c/ Sté TS Productions et al.* : *Légipresse 2011*, n° 279, I, p. 8 ; *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 3 décembre 2010, *M. Abramovic c/ Sté Regards Productions et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 16 décembre 2010, *M. M. c/ Sté SA Ciné TV*, inédit : *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 13 janvier 2011, *F. C. c/ A. L. et al.*, *aff. interview Ferré-Brel-Brassens* : *Légipresse 2011*, n° 281, I, p. 141, *Comm. com. électr. 2011*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 1er juillet 2011, *Sté Waï c/ Sté Degel Prod et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2012*, chron. 6, B. Montels.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 26 mai 2011, *J.-L. P. c/ Sté 3e Œil Productions et al.*, inédit : *Comm. com. électr. 2012, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 11 octobre 2012, *SARL Capucine Films et Ch. C. c/ SA France Télévisions [aff. Le Grand Saut]*, inédit : *Comm. com. électr. 2013, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 novembre 2012, *M. B. c/ Compagnie Malka et al. [aff. Murmures]*, inédit : *Comm. com. électr. 2013, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 30 novembre 2012, *G. L. c/ Sté Le Rat des Villes et al. [aff. L'Étoile du jour]*, inédit : *Comm. com. électr. 2013, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 12 avril 2013, *Sté Shoot Again Productions c/ Sté Morgane Groupe et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 21 juin 2013, *C. R.-C. et a. c/ Sté Native et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2014, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 5 juillet 2013, *J.-P. M. c/ France Télévisions et a.* : *JurisData n° 2013-021237 ; Comm. com. électr. 2013, comm. 111, Ch. Caron ; Légipresse 2014, n° 312, III, p. 32, note V. Varet ; RLDI févr. 2014, n° 3339, note X. Près ; Comm. com. électr. 2014, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 16 mai 2014, n°12/06483, *Sté Plon-Perrin et F. Bazin c/ Sté Yami 2 et France Télévisions*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 5 juin 2014, n°13/00226, *SA Ice 3 c/ Sté Vito Films*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 20 juin 2014, n°12/00789, *F. P. et a. c/ Sté Ubisoft France SAS et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 3 juillet 2014, n°12/05374, *E. F. c/ SARL JTC et SA Marc Dorcel* : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 11 septembre 2014, n°13/06872, *B. B. c/ Sté Les Télécréateurs 2*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels.*

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 11 septembre 2014, n°13/06707, *S. R. c/ SA France Télévisions*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 janvier 2015, n°13/12974, *D. P. et J. L. c/ Sté SARL Mandarin Cinéma et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2015, chron. 6, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 7 mai 2015, n°14/01637, *J. Carpenter et a. c/ SA Europacorp et a.* : *Légipresse 2015, n° 329, I, p. 391* ; *Comm. com. électr. 2016, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 19 juin 2015, n°13/14021 : *Propr. intell. 2015, n° 57, p. 409, obs. J.-M. Bruguière*.

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 26 juin 2015, n°11/14132, *Sté Guy Delcourt Productions et a. c/ Twentieth Century Fox France Inc.*, inédit : *Comm. com. électr. 2016, chron. 8, obs. B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 6 novembre 2015, n°14/00339, *J. M. c/ SACD et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2016, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 12 février 2016, n°13/18538, *SARL Cool Up's Productions et L. C. c/ SARL TéléParis et S. S.* : *Légipresse 2016, n° 337, I, p. 201* ; *Comm. com. électr. 2016, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 25 février 2016, n°14/04476, *C. V. et a. c/ M. Hazanavicius et a.* : *Légipresse 2016, n° 337, I, p. 203* ; *Comm. com. électr. 2016, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 25 février 2016, n°14/16070, *SAS Chloé c/ SARL legende Events et SAS Ternay* : *Propr. intell. 2016, n° 59, p. 239, P. Massot*.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 9 juin 2016, n°14/07855, *S. W. et R. N. c/ SARL Caillasse Production et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2017, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 13 octobre 2016, n°16/10820, *A. C. et a. c/ SCAM* : *JurisData n° 2016-024030* ; *Comm. com. électr. 2017, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 4 novembre 2016, n° 16/11158, *Cavanna et al. c/ Sté Riviera Mediainvest* : *JurisData n° 2016-024344* ; *Comm. com. électr. 2017, comm. 2, obs. C. Caron* ; *JCP E 2018, 1031, n° 1, obs. J. Gacon*.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 17 novembre 2016, n°14/03954, *Stés Love Productions LTD et Can't Stop Media LLP c/ Sté Enibas Productions et SA France Télévisions*, inédit : *Comm. com. électr. 2017, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 12 janvier 2017 : *LEPI mars 2017, 110m2, obs. A. Lebois*.

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 20 avril 2017, n°15/12330, *Degel Prod. c/ Carson Prod.* : *Comm. com. électr. 2018, chron. 6, n° 19, X. Daverat ; Légipresse 2017, n° 354, I, p. 528*.

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 5 mai 2017, n°13/14293, *G. B. c/ V. C., Sté Futurikon, SACD et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2018, chron. 8, B. Montels*.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 mars 2018, n°16/12727, *SA Les Éditions de l'Atelier c/ T., D., SAS Adama Pictures et a.*, inédit : *Comm. com. électr. 2018, chron. 8, B. Montels*.

TJ Paris, 3^e ch., 9 octobre 2020, *BUG c/IXOW France et a.* : *LEPI déc. 2020, p. 2, obs. S. Chatry*.

TJ Nanterre, 11 février 2021, n°19/04879 : *Comm. com. électr. 2021, chron. 7, B. Montels ; Légipresse 2021, n° 391, p. 136*.

TJ Paris, 28 mai 2021, n°19/04614, *TLV c/ Stés Zara et Modacrea* : *Comm. com. électr. 2021, chron. 9, n° 2 et 3, obs. A.-E. Kahn*.

TJ Marseille, 1^{re} civ., 17 juin 2021, n°19/03947 : *Dalloz actualité, 1er juill. 2021, obs. F. Donaud*.

TJ Paris, 3^e ch., 21 janvier 2022, n° 20/00172 : *Comm. com. électr. 2022, chron. 8, B. Montels*.

d. Arrêts de la Cour de justice des communautés européennes puis de la Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International* : *JurisData* n°2009-010992 ; *A & M* 2009/5, p. 521 ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 97, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2009, p. 379, obs. V.-L. Benabou ; *JCP E* 2010, 1691, 11, obs. F. Sardain ; *RTD com.* 2009, p. 715, obs. F. Pollaud-Dulian.

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09 - *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* : *Comm. com. électr.* 2011, comm. 42, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2011, p. 205, note V.-L. Benabou ; *RIDA* 1/2011, p. 417 et p. 213, obs. P. Sirinelli ; *LEPI mars* 2011, n° 35, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2011, p. 333, obs. F. Pollaud-Dulian.

CJUE, 4 octobre 2011, aff. C-403/08, *Football Assoc. Premier League Ltd.* : *D.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli.

CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Painer c/ Axel Springer AG et a.* : *Légipresse* 2012, p. 161, note J. Antippas ; *Propr. intell.* 2012, p. 30, obs. A. Lucas ; *Europe* 2012, comm. 97, obs. L. Idot ; *RTD com.* 2012, p. 109, obs. F. Pollaud-Dulian, pt 89.

CJUE, 1er mars 2012, aff. C-604/10 - *Football Dataco e.a.* : *Comm. com. électr.* 2012, comm. 47, note C. Caron ; *D.* 2012, p. 2838, obs. P. Sirinelli ; *Propr. intell.* 2012, p. 421, obs. V.-L. Benabou ; *RIDA* 2012, n° 232, p. 487, chron. P. Sirinelli ; *Propr. industr.* 2012, comm. 75, obs. J. Larrie.

CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10 - *SAS Institute Inc. contre World Programming Ltd.* : *D.* 2012. 1186 ; *D.* 2012. 2343, obs. Larrieu, Le Stanc et Tréfigny ; *D.* 2012. 2836, obs. Sirinelli ; *RTD com.* 2012. 536, obs. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2012/82, n° 2741, obs. Costes ; *RIDA* juill. 2012. 181, obs. Sirinelli ; *CCE* 2012. Comm. 105, note Caron ; *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 423, note Benabou.

CJUE, 13 novembre 2018, aff. C-310/17, *Levola Hengelo c/ Smilde Food* : *JurisData* n° 2018-022329 ; *Comm. com. électr.* 2019, comm. 1, obs. C. Caron ; *D.* 2018, p. 2464, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. industr.* 2019, étude 3, obs. T. Gisclard ; *Europe* 2019, comm. 49, obs. D. Simon ; *RLDI* 2018, n° 154, p. 16, obs. L. Costes.

CJUE, 29 juillet 2019, aff. C469/17, *Funke Medien NRW GmbH/République fédérale d'Allemagne* : *Propr. intell.*, 2019, n° 73, p. 26, obs. Lucas ; *Com. com. électr.*, 2020, comm. 1, note Caron ; *RTD com.*, 2020, p. 53, obs. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.*, p. 927, obs. Treppoz ; *RIDA*, 2020, n° 163, p. 93, obs. P. Sirinelli et A. Bensamoun.

CJUE, 29 juillet 2019, aff. C-476/17, *Pelham GmbH e.a. contre Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben* : *D.* 2019. 1742, note Querzola ; *Dalloz IP/IT* 2019. 317, obs. A. Latil ; *Légipresse* 2019. 541, obs. Varet ; *CCE* 2019, n° 75, obs. Caron ; *LEPI* 10/2019. 2, obs. Chatry ; *RTD com.* 2020. 74, obs. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2019. 927, obs. Treppoz ; *ibid.* 2020. 324, obs. Benoît-Rohmer.

CJUE, 12 septembre 2019, aff. C-683/17, *Cofemel* : *Comm. com. électr.* 2019, comm. 65, C. Caron ; *JurisData* n° 2019-016829 ; *Propr. intell.* 2019, n° 73, p. 82, P. Massot ; *Propr. industr.* 2020, *chron.* 10, nos obs. § 11 ; *Propr. industr.* 2020, *chron.* 8, F. Glaize ; *D.* 2019. 1759 ; *ibid.* 2020. 1588, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; *RTD com.* 2020. 54, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2019. 930, obs. E. Treppoz.

CJUE, 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton Bicycle* : *JurisData* n° 2020-010571 ; *D.* 2020. 1293 ; *ibid.* 1588, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; *Dalloz IP/IT* 2020. 626, obs. Y. Gaubiac ; *RTD com.* 2020. 621, obs. F. Pollaud-Dulian.

7. Directives, lois et décrets

Décret-Loi des 13-19 janvier 1791 sur la représentation des œuvres dramatiques.

Décret-Loi des 19-24 juillet 1791 sur la propriété littéraire et artistique.

Loi des 3-17 août 1844 relative au droit de propriété des veuves et des enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques.

Loi des 8-15 avril 1854 sur la durée des droits de propriété.

Loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants-cause des auteurs.

Loi du 11 mars 1902 étendant aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juillet 1793 sur la propriété littéraire et artistique, JORF du 14 mars 1902.

Loi du 9 avril 1910 relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art, JORF du 11 avril 1910.

Loi du 20 mai 1920 frappant d'un droit au profit des artistes les ventes publiques d'objet d'art, JORF du 22 mai 1920.

Loi du 19 mai 1925 sur le dépôt légal, JORF n°0123 du 27 mai 1925.

Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, JORF du 14 mars 1957.

Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Journal officiel n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 – 0046.

Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, JORF n°0153 du 3 juillet 1992.

Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, Journal officiel n° L 290 du 24/11/1993 p. 0009 – 0013.

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOUE L 77 du 27 mars 1996.

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOUE L 167 du 22 juin 2001.

8. Ouvrages et articles non juridiques

Académie française, *Dictionnaire de l'académie française*, 6ème édition, 1835.

Bazaine (J.), *L'exercice de la peinture*, Ed. du Seuil, 1973.

Fukuyama (F.), *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*, Paris, Flammarion, coll. Histoire, 1992.

Gaffiot (F.), *Dictionnaire latin français*, Hachette, 1934.

La Fontaine (J.), *Les Fables de La Fontaine*, Epilogue, Livre VI, 1668.

Laurent (S.), « Éric Zemmour face aux ayants droit des images utilisées dans son clip de lancement de campagne », *Le Monde*, 27 janvier 2022. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2022/article/2022/01/27/justice-eric-zemmour-face-aux-ayants-droit-des-images-utilisees-dans-son-clip-de-lancement-de-campagne_6111287_6059010.html (Page consultée le 15/02/2022).

Lenine (J.), « Le jour où j'ai percé le mystère de l'art du futur », *Métal hurlant*, 2021.

Littré (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Tome 2, 1874.

Littré (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Tome troisième, 1874.

Malraux (A.), *Les Voix du Silence*, N.R.F., Galerie de la Pléiade, 1951.

Noël (B.), *Magritte*, Paris, 1976.

Truffaut (F.), *Hitchcock/Truffaut*, Robert Laffont, 1966.

Tual (M.), « Une intelligence artificielle écrit le scénario d'un court-métrage », *Le Monde*, 10 juin 2016. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/06/10/une-intelligence-artificielle-ecrit-le-scenario-d-un-court-metrage_4947819_4408996.html (Page consultée le 15/10/2022).

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	9
Introduction	13
Partie 1 : Le débat doctrinal sur les limites de la protection du droit d’auteur français.....	25
Chapitre 1 : L’opposition entre l’idée et la forme débattue par la doctrine	26
Section 1 : L’exclusion des idées du champ de protection du droit d’auteur français	26
Paragraphe 1 : Les concepts d’idée et de forme en droit d’auteur français.....	27
Sous-paragraphe 1 : La dichotomie idée-forme absente de la législation française passée et présente.....	27
1. L’idée et la forme dans les premières lois sur le droit d’auteur	27
a. La loi des 13-19 janvier 1791	27
b. La loi des 19-24 juillet 1793	29
c. Les lois intermédiaires	30
2. La dichotomie dans la loi de 1957	32
3. La codification de 1992 : la clarification législative attendue ?	34
Sous-paragraphe 2 : Une doctrine rejetant pourtant toutes les idées de la protection du droit d’auteur	36
1. Une règle énoncée dès le XIXe siècle	36
a. Les premières références à la non-protection des idées d’Augustin-Charles Renouard	37
b. La certitude d’une non-protection des idées par Daniel de Folleville	40
c. La conceptualisation de l’idée et de la forme par Eugène Pouillet.....	42
2. La protection de la seule forme, popularisée en doctrine dès le milieu du XXe siècle	45
a. L’analyse d’Henri Desbois.....	46
i. L’indifférence de l’expression de l’idée.....	46

ii.	L'absence totale et absolue de protection pour les idées par le droit	47
iii.	La fine ligne de démarcation entre l'idée et la forme dans l'œuvre littéraire 48	
iv.	La caractérisation de l'idée et de la forme dans l'œuvre littéraire selon Henri Desbois	49
v.	L'inexistence de l'idée dans les œuvres musicales et artistiques	51
vi.	La justification de cette dichotomie	53
b.	Une analyse reprise par la majorité de la doctrine	54
	Paragraphe 2 : Les concepts d'idée et de forme appréhendés par le juge français	56
	Sous-paragraphe 1 : Une frontière floue entre l'idée et la forme	56
1.	Les jurisprudences françaises refusant la protection aux idées pourtant exprimées	56
2.	Le véritable critère de la forme dans la jurisprudence française : la perceptibilité par les sens	58
	Sous-paragraphe 2 : Les conséquences de cette frontière indéfinie	59
1.	Des conséquences pour les auteurs	59
2.	Des conséquences judiciaires : l'arrêt <i>Paradis</i>	61
a.	La réalisation de l'idée, au détriment de la forme	62
b.	Le concept d'originalité, une alternative pertinente à la dichotomie idée- forme ?	64
	Section 2 : L'accueil partagé de la dichotomie en doctrine : le débat de la fin du XXe siècle	66
	Paragraphe 1 : L'absence de pertinence de la dichotomie idée-forme selon Ivan Cherpillod	67
	Sous-paragraphe 1 : La potentialité de la protection de l'idée exprimée par le droit d'auteur	67
1.	L'absence de protection de l'idée non exprimée par le droit d'auteur	68
2.	L'idée exprimée, susceptible d'être protégée par le droit d'auteur	69
3.	La critique de l'approche de Desbois sur les idées exprimées	70

4. L'absence de pertinence de la dichotomie opposant l'idée et la forme	73
Sous-paragraphes 2 : L'originalité, seule véritable condition à la protection du droit d'auteur	73
Paragraphe 2 : Une analyse reprise par une minorité de la doctrine	75
Sous-paragraphes 1 : Les conditions de précision et d'originalité selon Pierre-Yves Gautier	76
1. Les conséquences de la doctrine traditionnelle rejetant toute protection pour les idées	76
2. Les confusions de la doctrine traditionnelle sur la dichotomie opposant l'idée et la forme	77
3. La protection des idées originales suffisamment précises	78
Sous-paragraphes 2 : Une dichotomie résultant de choix de politique juridique selon Pauline Léger	79
1. La promotion de l'originalité par la condition de la forme	79
2. Une dichotomie finalement plus politique que juridique	81
Chapitre 2 : Le contexte du débat : un concept d'originalité en crise	83
Section 1 : Les raisons de la crise du concept d'originalité français	83
Paragraphe 1 : Un concept d'originalité incertain	84
Sous-paragraphes 1 : L'absence de définition législative du concept clef du droit d'auteur	84
1. L'originalité dans les premières lois sur le droit d'auteur	84
a. La loi des 13-19 janvier 1791	85
b. La loi des 19-24 juillet 1793	85
c. Les lois intermédiaires	86
2. L'originalité dans la loi de 1957	87
3. L'originalité enfin codifiée	89
Sous-paragraphes 2 : Les raisons du silence du législateur	91
1. La nature d'un concept incompatible avec toute tentative de définition claire et précise	91

2. Une définition finalement inutile en pratique.....	92
Paragraphe 2 : Une originalité récemment conceptualisée en droit d'auteur.....	93
Sous-paragraphe 1 : Un concept récent en doctrine	94
1. La mention d'une certaine condition récurrente à la protection du droit d'auteur 94	
2. Les difficultés doctrinales s'agissant de la création photographique	96
a. La création photographique exclue systématiquement du champ d'application de la loi	96
b. La création photographique protégée systématiquement par le droit d'auteur 97	
c. Le choix de la protection des créations photographiques finalement réservé au juge	98
d. L'analyse critique d'Eugène Pouillet	99
Sous-paragraphe 2 : Un concept récent en jurisprudence.....	101
1. Un concept judiciairement démocratisé au début du XXe siècle	101
2. Les causes de cette démocratisation nouvelle de la condition d'originalité.	104
Section 2 : Les conséquences de la crise du concept d'originalité	105
Paragraphe 1 : Un concept d'originalité débattu en doctrine	106
Sous-paragraphe 1 : Une originalité à « <i>géométrie variable</i> »	106
1. Le droit d'auteur des origines et les Beaux-Arts	107
a. L'originalité dans la nouveauté selon Eugène Pouillet	107
b. L'originalité subjective d'Henri Desbois	110
i. L'exclusion préalable du critère objectif de la nouveauté.....	110
ii. Une originalité résolument subjective.....	113
iii. Le caractère relatif de l'originalité.....	114
iv. Les principales difficultés de l'originalité subjective d'Henri Desbois	115
2. La nouvelle « petite monnaie » du droit d'auteur.....	117
a. L'originalité objective d'Ivan Cherpillod.....	117

i. La critique de l'originalité subjective	118
ii. Le choix de l'originalité objective	119
b. L'arrêt Pachot et le rapport Jonquères.....	121
i. La création logicielle, une œuvre de l'esprit.....	121
ii. La nouvelle originalité proposée par le conseiller Jonquères	122
3. La vaine opposition des conceptions objective et subjective de l'originalité	124
Sous-paragraphe 2 : L'analyse d'Olivier Laligant : la création plutôt que l'originalité	127
1. Les limites de l'originalité.....	127
2. Les réponses apportées par la création	128
Paragraphe 2 : Un concept d'originalité incapable de supplanter la dichotomie idée-	131
forme	
Conclusion de la partie.....	134
Partie 2 : La pertinence de la dichotomie idée-forme à l'aune d'un concept d'originalité	135
renouvelé.....	
Chapitre 1 : Le renouveau du concept d'originalité dans les jurisprudences françaises et	135
européennes	
Section 1 : La détermination de l'originalité par le juge français <i>via</i> les choix de l'auteur	136
.....	
Paragraphe 1 : Le recours au critère des choix de l'auteur	136
Sous-paragraphe 1 : La justification du recours au critère des choix	137
1. L'opposition des doctrines d'Ivan Cherpillod et d'Henri Desbois remise au goût	137
du jour	
2. La nécessité de dépasser l'approche purement subjective de l'originalité... 138	
Sous-paragraphe 2 : Un critère moderne et objectif, révélateur de la personnalité de	141
l'auteur.....	
1. Les jurisprudences françaises s'intéressant aux choix de l'auteur	142
a. Un critère latent dans les jurisprudences françaises.....	143

i.	Le critère des choix et la création logicielle	143
ii.	Le critère des choix et la création photographique	145
iii.	L'utilisation du critère des choix en droit commun du droit d'auteur... ..	146
b.	Un critère répondant aux exigences de l'art contemporain.....	147
2.	Un critère toutefois discuté en doctrine	150
a.	L'analyse d'Olivier Laligant : un critère inapproprié à la réalité de la création artistique	151
b.	L'analyse de Nadia Walravens : un critère subjectif et subsidiaire.....	153
c.	L'analyse d'Alexandre Portron : un critère illégitime en droit positif.....	156
	Paragraphe 2 : Le choix créatif et arbitraire de l'auteur, marqueur d'originalité.....	159
	Sous-paragraphe 1 : Le choix créatif de l'auteur.....	160
1.	La recherche de la créativité de l'auteur.....	160
2.	Le choix relevant d'un savoir-faire.....	163
	Sous-paragraphe 2 : La liberté créative de l'auteur	164
1.	Une liberté de création indispensable afin d'obtenir la protection du droit d'auteur	165
2.	Une exigence de liberté dans la création assez relative.....	166
	Section 2 : Le recours au critère des choix validé par le juge européen et harmonisé sur tout le territoire de l'Union	167
	Paragraphe 1 : Le principe de cohérence poussant l'originalité européenne à l'harmonie	168
	Sous-paragraphe 1 : Le principe de cohérence du droit d'auteur européen	168
	Sous-paragraphe 2 : La consécration d'une notion autonome de droit de l'Union européenne.....	170
	Paragraphe 2 : Une originalité redéfinie et précisée par le juge de l'Union européenne	172
	Sous-paragraphe 1 : La caractérisation de l'originalité par le juge de l'Union européenne.....	173
1.	Le critère des choix validé par le juge de l'Union : l'arrêt <i>Infopaq</i>	173

a.	Une originalité caractérisée par les choix de l'auteur	174
b.	La protection des seules parties originales d'une œuvre de l'esprit	175
2.	L'absence de liberté dans la création : l'arrêt <i>Football Association Premier League</i>	177
a.	L'existence de règles du jeu anéantissant toute originalité	178
b.	Une limite récurrente en droit d'auteur	180
3.	Des choix créatifs : l'arrêt <i>Painer</i>	180
a.	La détermination de la créativité de l'auteur	181
b.	Une originalité sans « seuils »	184
	Sous-paragraphe 2 : Une jurisprudence désormais constante	185
1.	L'arrêt <i>Dataco</i> , originalité ou savoir-faire ?	185
2.	Les arrêts <i>Levola</i> , <i>Cofemel</i> et <i>Brompton</i> , la seule protection des parties originales de l'œuvre ?	188
	Chapitre 2 : Les conséquences du renouveau du concept d'originalité	192
	Section 1 : La relative remise en cause européenne de la dichotomie idée-forme	192
	Paragraphe 1 : La mention de la dichotomie dans la législation internationale et européenne	193
	Sous-paragraphe 1 : La dichotomie en droit international	193
1.	La dichotomie dans la convention de Berne	193
2.	La dichotomie dans les textes internationaux ultérieurs	194
a.	La dichotomie dans l'accord ADPIC	194
b.	La dichotomie dans le traité de l'OMPI	196
	Sous-paragraphe 2 : La dichotomie en droit de l'Union européenne	197
1.	La directive portant sur la protection juridique des programmes d'ordinateur	197
2.	Les autres directives européennes	198
	Paragraphe 2 : La notion d'œuvre européenne	200
	Sous-paragraphe 1 : Une dichotomie discutée dans les jurisprudences de la CJUE	200

1. La mention superficielle de la dichotomie dans les jurisprudences de la CJUE	201
2. L'arrêt <i>Brompton</i> : l'idée promotrice d'originalité	205
Sous-paragraphe 2 : L'adoption du critère de l'expression par le juge de la CJUE	208
1. L'étendue du champ d'application du critère de l'expression	209
a. L'exigence d'identification suffisamment précise et objective dans l'arrêt Levola.....	209
b. Un critère discriminant pour certaines catégories de créations seulement	211
c. Un critère au champ matériel finalement très réduit.....	213
2. L'utilisation de l'adverbe « suffisamment » : une place laissée ouverte à la subjectivité	215
a. Une expression strictement ou suffisamment précise et objective ?.....	215
b. L'exemple de l'arrêt Paradis	220
Section 2 : Le concept d'œuvre européenne toujours débattu	222
Paragraphe 1 : Le concept d'œuvre européenne garantissant une relative harmonie des conditions à la protection du droit d'auteur	223
Sous-paragraphe 1 : L'unification des conceptions subjectives et objectives de l'originalité	223
1. Le reflet de la personnalité d'un auteur, caractérisé par ses choix libres et créatifs.....	224
a. La persistance des critères traditionnels et subjectifs de l'originalité.....	224
i. Le critère de la création intellectuelle	224
ii. Le critère du reflet de la personnalité de l'auteur	225
b. Malgré l'exigence de choix libres et créatifs, un critère objectif de l'originalité.....	227
2. Des choix libres et créatifs suffisants pour caractériser l'originalité d'une création.....	227
a. Une originalité officiellement subjective et objective	228
b. Une réalité moins nuancée	229

3. En principe : le rapprochement des doctrines de l'originalité civilistes et de <i>common law</i>	231
Sous-paragraphe 2 : En pratique, une cohérence encore incomplète	232
1. Une harmonie européenne à construire	232
2. Une harmonie nationale certaine	233
Paragraphe 2 : Le concept d'œuvre européenne garantissant une relative sécurité juridique en droit d'auteur	234
Sous-paragraphe 1 : Les « dispositions fantômes » du droit international et européen	234
Sous-paragraphe 2 : Un débat doctrinal et judiciaire sans fin	236
1. Une condition d'originalité malgré tout toujours débattue.....	236
2. Une dichotomie malgré tout toujours utilisée.....	237
Conclusion de la partie	240
Partie 3 : La protection des créations audiovisuelles par le droit d'auteur.....	241
Chapitre 1 : L'originalité : une condition suffisante pour déterminer les contours de la protection des créations relatives à l'audiovisuel	242
Section 1 : Des conditions à la protection renouvelées et adaptées à la matière audiovisuelle dans sa globalité	242
Paragraphe 1 : Les concepts d'idée et de forme à l'épreuve du critère de l'expression en matière audiovisuelle.....	243
Sous-paragraphe 1 : Une dichotomie opposant l'idée et la forme inadaptée à la matière audiovisuelle	243
1. L'idée audiovisuelle.....	244
2. La forme audiovisuelle	245
Sous-paragraphe 2 : Le critère de l'expression en matière audiovisuelle	247
1. L'expression des documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle.....	248
a. Une assimilation erronée de ces documents à la catégorie des idées.....	248
b. Une protection déterminée par une exigence de précision quant à l'œuvre future ?.....	250

2. L'expression de l'œuvre audiovisuelle	251
Paragraphe 2 : La justification du recours au critère des choix de l'auteur en droit de l'audiovisuel.....	254
Sous-paragraphe 1 : Une multiplicité potentielle d'auteurs d'une œuvre audiovisuelle	255
Sous-paragraphe 2 : Un critère objectif et pragmatique	256
Section 2 : La condition d'originalité appliquée aux documents préparatoires de l'œuvre audiovisuelle	260
Paragraphe 1 : L'absence d'originalité des concepts audiovisuels.....	261
Sous-paragraphe 1 : L'existence des choix libres de l'auteur du concept audiovisuel	262
Sous-paragraphe 2 : L'inexistence de la créativité de l'auteur du concept audiovisuel	264
Paragraphe 2 : L'originalité des autres documents préparatoires	267
Sous-paragraphe 1 : L'originalité du synopsis audiovisuel	268
Sous-paragraphe 2 : L'originalité du format et de la bible audiovisuels	271
1. L'originalité du format audiovisuel	272
2. L'originalité de la bible audiovisuelle	276
Sous-paragraphe 3 : L'originalité de l'adaptation.....	278
Sous-paragraphe 4 : L'originalité du texte parlé.....	281
Sous-paragraphe 5 : L'originalité du scénario audiovisuel.....	285
Chapitre 2 : La condition d'originalité appliquée aux créations audiovisuelles.....	288
Section 1 : L'originalité de l'œuvre audiovisuelle traditionnelle.....	288
Paragraphe 1 : L'originalité de l'œuvre cinématographique entière	289
Paragraphe 2 : Une originalité présumée par le législateur et protégée par le juge	298
Sous-paragraphe 1 : La protection du titre de l'œuvre audiovisuelle.....	298
Sous-paragraphe 2 : Les éléments présumés ou susceptibles d'être protégés dans chaque œuvre audiovisuelle.....	302

1. Les présomptions légales mais réfragables de l'article L113-7 du Code de la propriété intellectuelle.....	302
a. L'originalité de la composition musicale	303
b. L'originalité de la réalisation audiovisuelle	307
i. Le réalisateur au cœur de l'œuvre audiovisuelle traditionnelle	308
ii. Une œuvre audiovisuelle sans auteur-réalisateur ?	312
2. Les éléments susceptibles d'être protégés dans l'œuvre audiovisuelle	316
a. L'originalité des personnages d'une œuvre audiovisuelle	317
i. Les éléments rattachés à la personne même du personnage	318
ii. Les éléments caractérisant l'environnement du personnage.....	322
b. L'originalité des chorégraphies	326
c. L'originalité des décors	328
Sous-paragraphes 3 : L'identification des multiples auteurs de l'œuvre audiovisuelle	330
1. L'identification des auteurs présumés de l'œuvre audiovisuelle	331
2. L'indispensable recherche de l'originalité des contributions	333
Section 2 : L'originalité de la « petite monnaie » des œuvres audiovisuelles.....	335
Paragraphe 1 : La « petite monnaie » télévisuelle des créations audiovisuelles	336
Sous-paragraphes 1 : Les créations télévisuelles à l'originalité rarement discutée ..	336
1. L'originalité des émissions télévisées.....	336
2. L'originalité des interviews audiovisuelles.....	339
Sous-paragraphes 2 : Une protection de certaines créations télévisuelles parfois remise en cause.....	340
1. L'originalité discutée des captations sportives	340
2. L'absence d'originalité des captations de manifestations.....	343
Paragraphe 2 : La condition d'originalité face aux nouvelles créations audiovisuelles	344
Sous-paragraphes 1 : La potentielle originalité des créations de l'intelligence artificielle	

.....	344
1. L'originalité des créations de l'esprit assistées par ordinateur	345
2. L'incompatibilité de la création autonome de l'intelligence artificielle au droit d'auteur	347
Sous-paragraphe 2 : L'originalité des créations audiovisuelles sur internet.....	348
1. Les créations assurément originales	349
2. Les créations faiblement originales	350
Conclusion de la partie	353
Conclusion.....	355
BIBLIOGRAPHIE	361
TABLE DES MATIÈRES	399